



**UNAP**

ESCUELA DE POSGRADO  
“José Torres Vásquez”



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO  
CIVIL Y COMERCIAL**

**LA APLICACIÓN DE LA SENTENCIA CASATORIA N° 2195-  
2011- UCAYALI, VULNERA EL DERECHO DE ACCESO A LA  
JUSTICIA**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE  
MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO  
CIVIL Y COMERCIAL**

**AUTORES : Abog. JOSÉ NEIL CHUMBE SILVA  
Abog. CHRISTIAN ALFREDO BOULLOSA RUÍZ**

**ASESOR : Dr. JOSÉ EDMUNDO RUÍZ ROJAS**

**Iquitos – Perú**

**2016**



## ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Con Resolución Directoral N° 0701-2016-EPG-UNAP, se autoriza la sustentación de la tesis: **“LA APLICACIÓN DE LA SENTENCIA CASATORIA N° 2195-2011-UCAYALI, VULNERA EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA”** designando como jurados a los siguientes profesionales:

Dr. Antonio Padilla Yépez	Presidente
Dra. María Esther Chirinos Maruri	Miembro
Dr. Vladymir Villarreal Balbin	Miembro

A los 23 días del mes de Setiembre del 2016, a horas 06:00 p.m., en el Auditorio de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, se constituyó el Jurado evaluador y dictaminador, para presenciar y evaluar la sustentación de la tesis: **“LA APLICACIÓN DE LA SENTENCIA CASATORIA N° 2195-2011-UCAYALI, VULNERA EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA”**, presentado por los egresados: **JOSÉ NEIL CHUMBE SILVA Y CHRISTIAN ALFREDO BOULLOSA RUÍZ**, como requisito para optar el Grado Académico de **Magister en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial**, que otorga la UNAP de acuerdo a la Ley Universitaria N° 30220 y el Estatuto de la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana.

Después de haber escuchado la sustentación y luego de formuladas las preguntas, éstas fueron:

*Conte todas satisfactoriamente*

El Jurado, después de la deliberación correspondiente en privado, llegó a las siguientes conclusiones, la sustentación es:

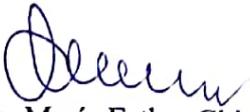
1. Aprobado como: Excelente ( ) Muy bueno ( ) Bueno  ~~X~~
2. Desaprobado: ( )

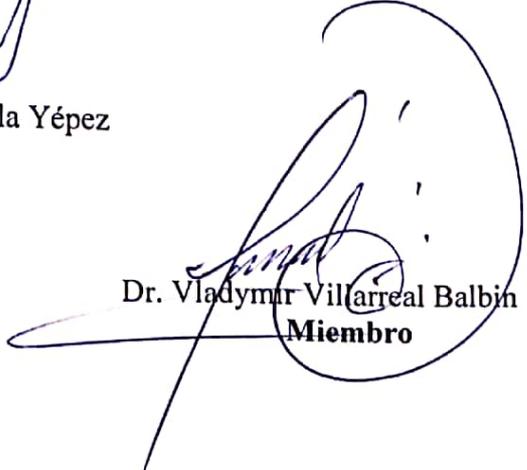
Observaciones :.....

En fe de lo actuado los miembros del Jurado suscriben la presente acta por diez originales.

Seguidamente, el Presidente de Jurado dio por concluida la sustentación, siendo las <sup>7/2</sup>.....p.m. del 23 de Setiembre del 2016; con lo cual, se le declara a los sustentantes <sup>AP. 7/2</sup>..... para recibir el Grado Académico de **MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

  
Dr. Antonio Padilla Yépez  
Presidente

  
Dra. María Esther Chirinos Maruri  
Miembro

  
Dr. Vladymir Villarreal Balbin  
Miembro

TESIS APROBADA EN SUSTENTACIÓN PÚBLICA DEL DÍA 23 DE SETIEMBRE DEL 2016, EN EL AUDITORIO DE LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONIA PERUANA, EN LA CIUDAD DE IQUITOS-PERÚ.

MIEMBROS DE JURADO:



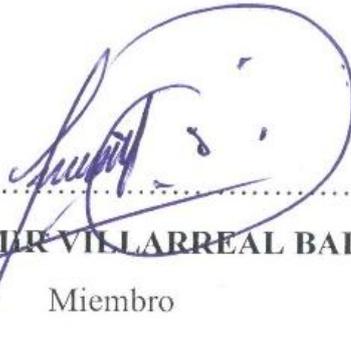
.....  
**Dr. ANTONIO PADILLA YEPEZ**

Presidente



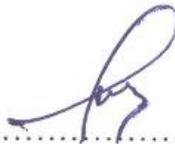
.....  
**Dra. MARIA ESTHER CHIRINOS MARURI**

Miembro



.....  
**Dr. VLADYMER VILLARREAL BALBIN**

Miembro



.....  
**Dr. JOSÉ EDMUNDO RUÍZ ROJAS**

Asesor

## **DEDICATORIA**

A los docentes de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, por haber desarrollado las asignaturas de manera excelente, con alta calidad académica.

## **RECONOCIMIENTO**

Nuestro especial reconocimiento a las autoridades de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, por habernos brindado la oportunidad de promover nuestro desarrollo profesional.

## **LA APLICACIÓN DE LA SENTENCIA CASATORIA N° 2195-2011-UCAYALI, VULNERA EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA.**

José Neil Chumbe-Silva y Christian Alfredo Boullosa-Ruíz

### **RESUMEN**

La presente investigación tiene por finalidad y objetivo demostrar que la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali, al dificultar la interposición de demandas de desalojo, vulnera el derecho de acceso a la justicia; se emplearon los métodos analítico, deductivo-inductivo, y descriptivo-explicativo, la población fue los procesos de desalojo por vencimiento de contrato concluidos en el distrito judicial de Loreto y Lima durante los años 2014-2015; se tomó una muestra del treinta por ciento (30%) de dicho procesos, de forma aleatoria. Igualmente, se entrevistaron y se aplicó una encuesta a 30 magistrados, 20 abogados y 10 docentes universitarios de la especialidad. Los resultados confirman nuestra hipótesis planteada que la Sentencia Casatoria N° 2195-2011-Ucayali, dificulta la interposición de demandas de desalojo por ocupantes precarios, vulnerándose de este modo el derecho de acceso a la justicia. La posesión, cualquiera que esta fuera, no puede ser privada o perturbada al poseedor por actos de particulares; corresponde al órgano jurisdiccional declarar el derecho posesorio a quien corresponda. El poseedor precario, en tanto ejerce una posesión de mala fe, está obligado a reembolsar los frutos percibidos y los que se dejaron de percibir. Es también responsable de los daños y perjuicios ocasionados por la pérdida o deterioro del bien. En la jurisprudencia de la Corte Suprema no existe uniformidad respecto a si el envío de la carta notarial comunicando la conclusión del contrato de arriendos, genera que el inquilino devenga en precario. Está claro que los casos de desalojo por vencimiento del contrato de arriendos es competencia del Juez de Paz Letrado; mientras que los desalojos por precarios son de competencia de los Jueces de la especialidad.

**Palabras Claves:** Interposición, desalojo, demanda, justicia.

**THE IMPLEMENTATION OF THE JUDGMENT CASATORIA No. 2195-2011- UCAYALI, BREACHES THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE.**

**ABSTRACT**

This research aims and purpose show that the judgment Casatoria No.2195-2011-Ucayali, by hindering the filing of lawsuits eviction violates the right of access to justice; the analytical methods, deductive-inductive, descriptive and explanatory were used, the population was eviction processes by expiry of contract concluded in the judicial district of Loreto and Lima during the years 2014-2015; a sample of thirty percent (30%) of such processes took randomly. Also they were interviewed and a survey was applied to 30 judges, 20 lawyers and 10 university professor's specialty. The results confirm our hypothesis that the judgment Casatoria No. 2195-2011-Ucayali, hinders the filing of claims squatter eviction, thus be violated the right of access to justice. Possession, whatever it was, it cannot be deprived or disturbed the holder for acts of individuals; for the court to declare the right of possession to the appropriate parties. Precarious holder, while exerts a possession in bad faith is required to reimburse the fruits received and those who stopped receiving. It is also responsible for the damages caused by the loss or deterioration of the property. In the jurisprudence of the Supreme Court there is no uniformity as to whether the sending of the letter communicating notarial conclusion of the contract of lease, the tenant accrues generates precariously. It is clear that eviction cases by expiration of the leases are for the Justice of the Peace Counsel; while squatter evictions are the responsibility of the judges of the field.

**Keywords:** Filing, eviction, demand justice.

## INDICE

DEDICATORIA.....	iii
RECONOCIMIENTO.....	iv
RESUMEN.....	v
ABSTRACT.....	vi
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vii

### CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Descripción de la realidad problemática .....	2
1.2. Definición del problema .....	3
1.2.1. Problema principal .....	3
1.2.2. Problemas secundarios.....	3
1.3. Delimitación de la investigación .....	4
1.3.1. Delimitación temporal.....	4
1.3.2. Delimitación espacial.....	4
1.3.3. Delimitación conceptual.....	4
1.4. Objetivos de la investigación.....	4
1.4.1. Objetivo general.....	4
1.4.2. Objetivos específicos.....	4
1.5. Aporte de la investigación.....	5

### CAPÍTULO II

#### TRAYECTORIA METODOLÓGICA

2.1. Tipo de investigación.....	6
2.2. Método de la investigación.....	6
2.3. Universo de la investigación y muestra.....	6
2.4. Técnicas de recolección.....	7
2.5. Procesamiento y análisis de datos.....	7

2.6.	Contrastación de hipótesis.....	8
2.6.1.	Hipótesis general.....	8
2.6.2.	Hipótesis secundarias.....	8
2.7.	VARIABLES e indicadores.....	9
2.8.	Operacionalización de variables e indicadores.....	9

### **CAPÍTULO III**

PRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS...	11
--	----

### **CAPÍTULO IV**

#### **CONSTRUCCIONES TEÓRICAS**

4.1.	Constitución, tutela procesal efectiva y debido proceso.....	18
4.1.1.	La Constitución como norma vinculante .....	18
4.1.2.	Tutela procesal efectiva y el debido proceso.....	28
4.1.3.	Criterios para considerar que un proceso es debid.....	35
4.2.	Del proceso de desalojo y el derecho de acceso a la justicia.....	39
4.2.1.	Del derecho a la propiedad. Características.....	39
4.2.2.	Atributos inherentes al derecho de propiedad.....	54
4.2.3.	Los arriendos. Elementos.....	67
4.2.4.	El derecho de acceso a la justicia y el proceso de desalojo.	77
4.2.5.	La Casación No.2195-2011-Ucayali.....	80

### **CAPÍTULO V**

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	94
5.1. Conclusiones.....	94
5.2. Recomendaciones.....	95

### **CAPÍTULO VI**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	96
---------------------------------	----

## CAPÍTULO I

### INTRODUCCIÓN

El derecho a la propiedad es uno de los derechos más importantes que nace con la Revolución Francesa y que se consolida a través de los años y el pensamiento democrático liberal. La propiedad, entonces, identifica el tipo de Estado, consolida la calidad de vida de las personas, por lo que ha merecido reconocimiento de ser un derecho humano fundamental y reconocido en los principales tratados internacionales y en las constituciones peruanas.

Empero, a lo largo de nuestra historia republicana, la propiedad –en la práctica- no ha sido plenamente respetada, puesto que la dicotomía propietario-inquilino siempre se ha decantado por favorecer a quien los legisladores consideran la parte más débil de la relación contractual; tal vez, lo de más reciente recordación sea la Ley del Inquilinato que convertía en semipropietarios –porque era casi imposible desalojarlos- a los arrendatarios.

De la misma manera con las expropiaciones argumentando que eran de necesidad social, pero que no se compensaba o indemnizaba adecuadamente, aún más, si se tenía suerte podías recibir un “alguito” luego de un penoso y tortuoso trámite burocrático de nunca acabar.

Creo que las cosas ahora son más sofisticadas, pues a través de un precedente vinculante expedido por la Corte Suprema, se pone trabas para poder desalojar a un inquilino cuyo contrato ya venció, pues en vez de disponer que sea un proceso ágil y rápido –como es el sumario- se pretende considerarlo como un precario –ya no como un simple vencimiento de contrato- y, por tanto, su desalojo debe ser ventilado ante un Juez civil y no ante un Juez de Paz Letrado, con lo que queda la posibilidad de que dicho proceso sea visto y llegue incluso a la Corte Suprema,

con lo que el mismo tendrá una demora de más de 4 años. Consideramos que ello no ayuda a la protección de la propiedad y menos a la promoción de las inversiones en propiedad inmueble.

¿Ello no implica una vulneración del derecho a tutela judicial, vía acceso a la justicia? Intentaremos dar una respuesta a este tema.

## **Planteamiento del problema**

### **1.1. Descripción de la realidad problemática**

A través de nuestra historia podemos dar cuenta que el derecho a la propiedad no ha sido uno de los derechos más respetados; por el contrario, tenemos una cultura que no ha favorecido este derecho y desde el propio Estado se ha impulsado su vulneración.

Así, por ejemplo, se tienen hasta ahora a los tenedores de los famosos bonos de la reforma agraria que aún están pendientes de cobrar sus respectivas indemnizaciones, o las leyes del inquilinato que en la práctica significó una suerte de expropiación de la propiedad en una posición de abuso de los inquilinos o las abiertas invasiones que se producen sobre terrenos del Estado o de particulares, todo lo cual, pues, son indicadores de que este derecho no es ni ha sido adecuadamente protegido.

Después de un período de cierta calma en favor del derecho a la propiedad, con la dación de la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali, la misma que establece como precedentes vinculantes determinados criterios a tener en cuenta para resolver los procesos de desalojo por precarios, consideramos que nuevamente hemos entrado en una incuestionable confusión debido a que –en la práctica- se estaría favoreciendo a los poseedores de un inmueble, en desmedro del propietario.

Efectivamente, en el ejercicio profesional hemos tomado conocimiento de esta sentencia casatoria que establece –entre otros- que el inquilino se vuelve precario con el requerimiento al vencimiento del contrato, por lo que la demanda de desalojo –al no tener una cuantía, conforme a lo normado por el artículo 547 del CPC- debe verse ante los Juzgados Civiles y no ante los de Paz Letrados, con lo que se abre la posibilidad de que estos procesos sean vistos incluso a nivel de la Corte Suprema en vía de casación.

Ello en la práctica ocasiona que el proceso de desalojo sea cada vez más alto, además de que aquellos que se han planteado ante los Juzgados de Paz Letrados estén siendo declarados improcedentes, creando más confusión y angustia emocional entre los justiciables, por lo que nos permitimos hacernos las siguientes preguntas.

## **1.2. Definición del problema**

### **1.2.1. Problema principal**

¿Es posible afirmar que la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali dificulta la interposición de demanda de desalojo y, por ende, vulnera el derecho de acceso a la justicia?

### **1.2.2. Problemas secundarios**

- ¿Es posible afirmar que la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali no contribuye a proteger el derecho a la propiedad en el país?
- ¿Es posible afirmar que la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali ha creado confusión y angustia emocional entre los justiciables?

### **1.3. Delimitación de la investigación**

#### **1.3.1. Delimitación Temporal**

La presente investigación comprende los años 2014-2015.

#### **1.3.2. Delimitación Espacial**

El alcance de la investigación comprende el Distrito Judicial de Loreto.

#### **1.3.3. Delimitación Conceptual**

La presente investigación tendrá como variables de estudio a la teoría de tutela judicial efectiva en su contenido de acceso a la justicia y el derecho a la propiedad en su contenido protector de solicitar la restitución del inmueble.

### **1.4. Objetivos generales y específicos**

#### **1.4.1. Objetivo general**

Demostrar que la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali, al dificultar la interposición de demandas de desalojo, vulnera el derecho de acceso a la justicia.

#### **1.4.2. Objetivos específicos**

1. Explicar que la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali no contribuye a proteger el derecho a la propiedad en el país.
2. Demostrar que la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali ha creado confusión y angustia emocional en los justiciables.

**1.5. Aporte de la investigación.**

- a. Permitirá identificar la problemática de los arriendos y protección del derecho a la propiedad, de manera que podamos plantear soluciones al problema.
- b. Contribuirá a la mejora de una cultura de paz y de confianza en el sistema jurídico de nuestro país.

## **CAPÍTULO II**

### **TRAYECTORIA METODOLÓGICA**

#### **2.1. Tipo de investigación**

Esta investigación es básicamente de carácter descriptivo-explicativo, pues busca demostrar que la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali, al dificultar la interposición de demandas de desalojo, vulnera el derecho de acceso a la justicia.

#### **2.2. Método de la investigación**

En esta investigación utilizamos los métodos analítico, deductivo-inductivo, y descriptivo-explicativo en la investigación, lo que nos permitieron utilizar con propiedad los datos obtenidos sobre las variables de estudio.

#### **2.3. Universo de la investigación y muestra**

Finalmente, dado que el tema de investigación es genérico, se tomó como población materia de estudio a los procesos de desalojo por vencimiento de contrato concluidos en el distrito judicial de Loreto y Lima durante los años 2014-2015; igualmente, a los denominados operadores de derecho y especialistas. Tomaremos una muestra del treinta por ciento (30%) de dicho universo (procesos de desalojo), de manera aleatoria, pues consideramos que tal porcentaje nos da un alto nivel de seguridad en el análisis de los resultados. Igualmente, se consideró entrevistas/encuestas a 30 magistrados, 20 abogados y 10 docentes universitarios de la especialidad.

## **2.4. Técnicas de recolección**

La recolección de datos estuvo dado por:

- a) Fichaje de bibliografía y de resumen que se obtuvo sobre el tema con carácter general y especializada, los que obtuvimos apersonándonos a la biblioteca de la Facultad y de los que adquirimos por la compra o expedición de copias por nuestra cuenta.
- b) Análisis documental respecto de la doctrina a considerar en la presente investigación, así como de las teorías y de las normas relacionadas al tema, para lo cual utilizamos las fichas que se obtuvieron.
- c) Se estudió los casos relacionados con el tema de investigación, escogidos aleatoriamente y que recopilamos de los diferentes juzgados y salas civiles de los distritos judiciales mencionados.
- d) Encuestas que se elaboraron en función del problema planteado, las hipótesis y variables identificadas, precisando las preguntas más adecuadas en un cuestionario, siguiendo criterios científicos, y para la toma de las muestras nos apersonamos a los diferentes juzgados y salas civiles de los distritos judiciales mencionados.
- e) Entrevistas con los distintos operadores de derecho que laboran en las sedes judiciales mencionadas, de conformidad a los porcentajes y distribución planteados con anterioridad, para lo cual nos constituimos en dichos lugares.

## **2.5. Procesamiento y análisis de datos**

Obtenidos los datos de la investigación, se procedió a su procesamiento y análisis del siguiente modo:

- a. Selección y representación de variables, es decir, se seleccionaron las respuestas de las encuestas y entrevistas de acuerdo a las variables formuladas.
- b. Matriz tripartita de datos, en la que se almacenaron provisionalmente la información obtenida y que previamente había sido seleccionada.
- c. Pruebas estadísticas en función de las diversas técnicas: tablas cruzadas, distribución de frecuencias, asociación y correlación entre variables
- d. Uso del procesador sistematizado que nos facilitó en la labor estadística.

## **2.6. Contrastación de hipótesis**

### **2.6.1. Hipótesis general**

Si la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali dificulta la interposición de demandas de desalojo, entonces, se vulnera el derecho de acceso a la justicia.

### **2.6.2. Hipótesis secundarias**

- Si la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali dificulta la interposición de demandas de desalojo, entonces, no se contribuye a proteger el derecho a la propiedad en el país.
- Si la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali dificulta la interposición de demandas de desalojo, entonces, se ha creado confusión y angustia emocional entre los justiciables.

## 2.7. Variables e indicadores

Relacionados con hipótesis principal

- a) Variable independiente: Dificultad para la interposición de demandas de desalojo establecida por la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali
  - b) Variable dependiente: Vulneración del derecho de acceso a la justicia
- Relacionados con hipótesis secundarias

- a) Variables independientes: Dificultad para la interposición de demandas de desalojo establecida por la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali
- b) Variables dependientes: i) No contribución a la protección del derecho a la propiedad; ii) Confusión y angustia emocional entre los justiciables

## 2.8. Operacionalización de variables e indicadores

Con fines metodológicos se ha representado a cada una de las variables con su símbolo, señalándole sus indicadores respectivos.

Indicadores de las variables independientes (X)

X(1) Dificultad para la interposición de demandas de desalojo establecida por la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali

- Muy frecuente
- Poco frecuente
- Nada frecuente

Indicadores de las variables dependientes (Y)

Y(1) Vulneración del derecho de acceso a la justicia

- Muy frecuente
- Poco frecuente
- Nada frecuente

Y(2) No contribución a la protección del derecho a la propiedad

- Muy frecuente
- Poco frecuente
- Nada frecuente

Y(3) Confusión y angustia emocional entre los justiciables

- Muy frecuente
- Poco frecuente
- Nada frecuente

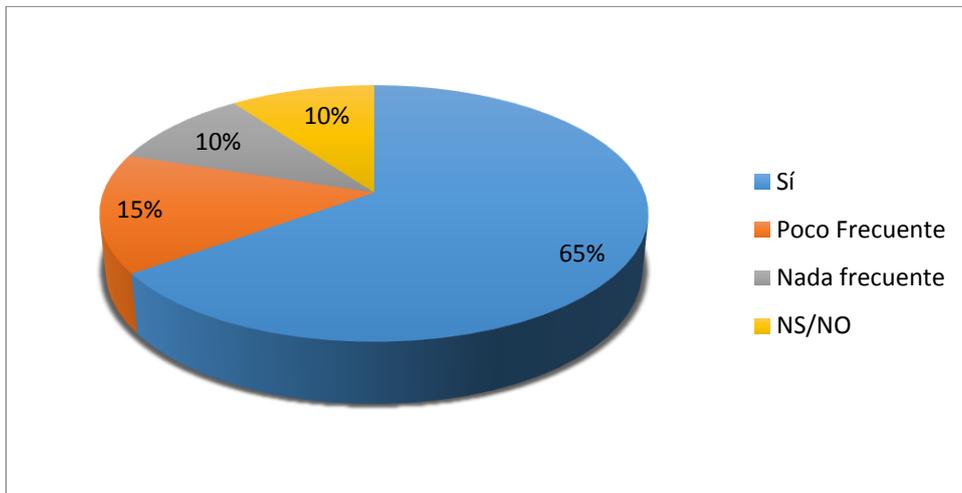
### CAPÍTULO III

#### PRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

En principio, he de referirme a que para realizar la presente investigación he contado con la colaboración de los magistrados y abogados entrevistados, no teniendo ninguna dificultad sobre el mismo, siendo que las entrevistas han sido realizadas con preguntas abiertas y en ambientes adecuados. Los resultados no hacen más que confirmar nuestra inicial hipótesis: el precedente vinculante materia de esta investigación representa un obstáculo para el derecho de acceso a la justicia (acceso a tutela judicial efectiva).

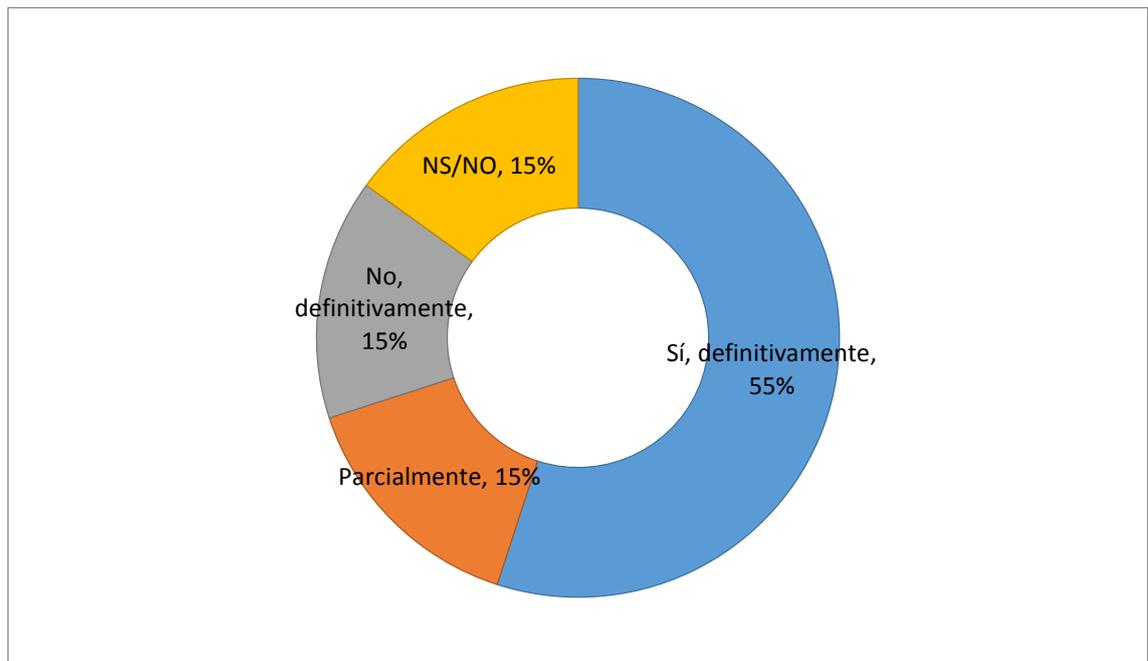
1. En su opinión, ¿existe actualmente una gran dificultad para la interposición de demandas de desalojo derivada de la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali?

- Sí: 65%
- Poco frecuente: 15%
- Nada frecuente: 10%
- NS/NO: 10%



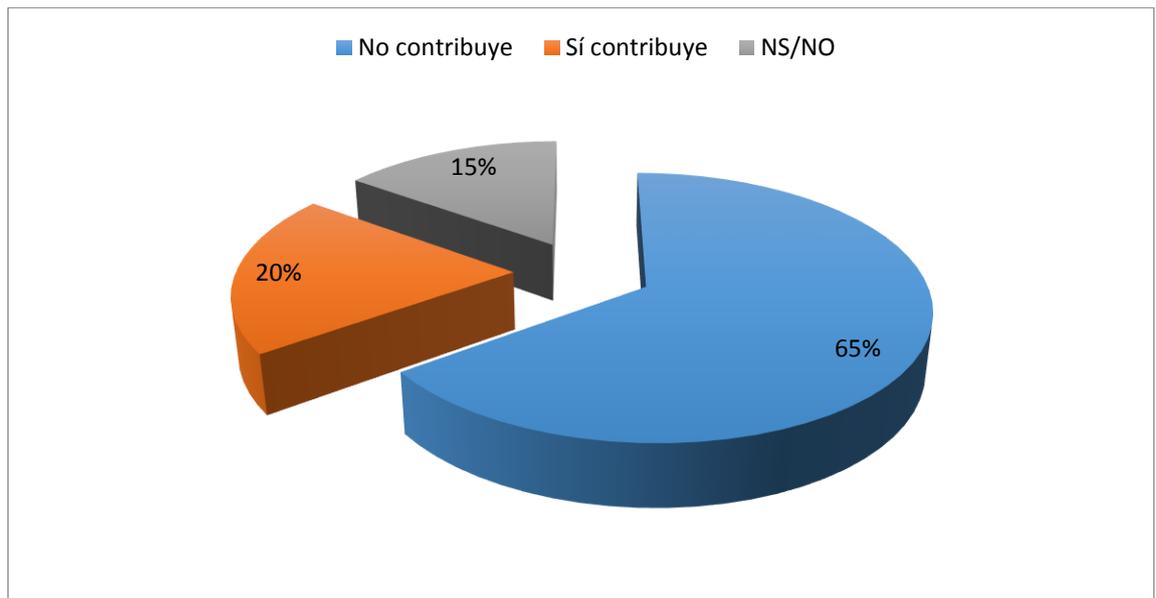
2. En su opinión, ¿usted considera que existe una manifiesta vulneración del derecho de acceso a la justicia materializada a través del precedente vinculante en comento?

- Sí, definitivamente: 55%
- Parcialmente: 15%
- No, definitivamente: 15%
- NS/NO: 15%



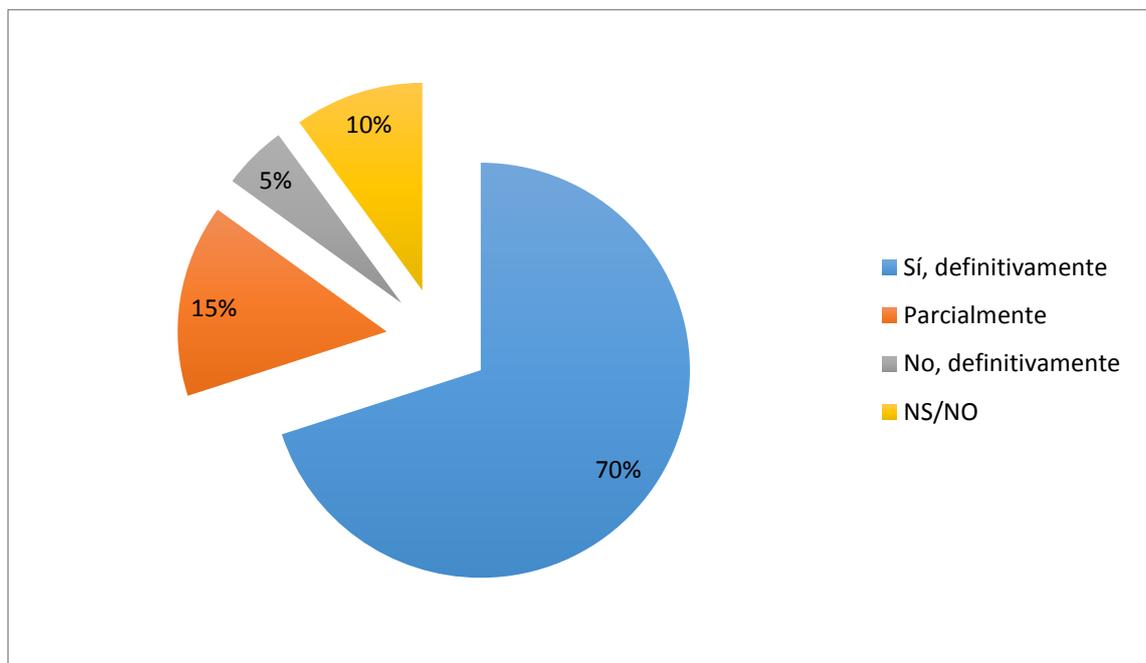
3. ¿Usted considera que el citado precedente no contribuye a la protección del derecho a la propiedad?

- No contribuye: 65%
- Sí contribuye: 20%
- NS/NO: 15%



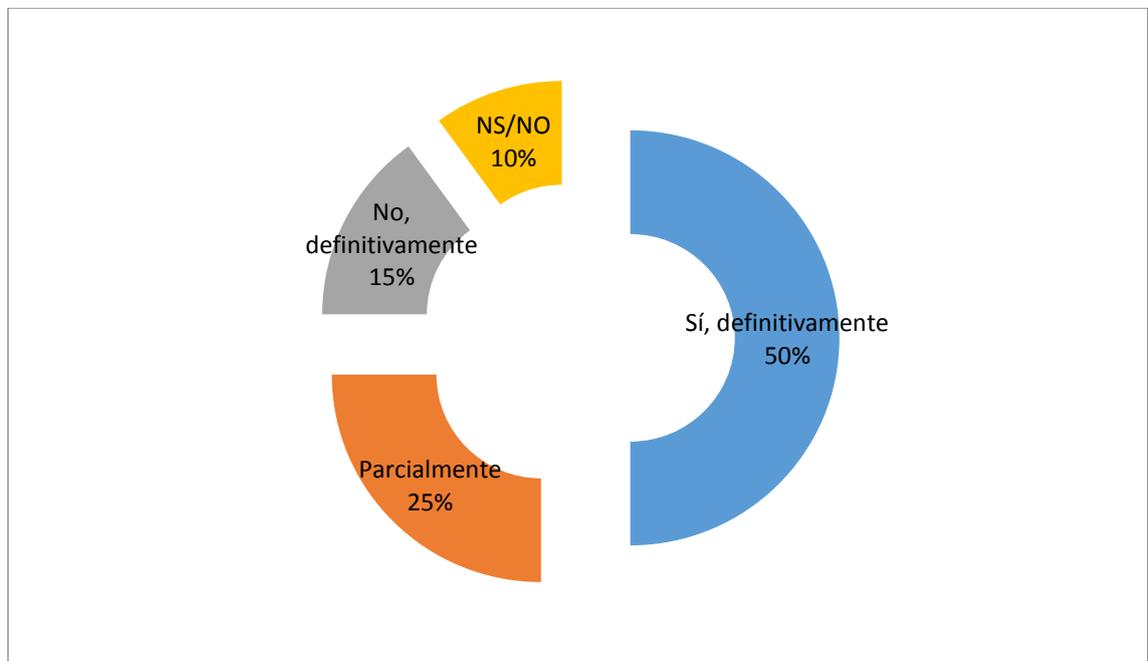
4. ¿Usted considera que con la dación del precedente materia de investigación se ha generado una gran confusión y angustia emocional entre los justiciables?

- Sí, definitivamente: 70%
- Parcialmente: 15%
- No, definitivamente: 5%
- NS/NO: 10%



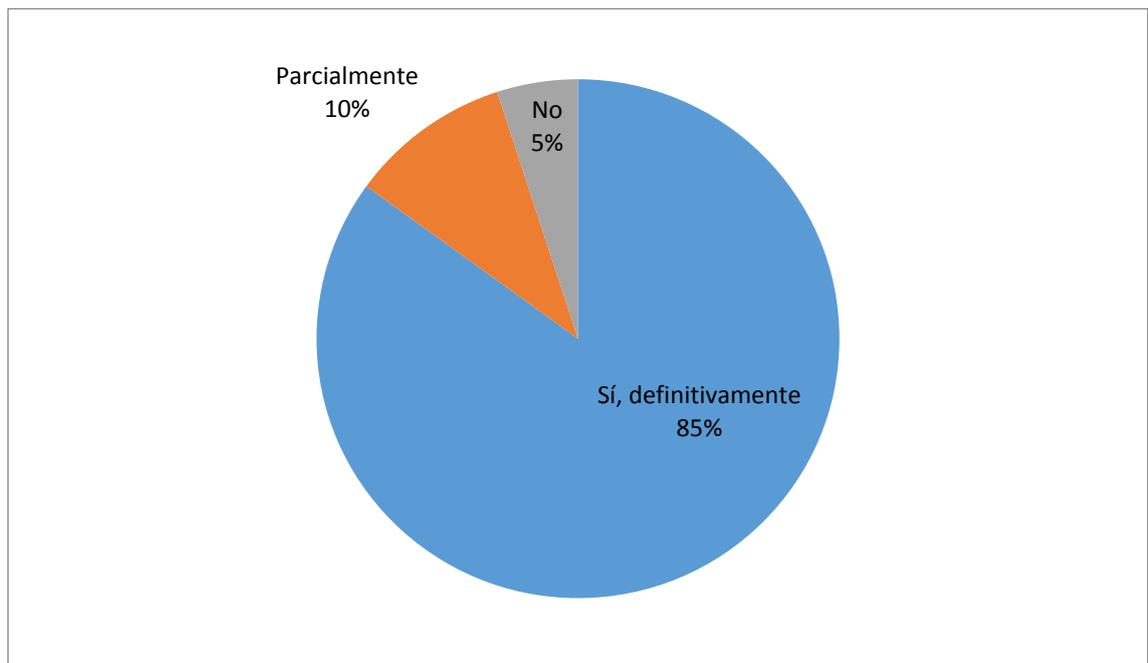
5. ¿Usted considera que el derecho de propiedad se encuentra adecuadamente protegida en el país?

- a. Sí, definitivamente: 50%
- b. Parcialmente: 25%
- c. No, definitivamente: 15%
- d. NS/NO: 10%



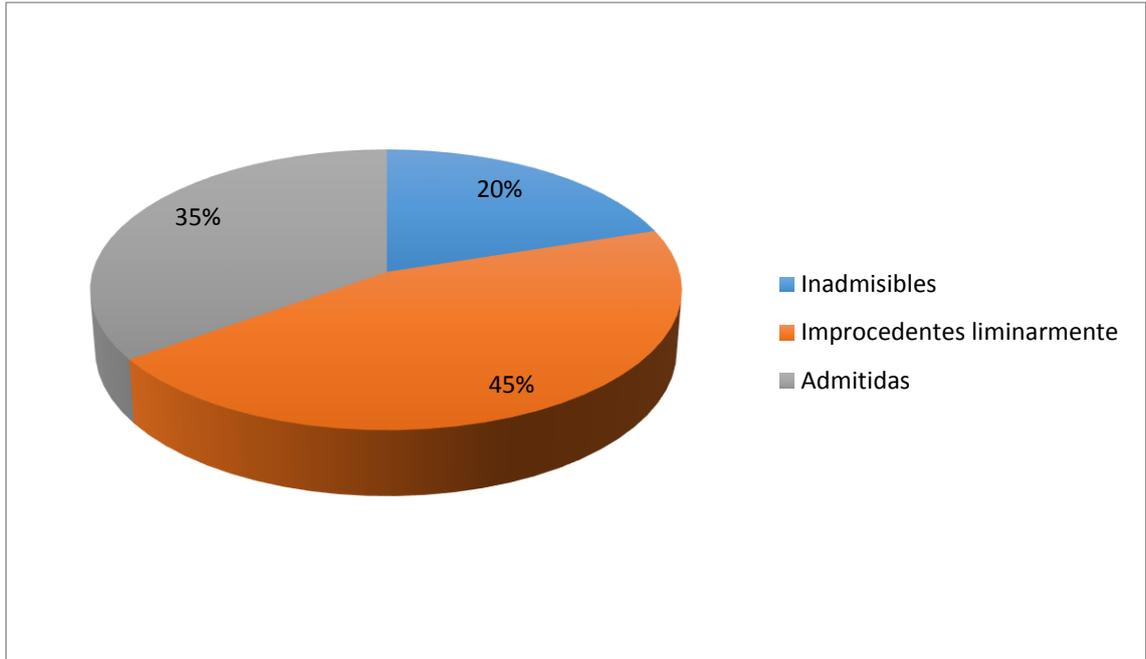
6. En su opinión, ¿deben modificarse las reglas del desalojo a fin de favorecer la restitución del inmueble de aquellos inquilinos morosos o con contratos vencidos?

- a. Sí, definitivamente: 85%
- b. Parcialmente: 10%
- c. No: 5%



7. Porcentajes de procesos de desalojos rechazados liminarmente.

- a. Inadmisibles: 20%
- b. Improcedentes liminarmente: 45%
- c. Admitidas: 35%



## CAPÍTULO IV

### CONSTRUCCIONES TEÓRICAS

#### 4.1. Constitución, tutela procesal efectiva y debido proceso

##### 4.1.1. La Constitución como norma vinculante

Sobre el tema, el profesor Castillo Córdova afirma: “Si, como se ha argumentado, la Constitución peruana es norma jurídica fundamental, la consecuencia necesaria es que todo su contenido es normativo y vinculante. Esto, aplicado de las disposiciones de la Constitución que reconocen los derechos de la persona, significa que los derechos constitucionales vinculan tanto al poder político como a los particulares. Es decir, que los derechos constitucionales son categorías jurídicas plenamente vigentes y que deben ser respetadas por sus destinatarios.”<sup>1</sup> Afirmación con el cual concordamos plenamente.

Y es que actualmente es pacífico sostener que la Constitución es una verdadera ley suprema que -a través de sus normas- vincula a todas las personas e instituciones de un Estado. En otras palabras: ninguna ley, persona natural o entidad pública o privada puede sentirse superior o intocable ni ajena a sus disposiciones. Ello se basa en la supremacía que nos merece la persona humana, en el respeto a su dignidad y de su libertad que le va a permitir realizar y alcanzar su proyecto de vida.

---

<sup>1</sup> Cfr. Castillo Córdova, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Universidad de Piura, ARA Editores, 1ª. Edición, Lima octubre de 2004, p. 43.

Precisamente, el fundamento de los derechos humanos (esto es, el por qué) radica en la dignidad humana, ya que no es posible hablar de ser humano sin dignidad, como tampoco es posible hablar de una vida digna sin libertad, igualdad, integridad, honor; el reconocimiento de los derechos humanos es la única manera de garantizarle al individuo una vida digna y, por tanto, su condición de ser humano.<sup>2</sup>

De este modo, la Constitución ha dejado de ser una quimera, un catálogo de buenas intenciones o aspiraciones futuras a lograr, para convertirse en una verdadera ley suprema cuya ejecución se exige y es aplicable de modo inmediato, de tal manera que se haga realidad la vigencia plena de los derechos fundamentales.

El derecho, a través del aparato normativo, se halla al servicio del hombre coexistencial, para asegurarle el libre desenvolvimiento de su libertad creando situaciones propicias de justicia y seguridad, de todo lo que dinamizará la paz. El hombre, que es un ser libre, requiere, pese a los enormes condicionamientos a que está sometido en su vida, a realizarse según el llamado de su vocación personal, única e intransferible. Para ello exige, necesita poseer los medios adecuados, culturales, económicos, de salud, etc. El derecho, a través de las normas, debe coadyuvar a obtener todo de ello. El derecho es así, debe ser así, liberador. La principal función del derecho es asegurar, mediante la justicia y la seguridad, el que

---

<sup>2</sup> Cfr. Fabián Novack y Sandra Namihas. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Academia de la Magistratura-GTZ. 1ª. Edición, Lima, noviembre 2004, p.16. De Asís Roig, Rafael. *Escritos sobre Derechos Humanos*. ARA Editores. 1ª. Edición. Lima 2005, pp. 71-72, haciendo referencia al tribunal español, sostiene: “Nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a la dignidad humana considerándola como un valor espiritual y moral inherente a todas las personas, que se constituye en un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar... (STC 27/82, 53/85, 57/94).

cada hombre, y con él la comunidad toda, se realice y no se frustré.<sup>3</sup>

De su parte, De Asís Roig,<sup>4</sup> sostiene que el papel de los derechos fundamentales en una sociedad moderna es claro. Estos derechos constituyen la base de todo sistema político que postule como fin fundamental el desarrollo de la dignidad humana y, por otro lado constituyen las exigencias, necesidades y pretensiones vitales de los hombres. El conocimiento de su significado, de su importancia, de la posibilidad de su ejercicio, es fundamental no solo para toda persona sino también para el porvenir de la humanidad. Podemos así afirmar, con Eusebio Fernández, que la defensa de los derechos humanos fundamentales se presenta como un auténtico reto moral de nuestro tiempo, la piedra de toque de la justicia del Derecho y de la legitimidad del Poder y el procedimiento garantizador de la dignidad humana contra todo tipo de alienación y manipulación.

Bastante ilustrativa y pedagógica es la sentencia dada por el Tribunal STC - Exp. N.º 00030-2005-AI/TC – Congresistas de la República, en la que expuso:

*“A partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución y asume que su lealtad a la ley se desvanece cuando ésta contraviene los postulados constitucionales, sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional. Esta verdad elemental niega mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía,*

---

<sup>3</sup> Cfr. Fernández Sessarego, Carlos Enrique. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Superior de Justicia de Ica. 1ª. Edición. Lima 2003, pp. 14-15.

<sup>4</sup> Cfr. De Asís Roig, Rafael. *Escritos sobre Derechos Humanos...* p.54.

*sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias.*

*Es por ello que el artículo 45° de la Constitución dispone que el poder del Estado emana del pueblo y todo aquel que lo ejerce lo debe hacer con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Consiguientemente, velar por el respeto de la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 2° del CPConst.) no son funciones que competan de modo privativo al Congreso de la República, sino que las comparten, in suo ordine, todos los poderes públicos.*

*43. De ahí que el artículo 38° prevea el poder-deber de los jueces de preferir la Constitución a las leyes, en caso de que exista incompatibilidad insalvable entre ambas (control difuso); y de ahí que los artículos 200°, inciso 4; 201°; 202°, inciso 1; 203°, y 204° hayan regulado el proceso de inconstitucionalidad ante el TC, confiriendo a éste la capacidad de expulsar del ordenamiento jurídico las leyes viciadas de inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarlas de conformidad con la Constitución (control concentrado). Las sentencias emitidas en este proceso tienen efectos generales, vinculan a todos los poderes públicos y adquieren calidad de cosa juzgada (artículos 81° y 82° del C.P.Const.).*

*44. De este modo, la jurisdicción constitucional es el elemento de equilibrio que garantiza el no retorno al absolutismo parlamentario, en el que, so pretexto de representar a "la mayoría", se culmina por instaurar el dominio autocrático frente a quienes, ajenos al poder, no participan de los idearios del gobierno de turno.*

*45. Este poder de la jurisdicción constitucional (control difuso y concentrado de las leyes) conlleva el deber de los jueces de comprender el mensaje normativo, tanto de la Constitución como de las leyes, a través de la interpretación, a efectos de determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre ambas.”*

Es pues, que en la búsqueda de tomar precauciones contra los excesos de poder, es que la Constitución se convierte en una norma política y jurídica vinculante, tanto para los ciudadanos como para todas las autoridades, quedando sometida así la política al Derecho, en la forma del Estado de Derecho.<sup>5</sup>

Se debe tener en cuenta que todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas desde y conforme con la Constitución. La vinculación al poder político queda expresamente manifestada cuando el constituyente peruano ha manifestado que el poder político emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (artículo 45 CP). Mientras que la vinculación a los particulares se concluye del artículo 38 cuando se establece que todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución. Que la Constitución es norma fundamental significa que es la norma primera o la norma madre de todo el ordenamiento jurídico. Todo el conjunto de normas que configuran este ordenamiento tiene por base a la Constitución y serán válidas en la medida que no la contradigan, ya sea en el fondo como en la forma.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Cfr. Landa Arroyo, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra Editores, 1ª Edición, Lima mayo 2004, p. 18.

<sup>6</sup> Cfr. Castillo Córdova, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional...* p. 42.

En consecuencia, “La Constitución es una norma jurídica vinculante y los derechos que reconoce pueden ser directamente aplicados. Al respecto, este Tribunal ha declarado que la Constitución “(...) no es solo “una” norma, sino, en realidad, un “ordenamiento”, que está integrado por el Preámbulo, sus disposiciones con numeración romana y arábica, así como por la Declaración sobre la Antártida que ella contiene. Toda ella comprende e integra el documento escrito denominado ‘Constitución Política de la República del Perú’ y, desde luego, toda ella posee fuerza normativa (...)”. (Caso sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1°, 2°, 3°, y la primera y segunda disposición final y transitoria de la Ley N.° 26285 (Exp. N.° 005-2003-AI/TC, fundamento 21).

Ahora bien, ¿dónde nace o cuál es el fundamento de ese carácter vinculante que se le reconoce a la Constitución del Estado? Pues en el artículo 1 de la Constitución Política ha establecido que “*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”, este concepto configura en la realidad una protección tanto *subjetiva* como *objetiva* de los derechos fundamentales ante cualquier arbitrariedad de parte de cualquier autoridad, funcionario o persona.

El concepto de derechos fundamentales comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana, sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, siendo instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos

fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.<sup>7</sup>

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (que comúnmente se hace y contiene la Norma Fundamental) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo, conforme a lo normado en el artículo 1 de la Constitución.

Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución Política del Estado, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1) y de enumerar buena parte de ellos en su artículo 2, prevé en su artículo 3 que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter *social y económico* reconocidos en el Capítulo II y los *políticos* contenidos en el Capítulo III), “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

De esta manera, podemos señalar que es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional, no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales. Consecuentemente, el catálogo de

---

<sup>7</sup> Cfr. Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37.

los derechos fundamentales incorporados en la Constitución, se complementa con aquel constituido por los derechos innominados, cuyo reconocimiento corre por cuenta de los jueces y, en especial, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, por el Tribunal Constitucional.

Así lo ha hecho, por ejemplo, entre otros casos, cuando ha definido los alcances del derecho a la verdad (STC 2488-2002-HC/TC, caso Genaro Villegas Namuche), del derecho al agua potable (STC 6546-2006-PA/TC, caso César Augusto Zúñiga López), del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (STC 0007-2006-PI/TC, caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari), del derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos (STC 0168-2005-PC/TC, caso Maximiliano Villanueva Valverde), del derecho al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas (STC 02432-2007-PHC/TC, caso Rolando Apaza Chuquitarco), entre otros.<sup>8</sup>

Como podemos apreciar, en todo Estado constitucional democrático, la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales; es decir, en observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce. Esto así porque la Constitución –reiteramos- a partir del derecho de supremacía constitucional, sienta las bases constitucionales sobre las cuales se edifican las diversas instituciones del Estado; a su vez, dicho principio exige que todas las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico deben ser acordes con lo que la Constitución señala.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Cfr. STC Exp. No.03052-2009-AA/TC – Yolanda Lara Garay.

<sup>9</sup> Cfr. Landa Arroyo, César. *Bases constitucionales del nuevo Código Procesal Penal peruano*. Instituto de Ciencia Procesal Penal, p.1.

En esta línea de pensamiento, no debe dudarse que todas las leyes, el sistema jurídico del país (Civil, Tributario, Administrativo, etc.) debe encontrarse conforme con la Constitución.

La CIDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas oportunidades sobre el significado del debido proceso; así, lo considera como “*un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia*”, a lo cual contribuyen “*el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal*”.<sup>10</sup> En este sentido, dichos actos “*sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho*” y son “*condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial*”.<sup>11</sup> En otras palabras, el debido proceso supone “*el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales*”.<sup>12</sup>

Esta aproximación resulta pacífica en la doctrina, y más allá de los diversos énfasis teóricos, resulta claro que estamos frente a un derecho que es, a su vez, un requisito indispensable para la protección de cualquier otro derecho. Constituye un verdadero límite a la regulación del poder estatal en una sociedad

---

<sup>10</sup> Cfr. Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 117.

<sup>11</sup> Cfr. Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 118.

<sup>12</sup> Cfr. Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 27.

democrática,<sup>13</sup> lo cual, en última instancia, apunta a dotar al debido proceso de un verdadero carácter democratizador.<sup>14</sup>

En tal sentido, se afirma<sup>15</sup> que el debido proceso legal es la institución del derecho constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso [...] jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia, razonabilidad y legitimidad de resultado socialmente aceptable. Si ello no se cumple, estaremos –entonces- ante un proceso que afecta los derechos fundamentales de una persona y devendría en arbitrario.

Este derecho fundamental<sup>16</sup> implica, pues, el conocimiento previo del conjunto de reglas con los cuales se va a juzgar a una persona y que, solo así, se concluirá en una sentencia –absolutoria o condenatoria- válidamente emitida. Dicho de otro modo, [...] *La observancia del debido proceso no es pues una simple etiqueta a utilizar, gaseosa o genéricamente, a la medida de los intereses privados, sino la necesidad de darle al proceso el carácter de orden que asegure garantía efectiva para los sometidos a la decisión de la jurisdicción, como lo fija el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú al referirse a la tutela*

---

<sup>13</sup> Cfr. Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de junio de 2005, párrafo 78.

<sup>14</sup> Cfr. Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina; *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, IDEHPUCP, Lima 2012, p.26.

<sup>15</sup> Cfr. Quiroga León, Aníbal; *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos.* Jurista Editores. Lima 2000. p.43.

<sup>16</sup> Cfr. Bernales Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993 – Análisis comparado.* RAO Editora. 5ª. Edición. Lima, julio de 1999, p.641, afirma que el debido proceso ...“en la actualidad no sólo es considerado como un derecho constitucional sino como derecho fundamental; vale decir, uno de los derechos humanos exigibles al Estado moderno de derecho. (...) Es por ello que la garantía del debido proceso ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. (...) Mediante el debido proceso se garantiza que las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia, se lleven a cabo respetando las garantías constitucionales y legales vigentes.” De otro lado, Alejandro Carrio, en su *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, 3ª. Edición, 1ª. Reimpresión 1997, Buenos Aires – Argentina, pp.67, sostiene que: “La expresión *debido proceso* que la Corte usa con alguna frecuencia reconoce sin duda su origen en la Carta Magna de los Estados Unidos (...) sus Enmiendas V y XIV.”

*jurisdiccional efectiva que exige oportunidad razonable para que los justiciables puedan ser oídos por el juez competente, contradecir lo dicho por la parte contraria, actuar pruebas lícitas, asistir a los actos procesales con el abogado de su libre elección e impugnar las resoluciones que les causen agravios.”<sup>17</sup>*

#### **4.1.2. Tutela procesal efectiva y el debido proceso**

La tutela judicial efectiva es un derecho y garantía que constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la idea de debido proceso legal. La tutela jurisdiccional efectiva constituye la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables. De aquí se evidencia la posibilidad de desdoblar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en tres ámbitos: a) el derecho de acceso al proceso, en virtud del cual el ciudadano puede incoar una pretensión procesal; b) el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho; y c) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

En la doctrina española, Román Puerta<sup>18</sup>, por su parte, sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva o derecho a la jurisdicción es –como ha declarado el Tribunal Constitucional- el derecho a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones formuladas (STC No.19/1981).

No tenemos duda de que en un Estado que se precie de social y democrático de derecho, no sólo se debe reconocer, sino hacer

---

<sup>17</sup> Cfr. Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional peruano (en adelante TCp) en el Exp. No.0048-2004-PI/TC – Caso Morales Dasso, José y otros.

<sup>18</sup> Cfr. Román Puerta, Luis; *La segunda instancia penal y el recurso de unificación de doctrina*. En: *Las reformas procesales*, Revista del Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España 2005, p.20.

realmente efectiva las garantías procesales que la Constitución y las leyes conceden al procesado, asumiendo incluso la posibilidad de que se absuelva a un culpable, pero que no se condene a un inocente.<sup>19</sup> En tal sentido, compartimos plenamente la afirmación de Jaén Vallejo<sup>20</sup> cuando sostiene que en un Estado democrático de Derecho, el Juez nunca tiene ante sí a un delincuente, sino a un ciudadano inocente, al menos hasta que se dicte una sentencia condenatoria, que incluso debe ser firme.

De otro lado, compartimos con el profesor Aníbal Quiroga<sup>21</sup> cuando afirma que el debido proceso legal es la institución del derecho constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso penal jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia, razonabilidad y legitimidad de resultado socialmente aceptable. Si ello no se cumple, estaremos –entonces- ante un proceso que afecta los derechos fundamentales de una persona y devendría en arbitrario.

Este derecho fundamental implica el conocimiento previo del conjunto de reglas con los cuales se va a juzgar a una persona y que, sólo así, concluirá en una sentencia –absolutoria o condenatoria- válidamente emitida. De ello se infiere lo que en doctrina se reconoce como los dos aspectos que comprende: procesal y sustantivo. El primero se refiere al respeto de las normas preestablecidas, y el segundo encierra una connotación ética, el ideal de justicia, que consolida su validez al emitir una sentencia sin afectación de los derechos fundamentales.

---

<sup>19</sup> En el sistema anglosajón, es muy conocido el aforismo que dice más o menos así, que es preferible que un delincuente ande suelto a que un inocente se encuentre preso.

<sup>20</sup> Manuel Jaén Vallejo en su *Justicia Penal contemporánea*, Ed. Postocarrero, 1ª. Edición, Lima, agosto de 2002, p. 70.

<sup>21</sup> Cfr. Quiroga León, Aníbal; *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos.*” Jurista Editores. Lima 2000. pág. 43.

Enrique Bernal<sup>22</sup>, afirma que el debido proceso ...“en la actualidad no sólo es considerado como un derecho constitucional sino como derecho fundamental; vale decir, uno de los derechos humanos exigibles al Estado moderno de derecho. (...) Es por ello que la garantía del debido proceso ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. (...) Mediante el debido proceso se garantiza que las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia, se lleven a cabo respetando las garantías constitucionales y legales vigentes.”

Reiteramos que Juan Francisco Linares<sup>23</sup> precisa que: a) En su faz procesal. Constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar cuando en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (Constitución, leyes, reglamentos) regulan jurídicamente la conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismos. b) En su faz sustantiva. Constituye el debido proceso también, y además, un estándar o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir, hasta dónde pueden restringir en el ejercicio

---

<sup>22</sup> Bernal Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993 – Análisis comparado*. RAO Editora. 5ª. Edición. Lima, julio de 1999, p. 641 Por su parte, César Landa, op. cit., p.196-197, nos explica: ...“la doctrina y la jurisprudencia nacionales han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona –peruana o extranjera, natural o jurídica- y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional valorativa a ser respetada por todos (...) Por ello, el debido proceso de origen estrictamente judicial se ha ido extendiendo pacíficamente como debido procedimiento administrativo (...) y como debido proceso parlamentario (...) así como debido proceso *inter privatos* aplicable al interior de las instituciones privadas. (...) En consecuencia, el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia”...

<sup>23</sup> Citado por Francisco Eguiguren Praeli, en *Estudios constitucionales*, ARA Editores, 1ª. Edición, Lima 2002, p. 213.

de su arbitrio la libertad del individuo. Queda convertida así la limitación o garantía procesal en una garantía genérica de la libertad individual.

Esta doble expresión del debido proceso reconocido en la doctrina, también fue recogida por el Tribunal Constitucional, conforme puede verse en el Exp. No. 3282-2004-HC/TC – Caso César Almeida Tasayco, en la que se lee: “[...]El debido proceso<sup>24</sup> tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; mientras que en su faz sustantiva se relaciona con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.”

Concepto que se reafirma en el Exp. 8125-2005-HC/TC – Caso Jeffrey Immelt y otros, en donde se dice: “[...]”El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido estas dos manifestaciones del debido proceso en sus sentencias recaídas en

---

<sup>24</sup> Landa, op. cit., pág. 195, respecto al debido proceso y que hace suyo lo expuesto por el profesor Néstor Pedro Sagües, sostiene que éste tiene su origen en el due process of law anglosajón y que se descompone en a) debido proceso sustantivo, que es el que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales, así como a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; b) el debido proceso adjetivo, que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales, alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimientos para llegar a una solución judicial mediante una sentencia.

los expedientes N° 2192-2002-HC/TC (F.J. N° 1), N° 2169-2002-HC/TC (F.J. N° 2) y N° 3392-2004-HC/TC (F.J. N° 6).

Respecto a lo que debe considerarse como pautas de lo que es un debido proceso, el Tribunal Constitucional, ante una caso de Hábeas corpus planteado contra un juez en un proceso de extradición, Exp. 230-95-HC/TC – Caso William Toledo Almeida,<sup>25</sup> sostuvo inicialmente lo siguiente: “De autos ha quedado acreditado que la detención del actor responde a un procedimiento de extradición iniciado a instancia del Gobierno Suizo, al imputarle la comisión del delito de tráfico de estupefacientes. En el referido procedimiento (...) no se ha detectado ninguna anomalía procesal, al haberse observado los trámites y plazos que señala la ley (...) e inclusive el interesado ha hecho uso de los derechos que la ley procesal le franquea” (...)

Posteriormente, en el Exp. No. 0258-2003-HC/TC – Caso Percy Rodríguez Carvajal, "El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, forma parte del "modelo constitucional del proceso", cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse como debido.”

“En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando éste participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera sea la materia que en su seno se pueda dirimir.”

“De esta forma, el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución

---

<sup>25</sup> Citado por Hermilio Vigo Cevallos, *Hábeas Corpus*. Ed. Idemsa. 2ª. Edición. Lima 2002. p. 567.

compleja, que "no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, ´justo´ sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia"[...]

Ampliando más sobre el tema, el Tribunal Constitucional, en el Exp. No. 3283-2003-AA/TC – Caso Taj Mahal Discoteque, sostiene que: “El procedimiento<sup>26</sup> será calificado como regular cuando la autoridad judicial competente para el caso concreto –por razones de turno, materia, función, cuantía y territorio– resuelva, previo cumplimiento de todos los actos judiciales señalados por la ley, dentro del orden y la sucesión previamente establecidos. La irregularidad se presenta cuando la decisión judicial no ha sido emitida conforme a las formalidades procesales exigidas por la ley. Debe ser de tal magnitud que comprometa decididamente la tutela procesal efectiva, y que, por ende, desnaturalice el resultado natural del proceso.”

“En ese sentido, la irregularidad procedimental consistiría en impedir o restringir a una de las partes intervinientes en un proceso el ejercicio pleno de las garantías de la administración de justicia, consagradas en el artículo 139.º de la Constitución, así como de los demás derechos referidos al debido proceso y la tutela judicial efectiva derivados de los convenios internacionales de los cuales el Estado peruano es suscriptor. A guisa de ejemplo, un procedimiento irregular sería aquél en que se condena en ausencia, se vulnera el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, se impide o limita el derecho de defensa, se incumple el deber de motivar las resoluciones judiciales, se cercena el derecho a la instancia plural, se desconocen los efectos de la cosa juzgada, se

---

<sup>26</sup> En reiteradas sentencias, el TC ha señalado que los conceptos de debido proceso, también son aplicables al debido procedimiento administrativo.

vulnera el principio de predeterminación del juez natural, se aplica una ley por analogía en el ámbito penal, no se aplica la disposición más favorable al reo, [...]

En el mismo sentido y como conclusión, podemos afirmar que [...]”El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso. Por ello, según lo señala la sentencia del Expediente N.º 200-2002-AA/TC, esta tutela:

(...) implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable,”... (Exp. No.6712-2005-HC/TC – Caso Magaly Medina Vela).

Como mencionáramos anteriormente, no existe uniformidad en lo que se concibe como tutela procesal efectiva y debido proceso, siendo que cierto sector de la doctrina aún lo consideran como conceptos equivalentes. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha asumido que son instituciones jurídicas distintas, tal como lo expresa en el Exp. No. 3282-2004-HC/TC – Caso César Almeida Tasayco, en la que hace una clara diferenciación entre tutela judicial efectiva y debido proceso –concepción que también es la predominante en la doctrina peruana y que compartimos- de este modo: “[...]Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio,

significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento del derecho dentro del que se produjo la crisis de cooperación que da nacimiento al conflicto que el órgano jurisdiccional asume para su solución a quienes intervienen en él.”

Del mismo modo se reafirma esta posición en el Exp. 8125-2005-HC/TC – Caso Jeffrey Immelt y otros, en donde se dice: [...]”Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.”

#### **4.1.3. Criterios para considerar que un proceso es debido**

La garantía constitucional del debido proceso se remonta al siglo XIII, cuando en 1215, la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra otorgó a los nobles ingleses la garantía de que *"ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país"*.

En nuestro medio, esta garantía constitucional está reconocida en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución Política del Estado, y que tiene correlato en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

De su inicial concepto, como garantía procesal de la libertad (*procedural limitation*), el debido proceso ganó

profundidad y extensión desde fines del siglo XIX, hasta llegar a constituirse en una garantía de fondo (*general limitation*), garantía sustantiva y patrón de justicia<sup>27</sup> reconocida en los principales pactos y tratados internacionales, entre los que cabe destacar los artículos 8° y 10° de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 6° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Compartimos el criterio de que el proceso judicial es una herramienta del derecho para hacer efectivos los derechos establecidos en las normas materiales, cuya finalidad abstracta es lograr la paz social con justicia y la finalidad concreta es resolver los conflictos de intereses y eliminar las incertidumbres jurídicas, ambas con relevancia jurídica, conforme se señala en el título preliminar del Código Procesal Civil.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de reiteradas Opiniones Consultivas, ha señalado que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, a lo cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. En ese sentido, el artículo 8° de la Convención consagra los lineamientos generales del denominado debido proceso legal o derecho de defensa procesal, el cual abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes*. El 'debido proceso' como garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires, 1970, pp. 15 - 22.

<sup>28</sup> Vide Luis Alberto Huerta Guerrero, *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas. Lima octubre de 2003, p.10.

Es de tener en cuenta que el proceso no tiene sustento por sí solo, sino en el cumplimiento de sus fines y en la realización de los derechos sustantivos. Como lo señala Giuseppe Chiovenda<sup>29</sup>, el proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley; aún, en la posición de Gian Franco Ricci<sup>30</sup>, el proceso requiere de las normas sustantivas, las que se aplican en los procesos con sentencias declarativas, constitutivas cuando hay violación de la norma material, y en los casos que no hay violación también la actividad jurisdiccional se remite al dato normativo para efectuar el juzgamiento.

Enrique Vescovi<sup>31</sup> al referirse a las funciones y fines del proceso, concluye que parece, lo más aceptable es entender que la función del proceso es jurídica, aunque se origina en un problema social, Lo que no puede ser de otro modo, puesto que el derecho tiene por fin regular la convivencia humana (social), y que la actividad procesal se dirige a imponer el derecho objetivo. La finalidad última es, por consiguiente, la realización del derecho (sería admisible afirmar que la actuación de la ley), para, en definitiva, asegurar la paz social y la justicia.

Todo proceso judicial, entonces, viene a constituir una herramienta un instrumento para el cumplimiento de un fin, sea concreto o abstracto, es así que el proceso no justifica su existencia sino en el cumplimiento de su propósito, de su objetivo final, el que tiene directa vinculación con la existencia de un sistema de derecho estructurado en principios, normas, leyes de carácter material o sustantivo. Es así que la legitimidad para obrar del demandante y

---

<sup>29</sup> Cfr. Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948, Vol. I, p. 37.

<sup>30</sup> Vide Ricci, Gian Franco, *Principi di diritto processuale generale*. Torino, Giappichello. 1998. Segunda Edición, p. 11.

<sup>31</sup> Cfr. Vescovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Ed. Temis, Santa fe de Bogotá, 1999, p. 91.

del demandado se determina por la relación que debe existir entre quien demanda o quien es demandado, con la persona abstracta a quien la norma sustantiva le establece el derecho o la obligación sometida a controversia.

Es así que el sustento legal de una pretensión de alimentos se encuentra en la norma material contenida en los art. 472, 423.1, 424 y 415 del CC (según el caso de hijos mayores y menores de edad, y de hijos alimentistas), estableciendo el art. 474 quienes tienen derechos a los alimentos y quiénes son los obligados a prestarlos; el sustento de una pretensión reivindicatoria se encuentra en el art. 923 CC referido al derecho de propiedad que comprende el derecho a reivindicar el bien.

En el caso de la pretensión de filiación el sustento legal se encuentra en el art. 386, 387, 407, 406 y 402 CC, a los que se recurren para determinar quiénes son los hijos extramatrimoniales, cómo se puede obtener el reconocimiento cuando no es voluntario, quiénes pueden demandar, quiénes pueden ser demandados y el supuesto a probar para que sea amparada la pretensión, la que actualmente se tramita en un procedimiento especial, todo lo cual trastoca lo que en doctrina y reiterada jurisprudencia se denomina el debido proceso en sus manifestaciones del derecho de defensa y derecho a la prueba que seguidamente lo analizaremos en los capítulos que vienen.

En el caso de restitución de inmuebles –desalojos- esta relación jurídico procesal la encontramos en el artículo 486 del Código Procesal Civil, en donde se precisan quién o quiénes tienen la facultad de ser demandantes y quiénes pueden ser demandados, estando facultados a deducir las excepciones que consideren pertinentes en defensa de sus intereses y derechos.

## 4.2. Del proceso de desalojo y el derecho de acceso a la justicia

### 4.2.1. Del derecho a la propiedad. Características

#### Antecedentes

Muchas de las instituciones jurídicas existentes en nuestro sistema, como la propiedad, vienen del Derecho Romano y que nos fueron transmitidos por los españoles a su llegada al Perú. Sin embargo, es con la revolución francesa que se consolidan algunos de los más importantes derechos que tienen las personas, incluyendo el derecho a la propiedad.

Así, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)<sup>32</sup> se dice en su artículo 2: “El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.” Más adelante, en su artículo 17, señala: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente y justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización.”

Muchos años después, en 1948 la Organización de las Naciones Unidas, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>33</sup> que en su Art. 16 dice que: “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

---

<sup>32</sup> Cfr. Chamamé Orbe, Raúl; *Constitución Didáctica 93*. Ed. San Marcos. 3ª. Ed., Lima 1995, p. 227.

<sup>33</sup> Inicialmente fue aprobado por las Naciones Unidas como la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el 10 de diciembre de 1948. Posteriormente, el 5 de febrero de 1952, la Asamblea de Naciones Unidas acordó cambiar el nombre por la Declaración Universal de Derechos Humanos. Chamamé Orbe, Raúl. *Constitución Didáctica 93*. 3ª. Edición. Ed. San Marcos. Lima 1995, p. 233.

Igualmente, es de considerar que en el Art. XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>34</sup> se dice: “Derecho a la propiedad. Toda personas tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.” Cabe precisar que a tenor del Art. 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional, es decir, tiene carácter vinculante.<sup>35</sup>

### **La Constitución y el derecho a la propiedad**

En nuestro país, tan importante derecho se encuentra reconocido como parte de los derechos fundamentales de la persona, de esta manera, en el artículo 2 inciso 16 de la Constitución vigente, se señala que toda persona tiene derecho: “A la propiedad y a la herencia.”

Luego, la Carta Magna dedica todo el capítulo III a desarrollar el tema de la propiedad, señalando en su artículo 70 que... “esta es inviolable, el Estado lo garantiza y se ejerce armonía con el bien común y dentro de los límites de la 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.”

De su parte, Radbruch<sup>36</sup> destaca la unidad económica de la propiedad, relevando su función social. Nos dice que es por ella que aparece como deseable la continuación de su estado luego de la

---

<sup>34</sup> Chamamé Orbe, Raúl; *Constitución Didáctica 93*. Ob. Cit., p.238.

<sup>35</sup> Bernales Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993 – Análisis comparado*. ICS Editores. 1ª. Edición. Lima 1996.

<sup>36</sup> Radbruch, Gustavo. *Filosofía del Derecho*. 4ª.Ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 206.

muerte de su propietario, pues significaría un considerable e improductivo dispendio de fuerzas el que las unidades económicas con que la sociedad misma se organiza, pudieran desaparecer con los hombres que las sostuvieron y hubieran de ser continuamente creadas por nuevos hombres. Concluye señalando que en toda sociedad ha de estar, por eso, jurídicamente regulada la sustitución por otro del propietario fallecido de una unidad económica, necesitando toda sociedad un orden sucesorio, cuya forma individualista es el derecho hereditario.

Con gran frecuencia, el patrimonio de una persona no es el resultado del trabajo personal, sino también el fruto de la colaboración del cónyuge y los hijos. Este trabajo común carecería de aliciente si, al morir el padre, los bienes fueran a parar a manos del Estado<sup>37</sup>. Y es que desde la antigüedad, la propiedad tiene un carácter familiar. De allí una frecuente preferencia a los hombres respecto a las mujeres, a la cual se agregaba la preferencia del primogénito respecto a los demás, con el fin de mantener la unidad del patrimonio<sup>38</sup>.

Como nos dicen Ripert y Boulanger<sup>39</sup>, el jefe de familia ejerce los derechos de la comunidad familiar, siendo a su muerte reemplazado por uno de los miembros de la familia, convertido a su vez en jefe. En tal sentido, la familia es la agrupación natural y el Estado está interesado en la estabilidad de las familias. No hay mejor medio de asegurada que la transmisión de los bienes.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil argentino. Sucesiones*. Tomo 1. Con la colaboración de Federico J-M. Peltzer, 2ª. Ed. corregida y aumentada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 11.

<sup>38</sup> Trimarchi, Pietro. *Instituzioni di Diritto Privato*. 6º. Ed., Giuffrè, Milano, 1983, p. 885.

<sup>39</sup> Trimarchi, Pietro. *Instituzioni di Diritto Privato*. Ob. Cit., p.885.

<sup>40</sup> Trimarchi, Pietro. *Instituzioni di Diritto Privato*. Ob., cit., p. 14

En consecuencia, el derecho ha ido evolucionando de un esquema marcadamente individualista de la propiedad –sobre todo, luego de la Revolución Francesa- a un esquema de coexistencia propio del mundo globalizado en que vivimos y de la difusión e importancia que cada vez más van adquiriendo los Derechos Humanos. Es decir, el derecho a la propiedad ejercida en armonía con el bien común<sup>41</sup>, en libertad, para que el ser humano pueda desarrollar y alcanzar su proyecto de vida.<sup>42</sup>

Es necesario precisar que fue León Duguit<sup>43</sup> quien plantea, en el Siglo XX, la inevitable función social que el derecho de propiedad lleva implícito. En efecto, el derecho de propiedad es una institución jurídica que se ha formado para responder una necesidad económica y que deberá cambiar necesariamente con las transformaciones de la economía. El hecho de que la propiedad tenga modernamente una función social no quiere decir que se convierta en colectiva o que desaparezca, o que se debilite la protección de la propiedad privada. Simple y lisamente quiere decir que los derechos de los particulares deberán conciliarse con los de la comunidad, lo cual es aceptado en cualquier sociedad mínimamente desarrollada o que pretenda serlo. Así, la propiedad privada deja de ser un mero derecho del individuo para convertirse en un derecho obligado a justificarse en la función social que cumple.

---

<sup>41</sup> Avendaño Valdez, Jorge. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima 2007, p.174 nos enseña las diferencias entre ambos conceptos; así: “¿Hay diferencia entre el bien común y el interés social? Sí la hay. El bien común es el bien general, el bien de todos. El interés social, en cambio, es el que puede tener un grupo social determinado. Así, por ejemplo, existe el interés de los campesinos, de los empresarios y de quienes viven en pueblos jóvenes. Otra diferencia es que la noción de "bien" alude a beneficio, a lo que es conveniente. El "interés", por otra parte, responde a la satisfacción de una necesidad.”

<sup>42</sup> Fernández Sessarego, Carlos Enrique; *Material del Seminario Internacional Ojos sin fronteras: El derecho comparado en el umbral de un nuevo milenio*. Organizado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, Lima 2009.

<sup>43</sup> Citado por Gutiérrez Camacho, Walter. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica. Lima 2007, p.179.

En esta línea Duguit<sup>44</sup> se pregunta ¿a qué necesidad económica ha venido a responder, de una manera general, la institución jurídica de la propiedad? La respuesta es simple, se trata de la necesidad de afectar ciertas riquezas a fines individuales o colectivos definidos, y por consiguiente la necesidad de garantizar y de proteger socialmente esta afectación. Para esto es preciso dos cosas; primero, que todo acto realizado conforme a uno de esos fines sea tutelado legalmente; y segundo, que todos los actos que le sean contrarios sean reprimidos. La institución organizada para atender a este doble resultado es la propiedad en el sentido jurídico de la palabra. Luego añade, todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Por ello, el que tiene capital debe hacerlo valer aumentando la riqueza general y solo será protegido si cumple esta función. Con ello modifica la base jurídica sobre la que descansa la protección social de la propiedad: esta deja de ser un derecho del individuo y se convierte, pues, en una función social.

Albaladejo<sup>45</sup> afirma que: “la propiedad es una institución jurídica que se ha formado para responder a una necesidad económica”. Ahora bien, en nuestra sociedad moderna las necesidades económicas, a la cual ha venido a responder la propia institución jurídica, se transforman profundamente, por consiguiente, la propiedad como institución jurídica debe transformarse también”.

### **Del derecho de propiedad, fundamentos y elementos**

Si bien la doctrina es unánime en lo que se refiere al fundamento que da origen a la institución de la propiedad, el problema se presenta a nivel del contenido que se pretende dar en la definición

---

<sup>44</sup> Duguit, León. *Las transformaciones generales del Derecho*. Buenos Aires, Heliasta, 1975, p.236.

<sup>45</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*, Editorial Bosch. Barcelona, 1980.

del derecho de propiedad y su adecuación a las continuas transformaciones sociales.

Existen rasgos evidentemente esenciales como la necesaria presencia de un sujeto frente a un objeto y el señorío del primero respecto del segundo; sin embargo, ello no es todo ya que se deben considerar también las relaciones entre ambos y luego los caracteres y facultades para el sujeto de tal relación. En tal sentido, Castán Tobeñas<sup>46</sup> expresa una posición con la cual coincidimos: “Si se quiere comprender en la definición el contenido del derecho, esto no se puede lograr, es imposible fijar con exactitud las facultades que tiene el señorío del propietario y los límites que le afectan, y si se prescinde del contenido, la definición resulta por ser indeterminada, inexpresiva y falta de valor científico.”

No obstante lo expresado por Castán Tobeñas<sup>47</sup>, coincidimos también con él en que resulta necesario ensayar desde el punto de vista doctrinario la definición que nos aproxime de algún modo a los aspectos básicos del derecho de propiedad. En virtud de ello, resulta interesante la definición de algunos autores como Bonfante quien define a la propiedad como: “El señorío más general sobre una cosa ya sea en acción, ya sea por lo menos en potencia”. Según este autor, la propiedad tendría entonces un aspecto objetivo que vendría a ser el ejercicio efectivo de las facultades que concede tal derecho sobre la cosa; y un aspecto subjetivo que vendría a ser el hecho de tener la posibilidad inmediata de ejercer tales facultades. Otros autores como Filomusi y Bonfante, coinciden en el sentido que, existe un señorío general que ejerce el propietario sobre la cosa materia de su derecho que no supone algún otro derecho mejor que el suyo.

---

<sup>46</sup> CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español*. Editorial Reus. Madrid, 1965.

<sup>47</sup> CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español*. Editorial Reus. Madrid, 1965.

Respecto a la concepción romana de la propiedad, el profesor Castañeda<sup>48</sup> señala que: “siempre evitaron dar una definición de propiedad”. Al parecer, en Roma existió una idea de propiedad entendida como el poder soberano sobre un bien que se expresaba a través del “ius utendi”, “ius fruendi”, “ius abutendi” y “ius vindicandi”; pero no en un sentido excesivamente individualista y abusivo como se afirma algunas veces.

Si bien el carácter individual de este derecho era preponderante en la sociedad romana, tal carácter deriva de lo que en principio fue una especie de propiedad colectiva o familiar que fue transformándose a través de las formas de peculio profecticio y peculio castrense, los cuales estaban reguladas por el principio: “El que está bajo la autoridad de otro no puede tener nada suyo”. Este concepto fue evolucionando, se fue reconociendo progresivamente al hijo o alieni iuris la titularidad de sus derechos patrimoniales, y se comenzó a dejar de lado el concepto de que en caso de fallecimiento del hijo, los bienes retomaban al pater familia no como herencia sino como peculio, recién con el peculio adventicio los hijos adquieren el derecho de propiedad de los bienes, principalmente los bienes heredados de la madre, sobre los cuales el pater familia solo adquirió el usufructo y la administración .

Desde las sociedades esclavistas que consideraron al hombre como objeto, la feudal que se cimentó en la actividad agraria, la sociedad burguesa cuyo fundamento es la mercancía y el cambio; y hasta la socialista, en la cual el concepto del derecho de propiedad ha variado, ya no existe el concepto de propiedad absoluto, porque sobre él cae el poder inminente del Estado.

---

<sup>48</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Obra citada

Es unánime, de otro lado, la doctrina cuando señala el carácter principal del derecho de propiedad al remarcarlo como derecho real por excelencia y el más importante y completo, del cual derivan los demás derechos reales a pesar que, como sabemos, a través de la historia lo que apareció primero fue la posesión como una situación de hecho por la cual los pueblos primitivos se apoderaban de una cosa para su subsistencia. Al respecto, Borda sostiene que: “el típico es la propiedad, que importa un poder de señorío, de goce y de disposición de la cosa, los resultantes derechos reales no son, en el fondo, sino desmembraciones de ella”.

A nuestro parecer, si bien coincidimos con lo afirmado por Castán Tobeñas<sup>49</sup> y Borda en citas anteriores, el derecho de propiedad resulta ser fundamentalmente el derecho real por excelencia en cuanto a que reúne los máximos poderes que mantiene un individuo respecto de una cosa. Esto es, que el sujeto puede someter el objeto a lo que su voluntad más extensa crea conveniente pero, sin olvidarse que el fundamento de este derecho nace y se encuadra dentro de la idea de sociedad y por tanto no tiene más restricción — aunque el término no es muy adecuado- que el interés social conformado por los derechos correspondientes a los demás miembros de la sociedad.

### **Caracteres del derecho real de propiedad**

- **Real:**

Las características que determinan la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, han sido reseñadas desde antiguo en cuatro caracteres, como son: el carácter real, exclusivo, perpetuo

---

<sup>49</sup> CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español*. Editorial Reus. Madrid, 1965. Obra citada

y absoluto de la propiedad. Para la doctrina jurídica, el carácter real está integrado por tres elementos:

- El señorío que tiene el titular sobre el objeto.
- Su inmediatez, que lo lleva a gozar por sí solo del bien.

Se dice que el propietario del predio arrendado no tiene inmediatez, pero en cambio la tiene el arrendatario y no es titular de un derecho real. Como queda dicho, la inmediatez consiste en la facultad de utilizar los bienes directamente por el titular o por intermedio de otra persona. En la hipoteca o en la prenda sin desplazamiento que quedan en poder del deudor, el acreedor tiene derecho real, no porque la cosa ingrese a su posesión, sino porque podrá perseguir el bien dado en garantía y hacerlo vender, es decir, realizar, la potestad de disposición que condicionalmente le transmitió el deudor.

- Finalmente, el respeto general de la sociedad, por la protección legal.

- **Exclusivo:**

El carácter exclusivo ha sido visto tradicionalmente como aquella característica por la cual el propietario es el único que tiene el derecho a ejercer las plenas facultades otorgadas por el derecho que detenta como exclusivo de toda otra persona. Así, para Rodolfo Arguello<sup>50</sup> el poder de exclusión, es un poder individual que excluye todo otro poder igual o concurrente del sujeto con la cosa y que importa, por consiguiente, la posibilidad

---

<sup>50</sup> ARGUELLO. Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Segunda Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1987.

de negar a otro el ejercicio y la titularidad del derecho, no obstante, si el derecho de propiedad es ejercido por varios ya no existiría propiedad individual sino copropiedad o propiedad dividida. Esto significa que al hablar de exclusivo, basta hablar de un carácter de la propiedad individual innata y no de aquellas modalidades que pueden implicar una comunidad de propiedad sobre un mismo bien.

Al respecto Peña Guzmán<sup>51</sup> aprecia este carácter del siguiente modo: “Para que exista exclusividad en el dominio (...) el mismo no debe estar compartido con persona alguna, porque entonces se caracterizaría otra figura jurídica distinta, el condominio la que si bien está regulada por semejantes principios no puede coexistir al mismo tiempo con el dominio, porque exclusividad y comunidad son válidamente opuestos o imposibles de conciliar (...)”. Sin embargo, creemos que Borda que es de una evidencia excesiva, señala el hecho de que la exclusividad se circunscribe a la propiedad individual ya que si es individual es necesariamente exclusiva, y si intervienen más de una persona en la titularidad es obvio que ya no es individual y por tanto deja de ser exclusiva.

- **Perpetuo:**

Al respecto, existen interpretaciones doctrinarias del mismo que son necesariamente coincidentes. Así, para Rodolfo Arguello<sup>52</sup>, la propiedad se caracteriza por ser un derecho perpetuo e irrevocable que subsiste con independencia del ejercicio que de él haga su titular, consecuencia del carácter absoluto y exclusivo que ella presenta, lo cual hace que no se conciba que el

---

<sup>51</sup> PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto. *Derecho Civil. Tomo II: Derechos Reales*. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, 1973.

<sup>52</sup> ARGUELLO. Luis Rodolfo. Obra citada.

propietario que tiene sobre la cosa el más amplio señorío esté obligado a desprenderse de la misma en un tiempo determinado. Así, en Roma no fue admitido constituir un derecho de propiedad “ad tempus”, es decir, convenir que vencido cierto término la cosa adquirida retornará ipso jure al enajenante.

Nos adherimos a la posición que señala que la propiedad es perpetua, porque la cosa le pertenece a su titular indefinidamente, salvo que el mismo en ejercicio de su facultad de disposición decida deshacerse de ella o que un tercero la adquiera por prescripción ante la falta de uso de su propietario por un lapso prolongado y señalado expresamente en la ley. Esto último no hace a la propiedad de ninguna manera temporal, sino que va de acuerdo con la naturaleza del derecho cuyo ejercicio debe ser eminentemente social, pues el no uso de una cosa durante un término prolongado y contemplado en la ley atenta contra el interés de la sociedad.

En consecuencia, consideramos que la perpetuidad es un carácter inherente de la voluntad del titular de conservarla o no, es decir que el derecho no desaparecerá por el simple transcurso del tiempo sino que deberá existir una transferencia de dominio voluntaria a través de un contrato, o forzosa por medio de la prescripción adquisitiva de dominio ganada por un tercero. Borda respalda la posición descrita, de la siguiente manera: “es perpetuo y no se pierde por el desuso o pérdida de la posesión de la cosa en tanto un tercero no la haya poseído por el término legal de la usucapion (...). Puede ocurrir en efecto, que nadie haya tomado posesión de la cosa o que ésta haya tenido varios poseedores sucesivos que sus posesiones la hayan luego abandonado antes de cumplir el plazo de usucapión, el derecho de propiedad subsiste en cabeza de su titular indefinidamente”.

No obstante, es importante tener presente otra postura doctrinaria que considera a la perpetuidad como parte de la naturaleza del derecho de propiedad en el sentido que aunque cambie el titular del derecho es siempre perpetuo ya que siempre pasará el poder a alguna otra persona.

Otra posición distinta es la asumida por Castañeda<sup>53</sup> en el sentido que el abandono de un bien por cierto tiempo, origina pérdida de la propiedad para con su dueño, hace que tal derecho ya no pueda considerarse como perpetuo.

- **Absoluto:**

Este carácter constituye hoy en día tal vez el más cuestionado de todos los caracteres. El problema del carácter absoluto de la propiedad se origina a través del tiempo en la evolución de este derecho o quizá sería mejor en el reconocimiento de que se trata de un derecho cuyo ejercicio se realiza en un contexto social donde existen otros derechos pertenecientes a terceros y que deben respetarse.

En ese orden de ideas, debemos precisar la definición y alcances de este llamado carácter absoluto de la propiedad. Es un derecho absoluto, ya que otorga a su titular el poder de gozar y disponer de la cosa como mejor le parezca sin que persona alguna pueda impedir su libre ejercicio.

El principio fue admitido en el derecho romano sin limitación alguna, al punto de que se reconoció derecho al propietario de un fundo para utilizarlo aun en detrimento de terceros, siempre que hubiera ejercido su derecho sin el propósito de causarle

---

<sup>53</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Obra citada

daño. Sin embargo, ni siquiera en tiempos de la Ley de las XII Tablas la propiedad individual de los romanos estaba libre de restricciones, y así encontramos desde la arcaica legislación, servidumbres legales que hacían que los propietarios tuvieran que tolerar que sus vecinos ingresaran en la propiedad cada tercer día a recoger frutos caídos de sus árboles y que, en caso de reparaciones de los caminos públicos, los dueños de los inmuebles próximos tuvieran que permitir que el tránsito pasara temporalmente por sus terrenos .

En principio diremos que el término “abuti” proveniente del derecho romano no aludía al derecho de abusar de la cosa como en algún momento se pretendió sostener, sino simplemente de la facultad de disponer que podía ejercer cualquier titular de un derecho de propiedad. En este sentido, si el ejercicio del derecho se debía circunscribir a una pacífica convivencia social, entonces no podía confundirse el poder de disposición dentro de esos márgenes como el poder de disponer abusivamente, lo cual implicaría, de ser así, un desconocimiento total y absurdo de la realidad y fundamentalmente del derecho de propiedad al cual hemos aludido anteriormente.

En consecuencia, si el carácter absoluto de la propiedad implica el ejercicio abusivo de la misma sin tener en cuenta derechos de terceros, entonces tal carácter nunca lo fue, ya que debemos desterrar de nuestro pensamiento aquel falso concepto de que si una cosa le pertenece a una persona puede hacer con ella lo que le plazca; y entender, en toda su dimensión, la idea de que el hombre es un ser eminentemente social.

Subsistiría, en todo caso, el carácter absoluto de la propiedad en virtud a su oponibilidad “erga omnes”, es decir que el derecho

de propiedad es oponible a todos los demás miembros de la sociedad, quienes deben abstenerse de interferir en el ejercicio regular del derecho.

Algunos autores esbozan el problema de la siguiente manera, para la doctora Maisch Von Humboldt el derecho de propiedad ha recibido una serie de limitaciones. Pero todo ello no invalida el carácter absoluto del derecho, por cuanto es una facultad que se puede oponer “erga omnes”. Al respecto, Borda señala que solo puede admitirse la calificación de absoluto en el sentido de que es oponible a todos, lo que es una característica de los derechos reales por oposición a los crediticios que solo pueden oponerse al deudor y por lo tanto son relativos.

Para el profesor Castañeda<sup>54</sup>, el derecho de propiedad no tiene el carácter absoluto que antes tenía, toda vez que el interés general lo ha limitado y recortado. Síntomas patentes de este enervamiento del derecho de propiedad lo tenemos en la evolución del concepto de expropiación, las restricciones en el uso abusivo del derecho de propiedad que le niega hasta el uso de la propia cosa. Creemos respecto de esta cita del profesor Castañeda, que realmente es probable que el transcurso del tiempo haya determinado una mayor cantidad de límites al ejercicio del derecho de propiedad, pero la restricción por el uso abusivo del derecho de propiedad siempre fue parte de la naturaleza de tal derecho, lo que ocurre es que como señala Novillo Corbalan, tenemos “la sensación de que reglamentación es restricción”.

En este sentido, el profesor Carlos Ferdinand Cuadros Villena señala que el concepto que hemos dado del derecho de

---

<sup>54</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. Torno 11. Los Derechos Reales*. Segunda Edición. Talleres Gráficos P.L. Villanueva SA. Lima, 1958

propiedad nos lleva a encontrar un lado intrínseco y otro extrínseco. El lado intrínseco es el conjunto de derechos o potestades que tiene el sujeto sobre el bien que pueden ser amplios o reducidos. El lado extrínseco es el respeto social que la organización jurídica impone al titular, respeto que no solamente comprende al titular, sino a todos. El lado intrínseco es cambiante de acuerdo con el destino económico de los bienes y la amplitud de las potestades del titular; varía según las propias necesidades que la evolución impone. El lado extrínseco en cambio, es permanente, constituye la garantía jurídica del derecho.

En el ámbito legislativo, existen antecedentes de la normativa del carácter absoluto del derecho de propiedad, las cuales han sido modificadas posteriormente, lo cual hace pues innegable el reconocimiento del ejercicio social del derecho de propiedad.

El Código Civil de 1936 en el artículo 850 y el Código Civil de 1984 en el artículo 923, declaran que el derecho de propiedad se ejerce dentro de los límites de la ley. También el artículo 124 de la Constitución de 1979 y el artículo 70 de la Constitución de 1993.

Concluimos señalando que actualmente la propiedad no solo tiene límites en cuanto a su ejercicio sino que conlleva en su naturaleza una obligación cual es la de explotar adecuadamente la cosa y hacerla producir y, por otro lado que, el denominado carácter absoluto de la propiedad podría subsistir por su oponibilidad erga omnes o como afirman algunos autores porque concede al titular las máximas facultades sobre la cosa.

#### 4.2.2. Atributos inherentes al derecho de propiedad

Se ha afirmado que el derecho de propiedad concede a su titular los máximos atributos o facultades sobre un bien, lo cual lo convierte en ese sentido, en el derecho real por excelencia. Sin embargo, el ejercicio de tales facultades, como hemos visto, se encuentran limitadas por el ordenamiento jurídico. Algunos autores sostienen que el ejercicio del derecho de propiedad debe reafirmarse dentro de los límites de la ley y en armonía con el interés social, se refiere a todas sus facultades y no como podría desprenderse de la Constitución de 1993 en el artículo 70 cuando señala que:

*“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.*

De la redacción del referido artículo podría entenderse que solo el derecho de “uso” es el que debe armonizar con el interés social, sin embargo debe interpretarse que la palabra usar, en este caso, se refiere al ejercicio del derecho.

- **Derecho de uso:**

El derecho de uso, denominado en el derecho romano “uti” o “ius utendi”, consiste en servirse del bien de acuerdo al fin para el cual ha sido creado; significa, usar regularmente el bien de acuerdo a su naturaleza. El uso del bien está vinculado al concepto del interés

social, es decir, que el uso debe ir en armonía con los intereses de la sociedad, tal armonía constituye uno de los principios fundamentales de la organización jurídica.

El artículo 923 del código civil, incorpora dicho principio, cuando declara 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”. Este artículo se inspiró en el artículo 124 de la Constitución Política de 1979, que reconocía el derecho de propiedad como la obligación de usar los bienes de acuerdo al interés social.

Al respecto, el derecho de uso es reseñado por Borda en el sentido que el derecho de propiedad es el más amplio y completo derecho de señorío que se puede tener sobre una cosa. Lo que no significa decir que sea absolutamente ilimitado, sino solo que es el más extenso derecho que se puede tener sobre una cosa conforme al régimen vigente. Esto es así, porque Borda considera que la propiedad no es un derecho absoluto ya que entiende que este carácter absoluto ha quedado desechado por la función social de la propiedad que la legitima y dignifica. En efecto, forma parte inobjetable de la propiedad, más específicamente en su ejercicio efectivo, un elemento fundamental el llamado “interés social” al cual nos referimos muy brevemente.

En este sentido, Messineo expresa que el derecho de propiedad consiste en un complejo unitario pleno e indeterminado de poderes sobre la cosa, lo que no significa que haya un desacuerdo con el carácter social de ese derecho. Agrega que las dos enunciaciones no se contradicen, porque la primera concierne al aspecto técnico jurídico del instituto, la segunda concierne a su contenido y puesto que el elemento social funciona como delimitación del contenido

de la propiedad, se debe considerar que, donde la limitación no opera, el poder del propietario mantiene su carácter de universalidad.

Es importante aclarar, sin embargo, que la concepción del interés social como condición al ejercicio de la propiedad es mayor en nuestra sociedad contemporánea, ya que actualmente no existe legislación alguna que, en materia de propiedad, no conciba tal limitación a su ejercicio. Inclusive el Código Civil napoleónico que en principio llevó al extremo el carácter individual del derecho de propiedad no ha dejado de considerar el elemento social como limitación al ejercicio de este derecho.

Cabe agregar que la evolución socio económico de los pueblos ha llevado a exigir de quienes tienen un derecho de propiedad no solamente que el ejercicio del mismo no atente contra los demás, tomándose en un ejercicio abusivo, sino que albergue a su explotación.

En tal sentido, compartimos la opinión de Borda cuando sostiene que el mundo moderno tiende a considerar a la propiedad como un derecho y un deber, o si se quiere, como una situación jurídica de la que derivan derechos y deberes, verdad es que el acento está puesto sobre lo primero y es bueno que así sea para no desvirtuar la esencia de la propiedad, pero no por ello deja de ser importante la otra faz, la de las obligaciones.

- **Derecho de disfrute:**

El derecho de disfrute, denominado en el derecho romano como “frui” o “ius fruendi”, consiste en la facultad de hacer suyos los frutos naturales o civiles producidos a través de la explotación del

bien. Se dice al respecto lo siguiente, se explota una casa arrendándola o un negocio industrial haciéndolo producir. Es en el disfrute donde la propiedad adquiere contenido económico, importancia social y a veces también política. Por ello, es este el atributo que debe más urgentemente armonizar con el interés social. Esta es la que podríamos llamar la “zona de conflicto social.”

- **Derecho de disposición:**

El Profesor Borda sostiene que el derecho de disposición de la cosa supone no solo el derecho de enajenarla, sino el de alquilarla, gravarla con servidumbres, prenda, hipoteca, usufructo, anticresis, etc.

Otros autores, como Castañeda, señalan al respecto que la nota esencial es la de conceder al propietario el derecho de disponer de la cosa. Esto no puede hacerlo los titulares de los otros derechos reales.

Para la doctora Maisch Von Humboldt el “*ius abutendi*” del derecho romano significaba que el dominus puede disponer de su bien. Naturalmente hay que distinguir entre los actos de disposición que son traslativos de dominio y los que son limitativos del mismo.

Coincidimos particularmente con los tres últimos autores citados en el sentido que es necesario diferenciar entre los diversos casos de disposición, ya que el arrendamiento, por ejemplo, no implica el ejercicio del derecho de disfrute sino el de disposición, en cuanto a que supone establecer una limitación al dominio; sin embargo, importa el ejercicio del derecho de disfrute en cuanto a que, una vez arrendado el bien en ejercicio del derecho de disposición, se

aprovecha de los frutos provenientes de la contraprestación derivada del correspondiente contrato de arrendamiento.

- **Derecho de reivindicación:**

El derecho de propiedad no es solamente un derecho, como se puede pensar generalmente, es un conjunto de derechos, es decir lo integran un conjunto de facultades que tiene el titular sobre el bien. De ahí que la mayoría de los códigos hayan definido el derecho de propiedad por las potestades que otorga al titular.

El artículo 923 del código civil declara lo siguiente: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar disponer y reivindicar un bien (...)”, la primera parte del mencionado artículo asimila una redacción parecida, aunque menos completa en cuanto a las facultades que la redacción del artículo 850 del Código Civil de 1936. Este artículo reconocía expresamente el derecho que tiene el propietario de poseer el bien.

El contenido jurídico de la propiedad está dado por el derecho a la posesión (ius possidendi), el derecho de uso (ius utendi), el derecho al disfrute (ius fruendi), el derecho a la disposición (ius abutendi) y el derecho a la reivindicación (ius vindicandi).

El derecho de propiedad no existiría si no tuviese el propietario el derecho a defenderlo. La reivindicación constituye la defensa del derecho de propiedad, es una consecuencia de la titularidad de este derecho.

En principio la palabra “reivindicación” tiene su origen en las voces latinas “res” que significa cosa, y “vindicaren” que significa reclamar aquello de que se ha despojado, vale decir que

etimológicamente esta acción persigue la restitución de una cosa. Nuestro Código Civil no define que es la acción reivindicatoria. Sin embargo, la doctrina la define como la acción que ejercita una persona para reclamar la restitución de una cosa de la que pretende ser propietario. Presupone, por tanto, la existencia del derecho de propiedad tiene como finalidad la obtención de la posesión.

El propietario busca que se le restituya la posesión de la cosa. En la célebre definición de los juristas Alessandri y Somarriva, la acción reivindicatoria es la que tiene el propietario no-poseedor contra el poseedor no-propietario; es decir, lo que se reclama es la posesión y no el dominio. Esta tesis, no obstante, ha sido criticada (no sin razón) por Wolf, quien afirma que dicha acción corresponde tanto al propietario falto en absoluto de posesión, como al propietario que posee mediatamente.

Concluimos que es falso el principio, tantas veces afirmado, de que la “rei vindicatio” es aun hoy la pretensión del propietario no-poseedor contra el poseedor no-propietario. Solo el propietario que posea inmediata y exclusivamente puede no tener la pretensión o acción”.

En suma, la rei vindicatio que fue la “actio in rem” por excelencia, se caracteriza en el hecho que frente al despojo sufrido por el propietario que conlleva el intento de apropiación del bien por el poseedor, busca la restitución de la posesión del bien.

Desde el derecho romano, el propietario quintario estaba amparado legalmente por la acción reivindicatio, etimológicamente, la denominación de acción reivindicatoria deriva de la palabra “vindicta” que significaba vara que representaba el símbolo de propiedad para los romanos, importaba un procedimiento de

palabras y de hechos concretamente determinados, rigurosos, formales y solemnes que se pronunciaban ante los magistrados.

El actor estaba obligado a probar en el proceso dos elementos: la existencia de la cosa y el derecho de propiedad, es decir, la validez del modo mediante el cual había adquirido el derecho. Si su derecho lo había adquirido a través del modo derivado y no originario, se requería demostrar el derecho de los anteriores transferentes, hasta llegar al propietario de origen, procedimiento que recibió el nombre de “probatio diabólica”.

Probado por el actor su derecho de propiedad, el demandado no solo debía restituir la cosa, sino también aquello que se extendía el derecho de propiedad, es decir, los frutos existentes después de la “litis contestatio” (fructus extantes); pero no los ya consumidos.

Más tarde, cuando aparece la propiedad bonitaria, el pretor creó una acción a favor del titular del derecho, es decir, del extranjero o peregrino: “la actio publiciana” que tomó su nombre del pretor llamado “Publio”. Esta acción se le concedió al adquirente de una “res nec mancipi” adquirida no por los modos de adquirir la propiedad quintana, sino por la simple “traditio”.

En el derecho moderno la acción reivindicatoria corresponde al propietario o copropietario de bienes conforme lo dispone el artículo 979 del código civil.

Al respecto, Jorge Eugenio Castañeda<sup>55</sup> sostenía que, quien promueve esta acción debe ser propietario de la cosa que reclama al tiempo de su iniciación, de nada vale que después el actor se convierta en propietario durante la secuela del juicio, desde que la

---

<sup>55</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. Torno 11. Los Derechos Reales. Segunda Edición. Talleres Gráficos P.L. Villanueva SA. Lima, 1958

sentencia deberá atenderse al estado y situación al tiempo de entablarse el proceso.

De ahí que, el propietario deberá probar su derecho de manera indubitable, ya que por presunción iuris tantum se le reputa dueño al poseedor del bien (artículo 912). En éste sentido, Messineo sostiene que la prueba del derecho de propiedad, especialmente de inmuebles es ardua, porque debe probarse la verdad acerca del título de adquisición, por eso, se dice que es “probatio diabólica”. En éste orden de ideas, se tendrá que probar el modo como se adquirió la propiedad. Si es por el modo originario, se tendrá que demostrar, ¿Cómo vino a ser dueño el reivindicante?. Por el contrario, si el reivindicante adquirió su derecho de propiedad por el modo derivado, tendrá que probar no sólo el derecho propio, sino el derecho de sus antecesores; porque, existe un principio jurídico de que nadie puede transmitir más derechos que los que tiene.

Para la prueba del dominio la palabra título” se refiere a toda clase de actos, sean constitutivos, como: la compraventa, la donación, la permuta, la adjudicación en pago y la partición; sean declarativos, como: las sentencias, los testamentos, los títulos supletorios, etc. La presentación del título no basta para acreditar el derecho de propiedad de quien lo presenta, es necesario demostrar que el enajenante de la cosa era a su vez dueño de ésta.

Si el demandante no prueba su título, el demandado de la reivindicación habrá de ser necesariamente absuelto, aun cuando posea el predio sin derecho. La carga de la prueba es a cargo del reivindicante, es decir, quien sostiene ser el propietario de la cosa.

La acción reivindicatoria está dirigida a recuperar la posesión, que concede el ius possidendi, el propietario de acuerdo con el

artículo 923 del Código Civil tiene las facultades de usar y disfrutar el bien, facultades que nacen de la posesión, pues no se podría usar, ni disfrutar un bien, sino es poseyéndolo.

Ese derecho a la posesión que nace del derecho de propiedad, es el que se reclama en la acción reivindicatoria, el propietario podrá ejercer esa acción en cualquier momento. El artículo 927 del Código Civil la ha declarado imprescriptible. Consiguientemente, podrá demandarse la reivindicación en cualquier momento, salvo que el poseedor haya ganado la prescripción.

El bien reivindicado debe estar bajo la posesión de otro que no es el dueño, ni tiene título legítimo para la posesión. Si el poseedor fuese el dueño, la acción sería improcedente y el actor condenado a pagar las costas del juicio.

Si el poseedor tiene título legítimo, como en el caso del arrendamiento, usufructo, uso, habitación, superficie, no será procedente la reivindicación, pues el propietario ha cedido su derecho de posesión a favor de tercero. En estos casos, vemos un título legítimo de posesión oponible a la pretensión del reivindicante. Se trataría de un poseedor inmediato, que recibió la posesión del propietario. Se ha de tratar pues de un poseedor ilegítimo que no tiene título o cuyo título ha caducado, pero que tampoco ha ganado la prescripción adquisitiva de dominio o “usucapion”.

Al respecto, declara el artículo 952 del Código Civil que quien adquiere el bien por prescripción puede promover acción para que se le declare propietario y la sentencia será el título para la inscripción del derecho en el registro de la propiedad inmueble que cancelará el título del anterior propietario. La acción de

prescripción podría ser enervada si se cuestiona la posesión, pues el propietario citado en el proceso puede reclamar la reivindicación.

Consecuentemente, como en el proceso se debatirán de una parte la prescripción y de la otra la reivindicación, tendrá que ser el Juez, quien evalúe si fue o no adquirido el derecho de propiedad por prescripción y de haberlo sido, rechazará la reivindicación.

Esa evaluación consistirá en la estimación de la posesión adquisitiva de dominio, si se cumplen los requisitos exigidos por la ley: el justo título, la posesión pacífica y pública por el plazo de ley.

Al respecto, Jorge Eugenio Castañeda señala por lo mismo que el dominio no se extingue por el no uso, ello no impide que al propietario pueda oponérsele con éxito la usucapion, cuando ésta se hubiere cumplido. Tanto la acción reivindicatoria como el dominio son imprescriptibles; y se agrega que en el derecho de propiedad existe no sólo la facultad de usar sino también la de no usar.

En este sentido, Coviello sostiene que no prescribe el derecho de propiedad, ni la acción de reivindicación. En cuanto al derecho de propiedad, ello se deduce de su propia esencia: siendo él un derecho pleno sobre la cosa, comprende, junto con la facultad de usar, también la de no usar según el arbitrio del propietario. El no uso, no puede interpretarse exclusivamente como abandono del derecho, pues constituye él mismo una manifestación del derecho de propiedad.

Para Ferdinando Cuadros Villena la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria es una tesis derivada del concepto tradicional de la perpetuidad del derecho de propiedad. El derecho de

propiedad es perpetuo, mientras que la cosa sobre la que recae subsista. Solo el aniquilamiento total de la cosa extinguiría el derecho de propiedad. Sin embargo, en el derecho contemporáneo se reconocen diversos modos de cómo se extingue el derecho de propiedad.

Así, una de las formas de extinción del derecho de propiedad será por hecho propio, es decir, por la transferencia del dominio, por destrucción de la cosa, por expropiación o por la prescripción. Consecuentemente pues, no es exacta la tesis de la eternidad del derecho de propiedad.

Consideramos que dejando la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, lo que se pretende es proteger el derecho de propiedad en una de sus clásicas características, la de perpetuidad. Sucesivamente, si el propietario decide transferir su derecho de propiedad es un asunto que le compete a sí mismo.

Los teóricos reclaman que el objeto de la reivindicación debe ser un bien material determinado o determinable. El asunto no tiene mayor trascendencia cuando se trata de bienes registrables. Pero, será asunto mucho más complejo tratándose de bienes no inscritos. Son reivindicables los bienes registrados y no registrados, los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal. No son reivindicables los bienes muebles que se adquieren de buena fe, aunque el transferente carezca de facultad para enajenar, conforme lo dispone el artículo 948 del Código Civil.

En relación con los bienes heredados, el Código Civil regula dos acciones que conviene diferenciar: la petitoria de herencia que se dirige contra quien posea todo o parte de los bienes a título de heredero; debiendo corresponder dichos bienes al actor, quien no

los posee; o, la acción reivindicatoria, que se dirige contra el tercero que, sin buena fe, adquiriera los bienes que constituyen la herencia por efecto de contratos a título oneroso, celebrados con el heredero aparente que entró en posesión de ellos.

Solo se admite la presunción de la buena fe del tercero en el caso que se hubiese celebrado la adquisición al amparo de la fe del registro, es decir, que el derecho adquirido estuviese correctamente registrado y no hubiese medidas cautelares (artículo 665 del Código Civil). En este caso, los bienes son irreivindicables, en mérito al principio de la fe del registro que establece que para oponer derechos reales sobre inmuebles, a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es necesario que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al derecho que se cuestiona, artículo 2022 del Código Civil.

Los caracteres de la acción reivindicatoria son principalmente:

- Es una acción de naturaleza real, porque recae sobre una cosa, ella puede dirigirse contra el poseedor o incluso contra el tenedor.
- Es una acción recuperatoria, puesto que frente al despojo de que ha sido víctima el propietario, tiene por fin la restitución de la cosa, específicamente su posesión.
- Es una acción de condena, ya que el fallo, en la hipótesis de ser favorable, impone al poseedor vencido un determinado comportamiento de restitución.
- Es una acción imprescriptible, puesto que ella no se extingue por el transcurso del tiempo.

Finalmente, es importante precisar que el artículo 923 del Código Civil, contempla a la reivindicación en la enumeración de las facultades concedidas al titular del derecho de propiedad.

No obstante lo señalado por las normas aludidas, la reivindicación no es en estricto una facultad surgida de la relación real entre la persona y el bien materia del derecho, sino que, poseyendo el titular las máximas facultades señaladas anteriormente, puede este obviamente persigue el bien que le pertenece y pretende recuperarlo de quien lo posea ilegítimamente, para lo cual la ley franquea la acción real correspondiente denominada reivindicación. Como bien señalaban Alessandri y Somarriva, la reivindicación es la acción que tiene el propietario no- poseedor contra el poseedor no-propietario.

La reivindicación, en consecuencia, es el efecto inmediato de la persecutoriedad del bien. Sin embargo, para Avendaño<sup>56</sup> la reivindicación es la materialización de la persecutoriedad y esta corresponde en realidad a todo derecho real. La persecutoriedad no es privativa del derecho de propiedad. Por consiguiente, no es acertado colocar este atributo que es común a todos los derechos reales, en el mismo nivel que los demás atributos que en conjunto tipifican y distinguen el derecho real de propiedad por excelencia.

Como se puede apreciar del texto citado, se considera que al no ser la reivindicación un atributo privativo del derecho de propiedad, entonces no podría ubicarse en el mismo nivel de los atributos que sí tipifican y distinguen al derecho de propiedad. Sin embargo, sin negar la autorizada posición reseñada en la cita, discrepamos de ella en el sentido que de manera explícita que el único atributo

---

<sup>56</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Atributos y Caracteres del Derecho de Propiedad. En: Para leer el código civil 1. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.1998

esencial y que realmente distingue al derecho de propiedad es el derecho de disposición, mientras que los demás atributos de la propiedad son compartidos también por otros derechos reales. Es decir, estamos totalmente de acuerdo en que la reivindicación no es atributo del derecho de propiedad, sino una acción real derivada del derecho de persecución del bien que mantiene el titular, la reivindicación es simplemente la consecuencia de la persecución del bien.

#### **4.2.3. Los arriendos. Elementos**

En principio, hemos de sostener que la concepción unitaria del arrendamiento herencia del derecho romano, que bajo una misma denominación engloba el arrendamiento de cosas, de servicios y de obra, resulta inadecuada para el derecho moderno, ya que en la actualidad no se tipifica como arrendamiento más que el que recae sobre cosas, siendo consideradas las otras dos especies previstas por el Código como contrato de obra y contrato de trabajo, respectivamente ambas con regulación y autonomías propias.

En este orden de ideas puede definirse el arrendamiento como el contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa y la otra a pagar por este goce un precio determinado. Nuestro Código Civil lo define en el artículo 1666 de la siguiente manera: “Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.”

Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales e incorporales, que pueden usarse sin consumirse, excepto aquellas

que la ley prohíbe arrendar. La parte que concede el goce del bien se llama arrendador y la parte que da el precio, arrendatario.

Son de la esencia del contrato de arrendamiento las estipulaciones o acuerdos entre las partes sobre el goce de la cosa arrendada, el precio y el consentimiento sobre uno y otro.

En el Derecho Romano, el arrendamiento no se inició como una figura propia. Se confundía con la compraventa en el sentido de que se entregaba una cosa, a manera de venta, pero por un tiempo determinado. Posteriormente, las conquistas, el auge comercial, la inmigración y otros factores, sirvieron para que adquiriera identidad este contrato en atención a la necesidad de vivienda para aquellas personas de escasos recursos. Se daba una casa para el uso, con la obligación para el usuario de pagar una renta.

Luego se agruparon bajo el concepto de la *locatio conductivo* la cesión para su goce de una cosa, la prestación de un trabajo o servicio y la de una obra (*rei, operarum, operaris*), mediante una remuneración o renta.

En cuanto a su naturaleza jurídica, diremos que el arriendo confiere un *título de mera tenencia*, porque el arrendatario no tiene el título de ánimo de señor y dueño, sino que reconoce el dominio ajeno (del arrendador, en este caso). En tal sentido, la doctrina civilista y clásica, sostiene que el contrato de arrendamiento es un "Acto de Administración" y no de disposición, porque no constituye una enajenación del dominio del bien, ni la concesión al conductor de un derecho real sobre este, sino que tiende a la conservación del patrimonio.

Esta tendencia de la legislación, ha reafirmado la opinión doctrinaria, cada vez poderosa, de que el arrendatario de un predio urbano, tiene actualmente un derecho real sobre el bien alquilado. Es pacífico en la doctrina considerar como elementos del contrato de arrendamiento los siguientes:

- Capacidad.
- Consentimiento.
- Objeto.
- Precio o renta.

**Capacidad.** Es el poder realizar actos jurídicos, ser susceptible de asumir obligaciones, poder contratar, etc., estas facultades las obtiene al momento de cumplir la mayoría de edad (18 años), así lo establece la norma, cumpliendo con este requisito de edad, la persona ya puede ejercer sus derechos por sí misma, realizar acto jurídicos, contratos privados, cumplir con las obligaciones que devienen de los contratos, etc. Entonces, para poder tener la capacidad de ejercicio es necesario tener antes la capacidad de goce.

**Consentimiento.** Es un concepto jurídico que hace referencia a la existencia de un acuerdo entre dos o varias personas para aceptar derechos y obligaciones. Su principal marco de actuación es el Derecho civil y, en especial, el Derecho de obligaciones y de contratos, en dónde el consentimiento juega un papel fundamental en el marco de la autonomía de la voluntad.

**Objeto.** Objeto del acto jurídico es el contenido del mismo, el objeto de celebrar un acto jurídico es la relación de una relación jurídica que sirva como nexo entre las partes, esta relación conceptualizando la como el objeto debe ser física y jurídicamente

posible para que el acto jurídico tenga validez. Siendo el objeto del acto jurídico la relación jurídica creada, esta a su vez tiene un objeto, pues esta relación jurídica crea obligación o prestaciones por ambas partes y estas obligaciones o prestaciones tiene por objeto a los bienes, servicios, derechos, entre otros. En los arriendos, el objeto es –precisamente- dar en arriendos un inmueble a cambio de una prestación económica. De esta relación nacen las obligaciones y deberes para ambas partes.

Es necesario precisar que para que haya contrato de arrendamiento de cosas es indispensable que exista un bien que el arrendador entrega al arrendatario para que este lo disfrute. La cosa arrendada debe existir en el momento de perfeccionarse el contrato o, por lo menos, debe tratarse de cosa que se espera que exista, en cuyo caso el contrato queda sujeto a la condición de que la cosa llegue a existir. Si la cosa no llega a existir el contrato carecerá de objeto y será nulo o, todavía más, inexistente.

**Precio o renta.** El precio puede consistir en dinero, ya en frutos naturales de la cosa arrendada; y en este segundo caso puede fijarse una cantidad determinada o una cuota de los frutos de cada cosecha. Llamase renta cuando se paga periódicamente, que es lo común y frecuente. Si no se conviene un precio, entonces no estaremos ante un arriendo, sino ante un poseedor moroso.

### **Características del arriendo**

- a. Vincula personas ya sea natural o jurídica, quienes manifiestan su voluntad expresamente y, por tanto se obligan mutuamente.
- b. Es individual, es decir, no depende de otro contrato, es autónomo. Puede haber convenciones accesorias como las

cláusulas de arrendamiento-venta o subarrendamiento, pero son independientes.

- c. Es principal porque hay doble juego de obligaciones y derechos, tanto del arrendador como del arrendatario. El arrendador tiene la obligación principal de mantener al inquilino en uso y goce del bien arrendado y el derecho de percibir la renta convenida. El arrendatario, en cambio, tiene la obligación de pagar el alquiler en los períodos convenidos y el derecho de usar y ocupar el bien.
- d. Es de prestación recíprocas; el propietario cede el bien, y el inquilino paga por el uso de ese bien.
- e. Es oneroso, porque existe contraprestación con significado económico para ambas partes. Se prevé las consecuencias del contrato, tanto por el arrendador como por el arrendatario, ya sea que las prestaciones de ambos intervinientes son equivalentes y porque al tiempo de celebración, pueden determinarse los beneficios que habrá de producirle el contrato.
- f. Es conmutativo, en la medida de que se va cumpliendo en función del tiempo y del pago de la renta en forma sucesiva continua y periódica.
- g. Es típicamente de tracto sucesivo porque se entrega el bien por cierto tiempo, no en forma indefinida, las obligaciones se van cumpliendo periódicamente: quincenal, mensual, anual, etc. Supone que el arrendatario solo disfruta del uso, hace suyo los frutos y posee el bien mueble o inmueble durante un determinado tiempo.

La duración del arrendamiento puede ser:

1. Determinada

Art. 1688, 1689, 1699, 1700 del CC

2. Indeterminada

Art. 1690 del CC, se pone fin dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante (Art. 1703 del CC, concordante con los Art. 1365 y 1690 del acotado).

- h. Es temporal, conforme a lo expuesto previamente.
- i. Es consensual, porque se perfecciona con el simple acuerdo entre las partes, no se necesita documento alguno, basta el concierto de voluntades sobre la renta y la cosa para que exista el contrato de arrendamiento. Para su existencia es suficiente que ambas partes estén de acuerdo, den su consentimiento y aceptación sobre el bien y el monto de la renta.

Sin embargo, esto es inconveniente, porque la palabra no tiene ninguna seguridad y, por lo tanto, hay que celebrarlo en un documento, ya sea público o privado, para que las partes no se aprovechen de esa situación.

### **Conclusión del arrendamiento**

El contrato de arrendamiento concluye en los siguientes casos:

- 1. Si vencido el plazo sin que el arrendador solicite el bien ni el arrendador lo haya devuelto, la ley considera que no se ha producido un nuevo contrato, sino que hay continuación del arrendamiento, bajo las mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución (Art. 1700 del CC.)

2. Por concluirse el término fijado por las partes (Art. 1699) El aviso a que se refiere debe cursarse con no menor de dos meses de anticipación al día del vencimiento del respectivo período si se trata de inmuebles y de no menos de un mes, en el caso de los bienes muebles (Art. 1701).
3. En el arrendamiento cuya duración se pacta por periodos forzosos para ambas partes y voluntarios a opción de una de ellas, los periodos voluntarios se irán convirtiendo uno a uno en forzosos, si la parte a la que concedió la opción no avisa a la otra que el arrendamiento se concluirá al finalizar los períodos forzosos a cada uno de los voluntarios.
4. Si en el contrato se establece que los períodos sean voluntarios para ambas partes, basta que cualquiera de ellas dé a la otra aviso prescrito en el Art. 1701 para que el arrendamiento concluya al finalizar los períodos forzosos. (Art. 1702).
5. Si el contrato de arrendamiento es de duración indeterminada, se le pone fin dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante (Art. 1703).
6. Cuando el arrendador es vencido en proceso sobre el derecho que tenía (está arrendando un bien ajeno).
7. Por muerte del arrendatario. Si dentro de los 90 días del fallecimiento, sus herederos comunican al arrendador que no pueden continuar el contrato. Por muerte de arrendatario no concluye el contrato, si es que los herederos no manifiestan su voluntad de poner término al mismo. El arrendamiento se trasmite, es un contrato personal, pero no personalismo.

8. Por estar en el ejercicio de sus derechos civiles el menor de edad.
9. Por terminar el albaceazgo, en el arrendamiento que hubiere hecho algún albacea.
10. Si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo.
11. En caso de expropiación.

En caso de conclusión del arrendamiento o teniendo el arrendatario derecho para devolver, si pone el bien a disposición del arrendador y este no puede o no quiere recibirlo, aquel podrá consignarlo (Art. 1706 CC.)

Desde el día en que el arrendatario efectúe la consignación se extingue su responsabilidad por la renta, salvo que la impugnación a la consignación fuese declarada fundada (Art. 1707 CC.)

En caso de enajenación del bien arrendado se procederá de siguiente modo (Art. 1708 CC.)

1. Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquiriente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos sus derechos y obligaciones del arrendado.  
Excepcionalmente, el adquiriente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación.
2. Si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquiriente puede darlo por concluido.

3. Tratándose de bienes muebles, el adquiriente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe.

Cuando concluya el arrendamiento por enajenación del bien arrendado, el arrendador queda obligado al pago de los posibles daños y perjuicios irrogados al arrendatario (Art. 1709)

Para desocupar el bien el arrendatario debe previamente recabar autorización escrita del arrendador o, en su defecto de la autoridad respectiva. Empero, si el arrendatario desocupa el bien sin alguna de esas autorizaciones, será responsable:

1. De la renta y de los pagos por los servicios a su cargo que se devenguen después de la desocupación hasta que el arrendador tome posesión del bien.
2. De los daños y perjuicios correspondientes.
3. De que un tercero se introduzca en él.

Los contratos de arrendamiento regulados por leyes especiales se rigen supletoriamente por las normas de Código Civil (Art. 1712)

Para nuestra investigación, es de considerar dos grandes obligaciones del arrendatario:

- i) el pago de la renta convenida de manera puntual, pues el no pago de 2 meses más quince días de renta genera la mora causante del desalojo por falta de pago.

Con la terminación del contrato desaparece naturalmente la obligación de pagar dicho precio; pero si el inquilino continúa en posesión del bien inmueble, está obligado a pagar una indemnización equivalente la renta mensual que se paga durante todo el tiempo que mantenga la cosa en su poder y hasta la efectiva restitución de ella al arrendador.

En tal sentido, el artículo 1704 del Código Civil dispone: “Vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y a cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento.”

ii) la obligación del arrendatario de devolver el bien al vencimiento del contrato; he aquí nuestra inquietud: ¿vencido el plazo del contrato el inquilino pierde el título que tenía y se vuelve precario o continúa los arriendos en las mismas condiciones?

El precedente vinculante en comento se inclina por sostener que si el propietario cursa carta notarial al inquilino requiriéndole la devolución del bien lo vuelve precario. Lo estaremos comentando en líneas posteriores.

#### **4.2.4. El derecho de acceso a la justicia y el proceso de desalojo**

En principio, es de mencionar que el derecho de acceso a la justicia no es un tema nuevo a nivel internacional; así, Méndez sostiene que se trata de un concepto que ha sufrido profundas transformaciones a partir de los siglos XVIII y XIX, en el sentido de pasar de una mera declaración de posibilidad de defensa de los derechos individuales a una concepción que involucra un derecho y un deber estatal de proporcionar las garantías y condiciones para su ejercicio.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Méndez, Juan. “Acceso a la justicia”. *Un enfoque desde los derechos humanos*. En: *Acceso a la justicia y equidad*. BID y CIDH, San José, 2000, p.16.

Referirse al acceso a la justicia inicialmente, desde un enfoque general, significa aludir al derecho que los ciudadanos pueden hacer valer y resolver sus disputas bajo el auspicio del Estado.<sup>58</sup> Sin embargo, Capelletti y Garth afirman que esta noción ha transitado por sucesivas etapas que van desde el establecimiento de una asociación directa con garantías procesales básicas (tutela judicial) de acuerdo con los cuales resultaba suficiente proveer al ciudadano de más tribunales de justicia y de mejor calidad, con lo que se estaría satisfaciendo esta noción, hasta una visión vinculada a un derecho más complejo referido a toda clase mecanismo eficaz que permita solucionar un conflicto de relevancia jurídica.<sup>59</sup>

### **El proceso de desalojo**

Es el procedimiento judicial para que los ocupantes de un inmueble urbano o rústico (inquilinos, locatarios, arrendatarios) lo desocupen y lo restituyan a quien tiene derecho a él. El juicio de desalojo es un proceso especial que se sustancia por el procedimiento establecido para el sumarísimo. No existiendo norma alguna que disponga otro procedimiento, se debe entender que se refiere al proceso sumarísimo, que tiene peculiaridades especiales como es el caso de inadmisibilidad de la reconvencción o no permitir como prueba la exhibición de documentos.

El artículo 585° del Código Procesal Civil dispone que la restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones que el propio código establece en el sub-capítulo en el que lo legisla. Se aprecia que es la finalidad del proceso, obtener la restitución de un predio.

---

<sup>58</sup> Capelletti, Mauro y Bryant Garth; *El acceso a la justicia, la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos tus derechos*. México. Fondo de Cultura Económica. 1996, p.9.

<sup>59</sup> La Rosa, Javier. *Hacia una nueva noción de Acceso a la justicia*. Material de estudio de la Academia Nacional de la justicia,

La restitución implica la devolución de una cosa a quien la poseía. Predio es una de las clases de bienes inmuebles a que se refiere el art. 885 Inc. 1 del CC; y es el definido en el art. 954 del mismo código, como el suelo, subsuelo y sobresuelo, precisando que la propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por bienes especiales.

Sustituyendo a los anteriores regímenes diferenciales de desahucio y aviso de despedida contemplados en la legislación procesal anterior y en la legislación especial sobre inquilinato ya derogada, el nuevo ordenamiento adjetivo regula el proceso de desalojo que tiene por finalidad obtener la restitución de un predio cuando exista derecho para ello (CPC, art. 585).

Asimismo, se aplican las normas generales del proceso sumarísimo y las especiales del desalojo, en lo que corresponda, cuando se trate de la pretensión de restitución de bienes muebles e inmuebles distintos a los predios (CPC, art. 596).

Pueden interponer demanda de desalojo:

**El propietario.** Persona física o jurídica que tiene derecho de dominio sobre una cosa, especialmente sobre bienes inmuebles. Frente al inquilino, el dueño de la cosa alquilada.

**El arrendador** o Locador. En el contrato de locación se llama así a quien concede el uso o goce de una cosa, ejecuta la obra o presta el servicio. Denominase también arrendador. Recuérdese que no necesariamente es el propietario (contrato sobre bien ajeno).

**El administrador.** Es la persona natural o jurídica que administra sus propios bienes o los ajenos porque se encuentra autorizado por sus propietarios.

Todo aquel que considere tener derecho a la restitución, salvo que el actual poseedor haya interpuesto interdicto (art 586° - primera parte CPC).

Puede ser demandado:

**El arrendatario.** En el contrato de locación se llama así a quien paga el precio por el uso o goce de una cosa, por la recepción de un servicio o la ejecución de una obra. Se denomina también arrendatario o inquilino.

**El subarrendatario.** Es la persona –natural o jurídica- a quien el arrendatario ha alquilado –sea de manera parcial o total- el inmueble objeto del primigenio contrato de arriendos, para lo cual debe contar con la autorización del propietario.

**El precario.** Dícese de la persona que ocupa un bien sin título para poseer o el que tenía ha fenecido. Así, tienen esta calidad los invasores de terrenos (muy aparte del carácter penal de la usurpación) los trabajadores que no restituyen el inmueble que les dieron como condición de trabajo, aquel a quien se dejó en posesión del bien por motivos de viaje y se niega a devolverlo al requerimiento, entre otros casos.

Cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución (art 586° segunda parte – CPC).

Solo de esta manera se puede establecer una relación jurídico-procesal válida, que permitirá llevar un proceso judicial que concluirá con el dictado de una sentencia con legitimidad y que se hará efectiva para ambas partes.

De otro lado, la acción de lanzamiento es el acto de obligar a dejar una posesión inmueble en virtud de sentencia judicial, sea consentida o ejecutoriada. A través de esta acción se logra materializar la pretensión de la demanda: la restitución del bien inmueble. En la práctica, este objetivo solo se logra con la intervención policial, toda vez que los poseedores presentan férrea defensa de su posesión y no restituyen pacíficamente el bien.

#### **4.2.5. La Casación No.2195-2011-Ucayali**

En lo que es nuestro objeto de investigación, debemos reiterar que a través de la Sentencia Casatoria No.2195-2011-Ucayali, se ha establecido como precedente vinculante lo siguiente:

*“b) Por mayoría ESTABLECE como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:*

*1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.*

*2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.*

3. Interpretar el artículo 585° del Código Procesal Civil, en el sentido que por "restitución" del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.

4. Establecer, conforme al artículo 586° del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no sólo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenía feneció.

5. Se consideran como **supuestos de posesión precaria** a los siguientes:

5.1 Los **casos de resolución extrajudicial de un contrato**, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.

5.2 Será caso de **título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato.** No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado

*por el artículo 1700° del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.*

*5.3 Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia —sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico—, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.*

*5.4 La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil.*

*5.5 Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo —sea de buena o mala fe—, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.*

*5.6 La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la*

*demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiante tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.*

*6. En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.*

*7. En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601° del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien.”*

Es de resaltar que el precedente en mención varía completamente el criterio establecido por sendas y reiteradas jurisprudencias; así, a manera de ejemplo y por todos, es de mencionar lo resuelto por la Sala Constitucional y Social – Permanente- de la Corte Suprema de la República, en la CASACIÓN N° 96-03 ANCASH<sup>60</sup>; la citada Sala Suprema establece en su quinto fundamento : “que, el artículo 1700 del CC, es claro en señalar que una vez vencido el contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien, no se entiende que existe renovación tácita sino la continuación del arrendamiento, es decir, el contrato de arrendamiento no fenece sino que se convierte de duración indeterminada, bajo sus mismas estipulaciones, hasta

---

<sup>60</sup> Fecha de Publicación en el diario Oficial El Peruano: 30 de mayo de 2005, Boletín Sentencia de Casación (Pág. 14075).

que el arrendador ponga fin a dicho contrato dando aviso judicial o extrajudicial al arrendatario de conformidad con el artículo 1703 del citado cuerpo legal”.

Como podemos ver, en este caso, la citada ejecutoria establece que si la pretensión es desalojo por vencimiento de contrato, no corresponde dilucidar si el demandado –a raíz del vencimiento del arrendamiento- se encuentra o no dentro de los alcances del artículo 911 del Código Civil, por fenecimiento de su título. En nuestra opinión personal ello nos parece razonable, pues en caso de que el demandante acuse al demandado de poseer sin título –por vencimiento del arrendamiento- no resulta suficiente invocar la calidad de arrendador para lograr con éxito el desalojo, pues en tal caso, al no existir vínculo obligacional, en este caso de arrendamiento con el demandado, corresponde invocar la titularidad del derecho sobre el bien y no la simple condición de exposeedor mediato o exarrendador.

El arrendamiento es un contrato con claras connotaciones sociales, por ello cuenta con una extensa y especial regulación normativa en nuestro Código Civil. En este caso, a diferencia de cualquier otro contrato, este no concluye al simple vencimiento del plazo, por el contrario, conforme lo establece el Art. 1700 del Código Civil, hay continuación del arrendamiento si, vencido el plazo del arrendamiento, el arrendatario permanece en uso del bien. Sin embargo, tal continuación no es "ad infinitum", es decir, para siempre, pues la propia norma, antes citada, precisa que dicha continuación es hasta que el arrendador solicite su devolución.

Del texto de la propia norma se evidencia que, solicitada la devolución del bien arrendado por el arrendador, cesa la continuación del arrendamiento, de lo que se concluye que en adelante no existirá arrendamiento vigente. La conclusión antes

citada, se corrobora con lo normado en el Art. 1704 del Código Civil; en esta norma sustantiva se establece que, si luego de cursado el aviso de devolución el arrendatario no restituye el bien, le asiste al arrendador exigir la entrega del bien y a cobrar solo la penalidad convenida, y en caso de no existir pacto de penalidad, solo tiene derecho a cobrar una prestación igual a la renta del periodo precedente. Como se puede apreciar, luego de cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, el contrato dejó de existir, pues en adelante lo que se cobra ya no es renta, es, como se indica en la norma, penalidad o prestación por el uso. Sin renta no hay arrendamiento. Siendo así, el poseedor dejó de tener la calidad de arrendatario o la de poseedor mediato; deviniendo en precario por fenecimiento de su título. Conforme se aprecia de lo expuesto, habiendo dejado de existir el contrato de arrendamiento por efecto de su conclusión, el título que tenía el poseedor feneció, deviniendo el arrendatario en poseedor precario. Siguiendo la lógica de la regulación normativa establecida en nuestro Código Civil, la posesión precaria se produce, también, respecto de quien accedió válidamente a la posesión del bien en virtud de un título legítimo, y llegado el momento dicho título terminó, dejó de existir o, como lo precisa la norma, feneció.<sup>61</sup>

Esta posición, empero, no es pacífica. Así, en el II Pleno Jurisdiccional Civil, una de las conclusiones fue que: “la demanda de desalojo por precario, interpuesta contra el poseedor que,

---

<sup>61</sup> En la CASACIÓN N° 1117-2002 CALLAO, publicada en el diario Oficial El Peruano el 30 de junio de 2004, Boletín Sentencias de Casación (Pág. 12159), la Corte Suprema señaló: “En materia de arrendamiento debe distinguirse dos supuestos: la continuación y los efectos de la conclusión del contrato; en el primer caso el contrato continúa siempre y cuando el arrendatario permanezca en el uso del bien y el arrendador no haya solicitado su devolución; en el segundo supuesto el contrato ha concluido, en tal sentido, los efectos de la conclusión son que el arrendador tiene derecho a exigir la restitución del bien e incluso a cobrar la penalidad si hubiere sido pactada, o en su defecto, una prestación igual a la renta del periodo precedente, cuyo cobro no importa la continuación del arrendamiento”. El Art. 1704 del Código Civil señala: "Vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene el derecho de exigir su devolución y a cobrar la penalidad o, en su defecto, una prestación igual a la renta del periodo precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento."

habiendo sido arrendatario, se le cursó, luego de vencido el plazo, el aviso de devolución del bien arrendado, debe ser amparada". Sobre este tema, la posición mayoritaria en dicho evento fue la que sostiene que el arrendatario nunca será precario, en razón de que el "concepto" de precario es contrario a la naturaleza del arrendamiento, posición sostenida también en diversas ejecutorias de la Corte Suprema de la República.

Sin embargo, cabe resaltar que, en este caso, la diferencia de votos, respecto de la otra posición, que sostuvo en dicha actividad académica, que con la carta de devolución cursada al arrendatario se pone fin al arrendamiento, no fue abrumadora.<sup>62</sup> Ello nos lleva a otro tema ¿es posible establecer como precedentes vinculantes decisiones adoptadas por simple mayoría? Máxime si consideramos que a tenor del artículo 16 del TULOPJ es posible que los magistrados se aparten de tales precedentes siempre que motiven suficiente y adecuadamente su decisión?

Creemos que no, pues una simple mayoría no ayuda a formar una doctrina o línea uniforme, por lo que debería establecerse determinados parámetros que ayuden a regular la fijación de los precedentes, de modo que se puedan sostener en el tiempo y no estar variando casi inmediatamente. Este tema, por lo menos, no ha sido ni es pacífico, existiendo aún posiciones encontradas, por lo que consideramos que no debió fijarse como obligatorio.

Efectivamente, sobre este tema, la Sala Civil de la Corte Suprema, en la mayoría de los casos, ha establecido el criterio jurisprudencial

---

<sup>62</sup> Conclusiones Plenos Jurisdiccionales Civiles 1998. Publicación Oficial de la Comisión ejecutiva del Poder Judicial. Lima-Perú. 1999. Pag. 72. El II Pleno Jurisdiccional Civil, realizado del 26 al 29 de Agosto de 1998, en la ciudad de Piura, acordó por mayoría de 38 votos, "que, el arrendatario no deviene en precario, aun cuando el arrendador le haya solicitado la devolución del bien arrendado". Una minoría de 30 votos sostuvo: "que, si el arrendador le cursó al arrendatario, luego de vencido el plazo, el aviso de conclusión de arrendamiento, este deviene en precario".

que establece que la carta cursada por el arrendador al arrendatario solicitándole la devolución del bien, no pone fin al arrendamiento. No obstante reciente jurisprudencia permitiría concluir que tal criterio haría sido cambiado.

Veamos algunos casos. 1.- En la CASACIÓN N° 2717-2002-LIMA, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, establece en su quinto fundamento lo siguiente: “Quinto: Empero, analizado el presente proceso, se constata que el demandado no tiene la calidad de precario, sino la de arrendatario (...) pues, el hecho de que la entidad accionante le haya cursado al demandado la carta de fojas 37 con el objeto de resolver el vínculo arrendaticio al amparo de lo previsto en el numeral 1365 del C.C. no lo convierte en ocupante precario, toda vez que dicha norma regula de modo general la forma de poner término a aquellos contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o determinado. Dicho precepto no es de aplicación para asuntos relativos a arrendamientos de bienes inmuebles, que tienen una regulación específica en el C.C. (...). En todo caso mediante la aludida carta se ha dado aviso extrajudicial para dar término a un contrato de arrendamiento de duración indeterminada, tal como lo prevé el numeral 1703 del citado Código Sustantivo, faltando la desocupación del predio la norma no señala que en ese supuesto el arrendatario se convierta en ocupante precario (...). Por tanto, se llega a la convicción de que el título que detenta el demandado para ocupar el bien aún no ha fenecido en tanto no se produzca la desocupación efectiva del inmueble y, por consiguiente, no se encuentra incurso en la previsión contenida en el numeral 911 del C.C. relativo a la ocupación precaria, si a ello se agrega que conforme el numeral 1704 del C.C. cursado el aviso de conclusión de arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución. Cabe señalar

que no es aplicable para resolver la presente controversia la norma contenida en el numeral 1700 del mencionado Código Sustantivo, pues en el desarrollo del presente proceso no se ha acreditado que el demandado ocupe el bien sub litis en virtud de un contrato de arrendamiento de duración determinada”.

Similar criterio jurisprudencial quedó establecido en la CASACIÓN N° 2755-2002 CALLAO; en este caso la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República estableció en el cuarto fundamento lo siguiente: “(...) en efecto, el vencimiento, conclusión y fenecimiento del contrato de arrendamiento no tiene lugar con el requerimiento de devolución del bien que realiza el arrendador (subrayado nuestro) siendo que la interpretación correcta de la norma (artículo 1700 del C.C.) consiste en afirmar que habiendo vencido y lo por tanto concluido el referido contrato de arrendamiento y no habiendo sido devuelto el bien, existe una situación de hecho en la que rigen las estipulaciones del arrendamiento con la finalidad de que dicha posesión se encuentre regulada, hasta que se solicite la devolución del bien. (...)”. Posteriormente el sexto fundamento la ejecutoria señala : “Siendo adecuado indicar que el requerimiento de devolución por el arrendador no importa un nuevo vencimiento pues el contrato conforme se indicó ya venció, sino implica la conclusión del arrendamiento, tornándose en uno indeterminado debido a la permanencia del arrendatario en el inmueble según dispone la norma en mención (artículo 1700); resultando errónea la interpretación del colegiado cuando considera que con tal requerimiento (entiéndase el de devolución) se produjo el vencimiento del contrato y en consecuencia, la demandada pasó a la condición de precario; además se debe agregar, que resulta equivocada la conclusión del Colegiado, relativa a que la empresa demandada es una ocupante precaria, desde que aquella persona que fue arrendataria no puede ser luego considerada precaria desde

que su permanencia supone un vínculo indeterminado” (Lo subrayado es nuestro).

En la CAS. N. 3467-2002 CALLAO193 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, ha reiterado el criterio jurisprudencial citado líneas arriba, en el sentido que el requerimiento de devolución del bien –luego de vencido el arrendamiento- no pone fin al arrendamiento; veamos lo que la citada Sala Suprema señala en el quinto fundamento de la referida casación: “que la acotada norma (artículo 1700) debe entenderse en el sentido de que luego de haber vencido el plazo de un contrato de arrendamiento de duración determinada, la permanencia posterior por parte del arrendatario implica la continuación de dicho acto bajo sus mismas estipulaciones, mas no el surgimiento de una nueva relación contractual, ya que ello requeriría el consentimiento de las partes contratantes; situación que se extenderá hasta la solicitud de devolución por parte del arrendador, ya que la intención del legislador con dicha norma es evitar que el derecho de arrendador se vea desprotegido; siendo adecuado indicar que el requerimiento de devolución por el arrendador no importa un nuevo vencimiento pues el contrato conforme se indicó ya venció, sino implica la conclusión del arrendamiento, tornándose en uno indeterminado debido a la permanencia del arrendatario en el inmueble según dispone la norma en mención (artículo 1700); resultando errónea la interpretación del colegiado cuando considera que con tal requerimiento (entiéndase el de devolución) se produjo el vencimiento del contrato (..). Insiste en el sexto fundamento de la sentencia : “que así mismo resulta necesario señalar que es justamente por el propio texto del artículo 1700 precitado que el arrendador puede exigir la devolución judicial del bien por resolución del contrato tal como ha procedido la empresa actora, siendo equivocada la conclusión del Colegiado, relativa a que la

empresa demandada es una ocupante precaria, desde que aquella persona que fue arrendataria no puede ser luego considerada precaria desde que su permanencia supone un vínculo indeterminado”.(lo subrayado es nuestro).

Este criterio, reitero, no es uniforme; así, tenemos que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, corrigiendo su criterio jurisprudencial, ha expedido la CASACIÓN N° 1437-2003 LIMA194, donde establece con precisión que el requerimiento de devolución que hace el arrendador, luego de vencido el contrato, pone fin al arrendamiento y priva al arrendatario de título que justifique la posesión del bien. Se aprecia del texto del tercer fundamento de la citada sentencia lo siguiente: “(...) se acredita que entre las partes existió un contrato de arrendamiento de duración indeterminada (ya sea porque así se pactó en el contrato respectivo o porque la arrendataria siguió en posesión del bien luego de vencido el plazo pactado, produciéndose la continuación del mismo, conforme a lo establecido en el artículo 1700 del Código Civil), siendo que por dicha misiva la demandante comunicó a la citada codemandada que daba por finalizado el arrendamiento. Asimismo, solicitó la devolución del inmueble en el plazo de treinta días calendarios”. Agrega la ejecutoria en su cuarto fundamento que: “De lo expuesto anteriormente se llega a la conclusión que, en efecto, la codemandada, (...) poseía el inmueble materia de la presente litis en calidad de arrendataria, es decir, contaba con título que justificaba su posesión. Sin embargo, mediante la carta notarial de fojas diez se dio por finalizado dicho título. En otras palabras el título que ostentaba la demandada feneció, ello en aplicación del artículo 1703 del Código Civil. En consecuencia, la ocupación que ejerce la parte demandada deviene en precaria”.(Lo subrayado es nuestro).

En consecuencia, tenemos lo siguiente:

- a. Hasta antes de la dación del precedente en comentario no existía uniformidad en los criterios expuestos por la Sala Civil de la Corte Suprema, respecto a que si con la remisión de la carta notarial requiriendo la devolución del inmueble convertía al inquilino en precario.
- b. El precedente vinculante se adoptó por mayoría, lo que no garantiza que tal decisión pueda mantenerse en el tiempo, toda vez que los magistrados pueden apartarse de ello con una debida y suficiente motivación en su decisión.
- c. El efecto en el proceso es inmediato: de inicial competencia de Juez de Paz Letrado (desalojo por vencimiento del contrato) pasó a ser de competencia del Juez Civil (desalojo por precario) por lo que el tiempo de duración de dicho proceso se ha incrementado exponencialmente, con el consiguiente desazón en los justiciables.

Y es que debemos plantearnos lo siguiente: para los fines de lograr la restitución del bien ¿es conveniente actualmente poner fin al arrendamiento? En realidad resulta, en la mayoría de casos, preferible mantener el vínculo contractual de arrendamiento; en principio el único título que necesitará invocar el arrendador para iniciar la respectiva acción de desalojo o la acción ejecutiva de cobro de renta impaga, será el respectivo contrato de arrendamiento; por lo que -en este caso- las reglas de la competencia (cuantía o territorio) estarían fijadas en el propio contrato renta y domicilio fijado por el arrendatario-.

Por el contrario, si el arrendador cursa el aviso de conclusión del contrato al arrendatario, el efecto que producirá tal evento es como se ha indicado líneas arriba- que este se convertirá en precario; en esta situación, el arrendamiento habrá fenecido, en consecuencia no existe, entre las partes, vínculo de naturaleza obligacional alguna, sino uno de naturaleza real (propietario-poseedor); por ello, quien tendrá legitimidad para interponer la acción de desalojo será –en tal caso- el propietario del bien, quien deberá acreditar con su demanda el título de propiedad respectivo; Por su parte, el juez competente será, necesariamente, el Juez Especializado en lo civil o el Mixto, y la acción de cobro por el uso del bien, que en adelante no tendrá el carácter de renta, tendrá que ser tramitado en la vía contenciosa (conocimiento, abreviado o sumarísimo, según sea el caso).

No se presentará dificultad si el arrendador es a la vez el propietario, pues éste podrá ejercitar su derecho directamente. Sin embargo, si quien celebró el contrato de arrendamiento fue persona distinta del propietario, al cursarle el aviso de restitución del bien a su arrendatario, automáticamente se priva de legitimidad para demandar el desalojo contra el ocupante del predio, pues, en tal caso, ese derecho solo le asiste a su propietario.

Es de mencionar que en el CAS. No. 847-2002-LIMA<sup>63</sup>, se dejó establecido que en los procesos de desalojo por ocupante precario, el accionante debe acreditar ser propietario o por lo menos tener derecho a la restitución del bien. “Que, el artículo 911 del Código Civil establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido; por lo que, en los procesos por ocupación precaria, atendiendo a la definición establecida por el acotado artículo, el accionante debe acreditar ser

---

<sup>63</sup> Fecha de publicación en el diario Oficial El Peruano: 31 de Mayo del 2004. Boletín Sentencias de Casación. (Pág. 12049)

propietario o por lo menos tener derecho a la restitución del bien, tal como lo prescribe el artículo 586 del Código Procesal Civil, y por su lado, la parte demandada debe acreditar tener título vigente que justifique la posesión que ejerce sobre el bien materia de controversia, no siendo objeto de probanza en este proceso la validez o no de dicho título (...) en ese orden de ideas, cabe precisar que si bien el contrato de compraventa a plazos y mutuo hipotecario celebrado por el actor en su calidad de comprador y la entidad bancaria en su calidad de vendedora, contenía un pacto de reserva de propiedad, mediante el cual el comprador adquiere la propiedad del bien cuando cancela la totalidad del precio, no obstante ello tiene derecho a poseer el inmueble. En tal sentido, puede solicitar el desalojo de un tercero que posee el inmueble en la condición de ocupante precario, a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 586 del Código Formal, que faculta demandar el desalojo a quien tiene derecho a la restitución de un predio.”

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **5.1. Conclusiones**

En atención a lo expuesto, podemos concluir en lo siguiente:

1. Se ha verificado que la Sentencia Casatoria N° 2195-2011-Ucayali, dificulta la interposición de demandas de desalojo por ocupantes precarios, vulnerándose de este modo el derecho de acceso a la justicia.
2. La posesión es la potestad o señorío factico que, con interés propio, ejerce una persona sobre un bien para su aprovechamiento económico y la satisfacción de sus necesidades; aun cuando reconozca en otro la propiedad, el poseedor de un bien es aquel que, en los hechos, se conduce como propietario, usando o disfrutando el bien.
3. La posesión, cualquiera que esta fuera, no puede ser privada o perturbada al poseedor por actos de particulares; corresponde al órgano jurisdiccional declarar el derecho posesorio a quien corresponda.
4. El poseedor precario, en tanto ejerce una posesión de mala fe, está obligado a reembolsar los frutos percibidos y los que se dejaron de percibir. Es también responsable de los daños y perjuicios ocasionados por la pérdida o deterioro del bien.
5. En la jurisprudencia de la Corte Suprema no existe uniformidad respecto a si el envío de la carta notarial comunicando la conclusión del contrato de arriendos, genera que el inquilino devenga en precario.

6. Está claro que los casos de desalojo por vencimiento del contrato de arriendos es competencia del Juez de Paz Letrado; mientras que los desalojos por precarios son de competencia de los Jueces de la especialidad.

## 5.2. Recomendaciones

Consideramos necesario lo siguiente:

- a. Realizar modificaciones del Código Procesal Civil, a fin de que se mantenga la competencia de los magistrados a nivel de Jueces de Paz Letrado, aun en los casos específicos de desalojo por inquilinato precario, de modo que tales procesos no demoren mucho en su resolución.
- b. Para establecer decisiones como precedentes vinculantes, a efectos de guardar la seguridad jurídica y predictibilidad de las decisiones consideramos que deben ser tomados así solo en aquellos casos en los que exista unanimidad, y no una simple mayoría.
- c. Hacer expeditivos los procesos de desalojo, de modo que se promuevan las inversiones inmobiliarias.

## CAPÍTULO VI

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abad Yupanqui, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales*. Palestra Editores. 1ª. Edición. Lima, agosto 2005.
- Álvarez Caperochipi, José Antonio. *Curso de derechos reales*. Tomo I. Editorial Civitas, Madrid. 1986.
- Arias Schreiber, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Edición. Lima 1993.
- Argüello, Luis Rodolfo. *Manual de derecho romano*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.
- Avendaño Valdez, Jorge. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima 2007.
- Bernales Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993 – Análisis comparado*. RAO Editora. 5ª. Edición. Lima 1999.
- Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil argentino. Sucesiones*. Tomo 1. Con la colaboración de Federico J-M. Peltzer, 2ª. Ed. corregida y aumentada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1964.
- Castillo Alva, José Luis y otros. *Razonamiento Judicial*. ARA Editores. 2ª. Edición. Lima, setiembre 2006.
- Chamamé Orbe, Raúl; *Constitución Didáctica 93*. Ed. San Marcos. 3ª. Ed., Lima 1995.
- Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la constitución*, Barcelona, Bosch, 1994.
- Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- De Valdivia Cano, Ramiro. *Derecho Constitucional I*. Texto Universitario. Edición El Catoliquito. Arequipa, 2009.
- Duguit, León. *Las transformaciones generales del Derecho*. Buenos Aires, Heliasta, 1975.
- Fernández Sessarego, Carlos Enrique. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Superior de Justicia de Ica. 1ª. Edición. Lima 2003.
- Gutiérrez Camacho, Walter. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica. Lima 2007.
- Gamarra Gómez, Severo. *Lógica Jurídica – Principio de Razón Suficiente*. Fondo Editorial UNMSM y Alas Peruanas. 1ª. Reimpresión, Lima febrero de 2005.
- Gascón Abellán, Marina. *La argumentación en el Derecho – Algunas cuestiones fundamentales*. Ed. Palestra. 1ª. Edición. Lima, setiembre de 2003.
- Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2º ed., Barcelona, Marcial Pons, 2004.

- Gonzales Barrón, Gunther, *Derechos Reales*, Primera Edición, Jurista Editores, Lima -2005.
- Guevara Pezo, Víctor (compilador) *Instituciones del Derecho Civil peruano. Visión histórica*. Fondo Editorial UNIFE – Fundación MJ Bustamante de la Fuente. 3 Tomos. Lima. S.f.e.
- Hurtado Reyes, Martín, *La casación civil: una aproximación al control de los hechos*. Lima, Idemsa, 2012.
- Igartua Salaverría Juan, La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003, passim.
- Jossierand, Louis. *La prueba del derecho de propiedad*. En: ÍDEM. Derecho Civil. Buenos Aires. Bosch y Cía. Ed. Tomo I. Argentina 1950.
- Landa, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Palestra Editores. 1ª. Reimpresión. Lima, mayo 2004.
- Linares, Juan Francisco. *Razonabilidad de las Leyes*. El 'debido proceso' como garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires, 1970.
- López Fernández, Willy A. *Estudio sobre las acciones en defensa de la propiedad*. Material de estudio de la Cátedra de Derechos Reales, Universidad Pedro Ruiz Gallo.
- Maish Von Humbolt, Lucrecia. *Derechos Reales*. En: Material de Estudios de la PUCP. Lima 1991.
- Picó I Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997.
- Radbruch, Gustavo. *Filosofía del Derecho*. 4ª.Ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- Sánchez Fernández, Luis. *Argumentación Jurídica*. Jurista Editores EIRL. 1ª. Edición. Lima 2004.
- Trimarchi, Pietro. *Instituzioni di Diritto Privato*. 6°. Ed., Giuffre, Milano, 1983.

#### **Revistas, artículos, material de estudios**

- Avendaño Valdez, Jorge. *Atributos y caracteres del derecho de propiedad*. En: Para leer el Código Civil. Fondo Editorial PUCP. 2ª. Edición. Lima 1984.
- Avendaño Valdez, Jorge. *El derecho de propiedad en la Constitución de 1993*. En: Revista Themis. 2ª. Época. No.26. Lima 1993.
- Avendaño, Jorge; Avendaño, Francisco y Mejorada, Martín. *Derechos Reales*. Selección de textos de la PUCP. 2ª. Edición corregida. Lima, 2003.
- De Trazegnies, Fernando. *La transformación del derecho de propiedad*. En: Revista de Derecho No.33. PUCP. Lima 1978.
- Eguiguren Praeli, Francisco. *Nueva jurisprudencia nacional y los tratados de derechos humanos*. Revista Justicia Viva. Fondo Editorial PUCP – IDL. Lima, junio de 2003.
- Fernández Sessarego, Carlos Enrique; *Material del Seminario Internacional Ojos sin fronteras: El derecho comparado en el umbral de un*

*nuevo milenio*. Organizado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, Lima 2009.

- Ferrer Martín, Daniel. "El precario y el juicio de desahucio por juicio de precario", en: Revista de Derecho Privado Madrid, t. XXXVI, enero-diciembre, 1952.
- García García, José Manuel. *Teoría general de los bienes y de las cosas*. En revista Crítica de Derecho Inmobiliario N° 676. Marzo-Abril de 2003.
- Guzmán Tapia, Juan. *La sentencia*. Material de estudio del curso de Introducción al Razonamiento Jurídico II Nivel de la Academia de la Magistratura. Lima 2001.
- Latour Brotons:, Juan, "*El precario*", en: Revista de Derecho Privado. Madrid, L XLIII, Madrid, 1959.
- Material de Estudio del Programa de Capacitación Académica de la Academia de la Magistratura, curso Introducción al Razonamiento Jurídico II Nivel, Lima 2001.
- Revista *Actualidad Jurídica No.149*. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, abril 2006.
- Sosa Sacio, Juan. *Notas sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales*. En: revista *Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica*, Tomo 134, Lima 2005.