

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRIA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL



**ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN EN EL
PROCESO DE DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**

TESIS PRESENTADA POR:

BACH. RACHELL MAYENA HERRERA

**PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
CIVIL Y PROCESAL CIVIL**

ASESOR:

ISAAC ENRIQUE CASTRO CUBA BARINEZA PHD.

CUSCO – PERU

2019

DEDICATORIA

A mi familia.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, alma máter y a la Escuela de Post Grado por su valioso aporte en la presente investigación.

RESUMEN

La presente investigación versa sobre la omisión de restringir la actividad probatoria para acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió y la ausencia de tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupación precaria.

El problema se presenta cuando en procesos de cognición sumaria como el desalojo por ocupación precaria, se debaten materias complejas y desarrollan actividad probatoria innecesaria e ilimitada, generando la ausencia de tutela sumaria en estos procesos y, en consecuencia, la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de los derechos de las partes, como componente de un proceso justo.

En la investigación dogmática exploratoria empleada se ha analizado el contenido de sentencias casatorias dictadas por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Los principales resultados son: la ausencia de tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupación precaria genera la desprotección de la posesión vulnerada, la desigualdad en las alegaciones de las partes, vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y al acceso a la función jurisdiccional, razón por la que se hace necesario restringir la actividad probatoria de estos procesos a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien se la concedió y la modificación del artículo 911 del Código Civil y del Cuarto Pleno Casatorio Civil.

PALABRAS CLAVE: Tutela sumaria, Obligación de restitución de la posesión,
Actividad probatoria.

ABSTRACT

The current research work is about the omission of restringing the evidentiary facts to confirm the restitution obligation of the possession of the asset to whom it was conceded and the absence of precarious tutelage in the process of eviction because of precarious occupation.

The problem arises when in processes of summary cognition as the eviction because of precarious occupation, it is debated complex topics and develops unnecessary and unlimited evidentiary facts, generating this way the absence of summary tutelage in these processes and, consequently, the affectation of the right to an effective and adequate jurisdictional tutelage of the rights of the parties, as the component of a fair proceedings.

In the exploratory dogmatic investigation that has been employed, it has been analyzed the content of judgments of cassation issued by the Civil Chamber of the High Court of Justice of the Republic.

The principal outcomes are: the absence of summary tutelage in the eviction processes because of precarious occupation generates defenselessness of the violated possession, the inequality in the allegations of the parties violates the right to proceedings without wrongful delays and the access to the jurisdictional function, and this is why it is necessary to restrict the evidentiary facts of these proceedings to

confirm the restitution obligation of the possession of the asset to whom it was conceded and the modification of the article 911 of the Civil Code and of the Fourth Cassation Plenary Session for Civil matters.

KEY WORDS: Summary Tutelage, Restitution Obligation of the possession, Evidentiary facts.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	4
1. EL PROBLEMA.....	4
1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	4
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	9
1.2.1 PROBLEMA GENERAL.....	9
1.2.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS.....	10
1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
1.4.1 OBJETIVO GENERAL.....	13
1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	14
CAPÍTULO II.....	15
2. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.....	15
2.1 BASES TEÓRICAS.....	15
2.1.1 LA POSESIÓN Y SUS DERIVACIONES JURÍDICAS.....	15
2.1.1.1 DERECHO CIVIL PATRIMONIAL.....	16
2.1.1.2 DERECHOS REALES.....	17
2.1.1.3 LA POSESIÓN.....	20
2.1.1.4 CARACTERÍSTICAS DE LA POSESIÓN.....	23
2.1.1.5 CLASES DE POSESIÓN.....	25
2.1.1.6 EFECTOS JURÍDICOS DE LA POSESIÓN.....	32

2.1.2	LA TUTELA SUMARIA.....	38
2.1.2.1	FUNDAMENTOS DE LA TUTELA SUMARIA.....	46
2.1.2.2	CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA SUMARIA.....	48
2.1.2.3	EXIGENCIAS QUE SATISFACE LA TUTELA SUMARIA.....	57
2.1.3	TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO A LA PRUEBA.....	64
2.1.3.1	CONCEPTO DEL DERECHO A LA PRUEBA.....	65
2.1.3.2	NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PRUEBA.....	70
2.1.3.3	CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PRUEBA.....	71
2.1.3.4	PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.....	83
2.1.4	EL PROCESO DE DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA.....	97
2.1.4.1	EL PROCESO DE DESALOJO.....	97
2.1.4.2	EL PRECARIO.....	106
2.1.4.3	REGULACIÓN NORMATIVA.....	111
2.1.4.4	REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....	114
2.1.4.4.1	ESPAÑA.....	115
2.1.4.4.2	CHILE.....	116
2.1.4.4.3	ARGENTINA.....	117
2.2	MARCO CONCEPTUAL.....	118
2.3	ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	125
	CAPÍTULO III.....	130
3	HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS.....	130
3.1	HIPÓTESIS DE TRABAJO.....	130
3.2	CATEGORÍAS DE ESTUDIO.....	130
	CAPÍTULO IV.....	132
4	METODOLOGÍA.....	132

4.1	ÁMBITO DEL ESTUDIO.....	132
4.2	DISEÑO METODOLÓGICO.....	132
4.3	UNIDAD DE ANÁLISIS TEMÁTICO.....	133
4.4	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.....	133
4.4.1	TÉCNICAS.....	133
4.4.2	INSTRUMENTOS.....	133
	CAPÍTULO V.....	134
5	RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	134
5.1	PROCESO PARA ACREDITAR LA OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN DEL BIEN A QUIEN LA CONCEDIÓ.....	134
5.2	JURISPRUDENCIA QUE EVIDENCIA LA OMISIÓN DE RESTRINGIR LA ACTIVIDAD PROBATORIA DESTINADA A ACREDITAR LA OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN DEL BIEN A QUIEN LA CONCEDIÓ.....	140
5.3	AUSENCIA DE TUTELA SUMARIA EN LOS PROCESOS DE DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO Y LA AFECTACIÓN A LA TUTELA JURISDICCIONAL ADECUADA Y EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PARTES.....	159
5.4	MECANISMOS QUE PERMITIRÍAN LA ACTUACIÓN DE LA TUTELA SUMARIA EN LOS PROCESOS DE DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO.....	167
5.5	CRITERIOS RECTORES PARA LA UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN LOS PROCESOS DE DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO.....	170
	CONCLUSIONES.....	175
	RECOMENDACIONES.....	179
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	181
	ANEXOS.....	189

INTRODUCCIÓN

La presente tesis es el resultado de una investigación realizada debido a la ausencia de tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupación precaria, generada por la omisión de restringir la actividad probatoria para acreditar la existencia de la obligación de restitución de la posesión del bien inmueble a quien la concedió, dando origen a la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional adecuada y efectiva de los derechos materiales de las partes, principalmente al quedar desprotegida la posesión.

En el presente trabajo de investigación se ha analizado la actividad probatoria que los órganos jurisdiccionales están desarrollando en los procesos de desalojo por ocupante precario, poniéndose en evidencia que dicha actividad está centrada en la discusión de controversias complejas y de actividad probatoria ilimitada, tales como: la titularidad del derecho de propiedad de las partes, la resolución extrajudicial de contratos de compra venta, la validez, nulidad e ineficacia de contratos de compra venta o arrendamiento, el incumplimiento de obligaciones de alguna de las partes, el derecho a uso de la habitación, si existe prescripción adquisitiva de dominio a favor del demandado, entre otros supuestos que deben debatirse en un proceso plenario y no en un proceso de tutela sumaria como el proceso de desalojo por ocupación precaria.

Desde nuestra perspectiva y, teniendo en cuenta lo desarrollado en la presente investigación, la actividad probatoria en el proceso de desalojo por ocupante precario debe estar restringida a determinar la existencia o no de la obligación de restitución de la posesión del bien inmueble a quien la concedió. Sostenemos que existe ausencia de tutela sumaria en este proceso, en razón a que la actividad probatoria, según los criterios jurisdiccionales actuales, comprende objetos de discusión de mayor exigencia probatoria que deben resolverse en proceso plenarios, generando la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de la situación jurídica de la posesión.

En tal sentido, la investigación desarrollada pone en evidencia la necesidad de la existencia de la tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupante precario, con la finalidad de lograr la protección efectiva y adecuada de la posesión vulnerada; limitando la actividad probatoria a la acreditación de la existencia de la obligación de restituir la posesión de bien inmueble a quien la concedió, en el marco del concepto del precario romano, que es el poseedor inmediato a quien el poseedor mediato le ha cedido su posesión de manera voluntaria y sin pago de renta, hasta que revoque su voluntad y solicite la restitución de lo cedido.

El presente trabajo de investigación se ha desarrollado en cinco capítulos: En el capítulo I, se plantearon el problema objeto de investigación y su formulación, justificación y objetivos de la investigación. En el capítulo II, se abordó el Marco Teórico Conceptual, que comprende la posesión y sus derivaciones jurídicas, la tutela sumaria, tratamiento jurídico del derecho a la prueba y el

proceso de desalojo por ocupación precaria. En el capítulo III, se presentan las hipótesis del trabajo de investigación y las categorías de estudio. En el capítulo IV, se presenta la metodología de la presente investigación y, en el capítulo V, se exponen los resultados y discusión de la investigación desarrollada, en relación a los objetivos propuestos en la investigación, a través del análisis de resoluciones casatorias, exponiendo los mecanismos que permitirían la actuación de la tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupante precario, así como criterios rectores para el desarrollo de la actividad probatoria en estos procesos. El presente trabajo de investigación considera además las conclusiones, recomendaciones, referencias bibliográficas y anexos pertinentes.

CAPÍTULO I

1. EL PROBLEMA

1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

La posesión es un instituto que merece tutela por parte de nuestro ordenamiento jurídico, por constituir una situación de hecho entre el hombre y los bienes, los que forman parte de su patrimonio, debido a que con ellos logra satisfacción de sus necesidades y utilidad.

De esta forma, esta situación de hecho es un componente de la realidad social, que de ningún modo podría ser obviado por nuestro sistema jurídico; contrariamente a ello se encuentra regulado por el Derecho que contiene principios y normas para su realización adecuada en el marco de las relaciones jurídicas entre las personas.

Entonces, la situación de hecho que vincula al hombre y a los bienes encuentra un ámbito de protección o tutela jurídica, en resguardo del disfrute del bien o de los bienes que se hallan en su esfera de dominio inmediata.

No obstante, lo anterior, es necesario indicar que si acaso la posesión que se ejerce es vulnerada, entonces el Estado, a través del sistema de justicia que lo integra, podrá intervenir utilizando mecanismos previamente establecidos en los cuerpos legislativos destinados a desterrar cualquier lesión a la posesión.

En ese sentido, nuestro ordenamiento procesal civil (Código Procesal Civil de 1993), ha establecido una serie de herramientas procesales con la finalidad de proteger la posesión de quien la ejerce; prueba de ello es la regulación de la defensa posesoria extrajudicial (artículo 920 del Código Civil) y judicial (artículo 921 del Código Civil); esta última se materializa a través de las acciones posesorias y los interdictos.

En tal contexto, el artículo 585 del Código Procesal Civil ha regulado el proceso sumarísimo de desalojo, a través del que la parte demandante puede exigir judicialmente la restitución de la posesión del bien cedido por éste a favor de la parte demandada, quien -frente al requerimiento de restitución del bien-, se niega a devolverlo, infringiendo su obligación de restitución de la posesión del bien.

Asimismo, el artículo 586 del Código Procesal Civil establece que el sujeto activo del proceso de desalojo es todo aquel que, salvo lo dispuesto en el artículo 598 de esta misma norma, considere tener derecho a la restitución de un predio y, el sujeto pasivo es quien está obligado a restituir la posesión cedida.

Entonces, como se advierte nuestro sistema procesal civil ha regulado un instrumento procesal de tutela de la posesión (desalojo), el mismo que se

caracteriza por su simplificación cognitiva y celeridad del procedimiento, debido a la limitada exigencia probatoria basada únicamente en acreditar la concesión voluntaria y temporal de un bien por parte del demandante a favor del demandado y, la obligación de restitución del bien por parte de este último, cuando se requiera su devolución.

Sin embargo, en la actualidad y, en el escenario judicial que es donde se enfocará el trabajo de investigación, la actividad probatoria en los procesos de desalojo por ocupante precario no se restringe a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien lo cedió, según lo prevén las normas procesales antes citadas, sino que se amplía el debate probatorio a cuestiones distintas que terminan generando la ausencia de tutela sumaria de la posesión (mediata). Es allí donde radica el problema de la presente investigación.

Cabe precisar que en sede judicial, los jueces de los procesos de desalojo por ocupante precario abren un debate probatorio destinado a discutir cuestiones distintas a la obligación de restitución de la posesión del bien cedido; tales como: i) la titularidad o no del derecho de propiedad de alguna de las partes (principalmente de la demandante), ii) la resolución judicial o extrajudicial del título que ostenta el demandado para poseer el bien objeto del proceso, iii) la nulidad de un contrato a mérito del que el demandado poseía el bien objeto del proceso, iv) el vencimiento de plazo de un contrato a mérito del que se poseía el bien, v) la usurpación del bien por parte del demandado, vi) la preferencia a quien hubiera inscrito primero su derecho de propiedad o un contrato de arrendamiento en los Registros Públicos, vii) el ejercicio de la posesión derivada

de quien no tenía derecho a transmitir la posesión, viii) la posesión ejercida en calidad de heredero declarado judicialmente, ix) la edificación de buena o mala fe realizada en el bien materia del proceso, x) el mejor derecho de posesión de las partes, entre otros supuestos que serán desarrollados en el trabajo de investigación, según las casaciones analizadas en la presente investigación.

La amplitud de la actividad probatoria en la que se discuten cuestiones distintas al objeto del proceso de desalojo por ocupante precario -admitida en sede judicial-, ha generado dilación innecesaria en la solución de los procesos de desalojo por ocupante precario, asimilándose a los procesos de cognición plena (procesos de conocimiento) en los que el nivel de discusión es mayor y, es más, la decisión genera cosa juzgada material, asimismo, ha generado la desprotección de la categoría jurídica de la posesión mediata y la dificultad en el acceso a la función jurisdiccional, afectando sin lugar a dudas, el derecho a la tutela sumaria como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de los derechos de las partes en el proceso civil de desalojo.

Adicionalmente, es necesario indicar que a nivel jurisprudencial y doctrinario actualmente existen varios criterios y posiciones distintas con relación al objeto de discusión y actividad probatoria en los procesos de desalojo por ocupante precario.

Es más, el Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación N° 2195-2011-UCAYALI, publicado el 14 de agosto de 2013, en el Diario Oficial El Peruano) que contiene el tratamiento de la posesión y el ocupante precario, tampoco resulta uniforme

con los pronunciamientos judiciales a nivel de Juzgados y Cortes Superiores ni con el desarrollo doctrinal realizado respecto a estas categorías jurídicas.

La misma confusión está generada por la regulación contenida en el artículo 911 del Código Civil, que establece la posesión precaria y se presta a un sinnúmero de interpretaciones al momento de su aplicación práctica a los casos concretos.

Dicha confusión que aún no concluye en nuestro medio, principalmente en el terreno judicial, en los que existen pronunciamientos contradictorios y confusos están generando la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de las partes en el proceso, reflejada principalmente en la ausencia de tutela sumaria de la posesión mediata (situación jurídica del poseedor) en los procesos de desalojo por ocupante precario.

Es necesario indicar, además, que, a pesar de esta afectación, los tribunales (supremos y superiores) de nuestro país han emitido y continúan emitiendo bastantes pronunciamientos judiciales en procesos de desalojo por ocupante precario, resolviendo sobre cuestiones distintas a la restitución de la posesión del bien a quien la cedió, concluyendo con decisiones arbitrarias e injustas.

Finalmente, y a pesar de existir un Pleno Casatorio sobre la posesión y el ocupante precario que debió uniformizar el objeto de discusión y la actividad probatoria en el proceso de desalojo por ocupante precario, sin embargo, aún no existe unificación de la jurisprudencia respecto a la actividad probatoria específica y delimitada que debe desplegarse en los procesos de desalojo por

ocupante precario, habiendo inclusive incluido supuestos que en realidad, no deberían discutirse en un proceso de tutela sumaria como el desalojo.

En resumen, la situación problemática afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de las situaciones jurídicas de las partes, toda vez que la ausencia de tutela sumaria genera desprotección de la posesión mediata para el demandante, la vulneración del derecho a un proceso son dilaciones indebidas de las partes y, la dificultad para acceder a la función jurisdiccional por los altos costos de un proceso lento y largo.

Este problema genera además descontento, insatisfacción e incertidumbre de las partes en el proceso de desalojo por ocupante precario y, en consecuencia el descrédito del Poder Judicial frente al pueblo peruano, pues lejos de tutelar la situación jurídica de la posesión, de manera adecuada y efectiva, a través de mecanismos de tutela sumaria como el proceso de desalojo por ocupación precaria, se genera, en término final, la vulneración del derecho a un proceso justo.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 PROBLEMA GENERAL

¿De qué manera la omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió

genera la ausencia de tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupación precaria?

1.2.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1° ¿Cuál es el proceso que se sigue para acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió?

2° ¿De qué manera se evidencia la omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió con relación a las referencias jurisprudenciales?

3° ¿De qué manera la ausencia de tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupante precario afecta la tutela jurisdiccional adecuada y efectiva de los derechos de las partes?

4° ¿Qué mecanismos permiten la actuación de la tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupante precario?

5° ¿Cuáles son los criterios rectores para la unificación de la jurisprudencia respecto a la actividad probatoria en los procesos de desalojo por ocupante precario?

1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo se justifica en las siguientes razones:

a) Conveniencia

Es conveniente realizar esta investigación porque en sede judicial, los jueces del proceso de desalojo por ocupante precario no restringen la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió, según lo regulado por nuestro ordenamiento procesal civil, sino que, contrariamente a ello, admiten la ampliación de la actividad probatoria para acreditar hechos ajenos a dicha obligación de restitución, que normalmente deberían discutirse en procesos de cognición plena; generando de esta forma, la ausencia de tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupación precaria.

b) Relevancia Social

La presente investigación tiene relevancia social en la medida que permite otorgar mayor seguridad jurídica a las partes en un proceso de desalojo por ocupante precario, a través de la restricción de la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió, evitando generar objetos de discusión innecesarios y ajenos a este proceso, lo que a su vez implica la simplificación en el procedimiento, la reducción del ámbito de la prueba y la protección

adecuada de la posesión y la materialización del derecho a un proceso justo para las partes.

Asimismo, permitirá lograr predictibilidad en las decisiones judiciales a partir de la restricción de la actividad probatoria a la cuestión delimitada y específica de la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió, evitando la emisión de decisiones confusas e injustas.

c) Implicancias Prácticas

La presente investigación permitirá esclarecer que la actividad probatoria en los procesos de desalojo por ocupante precario debe restringirse a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió, lo que a su vez generará la tutela real y efectiva de la posesión en los procesos de desalojo por ocupante precario.

Asimismo, la investigación permitirá evitar que se generen discusiones innecesarias de objetos distintos a la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió, contribuyendo al acceso a la función jurisdiccional para la tutela de la posesión, la simplificación de los procesos de desalojo por ocupante precario, evitando la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, evitando el gasto innecesario de tiempo y recursos de las partes y del sistema de justicia en general.

d) Valor Teórico

La presente investigación tiene importancia teórica, en razón a que la delimitación de la actividad probatoria en los procesos de desalojo por ocupante precario a la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la cedió, constituye un avance en el desarrollo del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de los derechos de las partes en estos procesos, específicamente en el desarrollo del derecho a la tutela sumaria que busca en término final, materializar de manera efectiva el derecho a un proceso justo.

Si acaso, no se garantizara el derecho a la tutela sumaria de las partes en los procesos de desalojo por ocupación precaria, entonces no solo se afectará la simplificación procedimental y cognitiva de estos procesos, sino que principalmente afectará gravemente el derecho a la protección adecuada y efectiva de los derechos de las partes y, en consecuencia el derecho a un proceso justo en el marco de un Estado Constitucional.

1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar si la omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió

genera la ausencia de tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupación precaria.

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1° Conocer el proceso que se sigue para acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió.

2° Precisar si se evidencia la omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió en las referencias jurisprudenciales.

3° Precisar si la ausencia de tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupante precario afecta la tutela jurisdiccional adecuada y efectiva a los derechos de las partes.

4° Establecer los mecanismos que permiten la actuación de la tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupante precario.

5° Establecer los criterios rectores para la unificación de la jurisprudencia respecto a la actividad probatoria en los procesos de desalojo por ocupante precario.

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1 BASES TEÓRICAS

2.1.1 LA POSESIÓN Y SUS DERIVACIONES JURÍDICAS

Antes de analizar la institución de la posesión y sus derivaciones jurídicas, es necesario indicar que la relación de las personas con las cosas se encuentra regulada por nuestro ordenamiento jurídico, a través del establecimiento de normas e instituciones jurídicas que ordenan las actividades de los hombres en el marco de la indicada relación; por ello es necesario hacer mención al Derecho que regula dicha relación.

2.1.1.1. DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

El Derecho Civil Patrimonial, de acuerdo a Diez – Picazo (1993, p. 38) “puede ser considerado como aquella parte del Derecho Civil, que comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan las actividades económicas del hombre”.

Cabe precisar que según este autor, uno de los temas fundamentales que enfrenta el Derecho Patrimonial es la atribución de los bienes económicos a las personas, anotando además que el Derecho Civil Patrimonial se halla sustentado en el Derecho de Obligaciones y en el Derecho de Cosas. Diez – Picazo (1993).

Entonces, como se advierte el Derecho Civil Patrimonial comprende la regulación de los derechos de obligaciones y los derechos reales; en la presente investigación se considerará predominantemente los derechos reales, específicamente la institución jurídica de la posesión; para lo que, en primer lugar nos permitimos considerar la definición de los derechos reales.

2.1.1.2. DERECHOS REALES

Considerando que dentro del ámbito de los derechos reales se encuentra la posesión en general, es pertinente mencionar qué se entiende por derechos reales.

En función a la definición de Derecho Civil Patrimonial elaborada por la doctrina, podríamos afirmar que los derechos reales constituyen una parte del Derecho Civil Patrimonial, que regulan -a través de sus instituciones y normas- las situaciones generadas con motivo de la operación de los bienes por las personas en el marco de una actividad económica que éstas desarrollan.

Es necesario tener en cuenta que nuestro Código Civil de 1984, no establece una definición de los derechos reales, limitándose únicamente a señalar en su artículo 881, lo siguiente: “Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes”.

En la sección tercera del Libro V del Código Civil se consideran como derechos reales, **en primer lugar a la posesión** (Título I), propiedad (Título II), usufructo (Título III), uso y habitación (Título IV), superficie (Título V) y, servidumbres (Título VI) y, como derechos reales de garantía: anticresis (Título II), hipoteca (Título III) y el derecho de retención (Título IV).

Con relación al concepto de derechos reales, éste no fue conocido en el Derecho Romano, habiéndose establecido únicamente una diferencia de carácter procesal entre las acciones in rem y las acciones in personam, siendo los glosadores, quienes al estudiar los textos romanos comenzaron a mencionar a las acciones antes citadas, entendiendo que las actio in rem se sustentan en un ius in re. Díez – Picazo (1993).

Para Lafaille, citado por Cuadros (1994, p. 40), no existió una definición en el derecho romano y que tampoco hubo una clara diferencia con los derechos de crédito, pues los textos de derecho romano, mencionan únicamente las acciones in rem (vindicatio) y las in personam (condiciones).

Según Cuadros (1994, p. 33), “los derechos reales constituyen la organización jurídica de las relaciones sociales que se establecen con motivo de la utilización de los bienes. La transformación de los objetos del mundo exterior, su apoderamiento y utilización, establecen no sólo relaciones con la naturaleza, sino fundamentalmente relaciones sociales, con sendos intereses, en cada individuo de la comunidad, que no pueden estar librados a la arbitrariedad de cada persona”

En el campo jurídico, siendo el derecho superestructura de la estructura económica de la sociedad, los bienes directa o indirectamente ingresan en sus diferentes campos: el derecho personal, estudia y organiza los atributos del sujeto de derecho, para que entre en relación con los bienes; el derecho familiar

aunque esencialmente busque un fin ético en la organización familiar, no podría realizarlo, si no es en función a su patrimonio; el derecho de sucesiones regula la transmisión del patrimonio por causa de muerte, y los derechos obligacionales, con los derechos reales específicos, son las dos ramas fundamentales del derecho patrimonial. (Cuadros, 1994, p.36)

En su vida cotidiana, la persona tiene relaciones con las cosas. Estas relaciones han sido formalizadas en el Derecho a través de los llamados derechos reales, cuyo nombre proviene del latín res que significa “cosa”. (Rubio, 2012, p. 43)

Como se advierte de las definiciones antes expuestas, los derechos reales constituyen una columna fundamental del Derecho Civil Patrimonial y del Derecho Civil en general, toda vez que se encuentran presentes en todos los ámbitos del derecho, posibilitando el orden en la asignación de los bienes a las personas y en interrelación entre ellas, con motivo de las actividades útiles que desarrollan en sociedad; en dicha organización reside su importancia.

A continuación desarrollaremos la posesión como derecho real establecido en nuestro ordenamiento jurídico civil peruano, teniendo en cuenta que esta institución jurídica resulta de gran importancia para la presente investigación.

2.1.1.3. LA POSESIÓN

En la Sección Tercera del Libro V del Código Civil de 1984, se ha considerado como uno de los derechos reales principales a la posesión, específicamente en su artículo 896 que señala: “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”.

Reproduce la doctrina del código de 1936 en cuanto a la vida jurídica de la posesión; su origen, conservación y pérdida, en cuanto a sus efectos y en cuanto a la defensa posesoria. Solamente ha innovado con cuatro institutos específicos: el servidor de la posesión (Art. 897°), la co-posesión (Art. 899°), la acción de interdicto y las acciones posesorias para defender la posesión de bienes muebles inscritos (Art. 921°) y la posesión precaria (Art. 911°) (Cuadros, 1994, p.277)

La definición de posesión del Código Civil no es cierta, pues el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, que según el artículo 923 del Código Civil son usar, disfrutar, disponer y reivindicar no implica que sea posesión, cuando se trata de las facultades de disponer y reivindicar. Cuadros (1994).

POSESIÓN. Estrictamente, el poder de hecho y de derecho sobre una cosa material, constituido por un elemento intencional o animus (la creencia y el

propósito de tener la cosa como propia) y un elemento físico o corpus (la tenencia o disposición efectiva de un bien material) (Cabanellas, 1993, p.249)

En la doctrina, la noción de posesión hace referencia a sus elementos desde una perspectiva clásica y moderna para poder definirla, si se tiene presente que la noción que considera nuestra normativa civil no resulta suficiente ni clara para lograr su cabal comprensión y aplicación de sus reglas como institución jurídica.

Desde una perspectiva clásica se han considerado elementos externos u objetivos e internos o subjetivos; en tal sentido los elementos clásicos de la posesión son el corpus y el animus.

Según Cuadros (1994, pp.291) “El corpus se estima como el poder físico aplicado al objeto y como carácter físico del titular. El animus en cambio es el elemento intencional, subjetivo (...) En el Digesto y en Las Partidas, la posesión se adquiere por el ánimo y el cuerpo”

Existen otras concepciones de la posesión basadas en la persona que ejerce la posesión con la finalidad de dinamizar la economía.

Para Zeledón (2002) citado por González (2018, p.203), la posesión se convierte en una institución humanista, que combina sujeto, la tierra y el trabajo.

Como se advierte, la concepción de la posesión a través de sus elementos ha evolucionado a través del tiempo, habiendo sido objeto de discusión en la doctrina que ha tenido como principales exponentes a Savigny y a Rudolf von Jhering, quienes han desarrollado el elemento subjetivo y objetivo de la posesión.

En nuestro medio, se ha estudiado cuidadosamente a esta institución jurídica, generando una concepción moderna de la posesión.

Es importante precisar que la doctrina ha evaluado la naturaleza jurídica de la posesión, estableciéndola en primer lugar, como un hecho y después como un derecho.

La posesión es, en resumidas cuentas, el derecho real que establece una relación directa e inmediata de dominación exclusiva (uso y goce, o sea, aprovechamiento económico) entre una persona y un bien, con autonomía y prescindencia de la titularidad (derecho) a ella. Es un derecho de carácter provisional. Esta es la posesión de hecho, aquella que carece de título justificativo (Ramírez, 2017, p.364)

Para González (2001, p.24) la definición analítica que propone es: “la posesión es la actuación del sujeto que denota un control autónomo y voluntario sobre

algún bien, destinado a tenerlo para sí con relativa permanencia y estabilidad, y cuya finalidad es el uso y disfrute, aunque sea en modo potencial”.

2.1.1.4. CARACTERÍSTICAS DE LA POSESIÓN

Con la finalidad de exponer las características de la posesión, consideraremos la última definición citada, según la que los elementos que componen la posesión son los siguientes:

(...) el **control** implica que el sujeto tiene injerencia sobre el bien, esto es, la posibilidad de interferir físicamente sobre él, en cualquier momento, y de forma libre y voluntaria. (...) la **autonomía** del control significa que el poseedor no recibe instrucciones, órdenes ni indicaciones de tercero; razón por la que su posesión se ejerce en interés propio, o destinado a tenerlo para sí. (...) la posesión se constituye mediante **acto de voluntad**, pues se trata de un hecho jurídico que exige la intención destinada a dominar de facto una cosa. No puede haber posesión de incapaces, menores de edad, imposibilitados para actuar libremente o de los que se encuentren privados de discernimiento, aunque sea temporalmente. (...) la situación que llegue a catalogarse como posesoria debe contar con una **relativa permanencia o estabilidad**, porque los contactos fugaces o esporádicos no tipifican como posesión. (...) el poseedor tiene control, lo que le otorga **potencialidad en el uso y disfrute del bien**, pues tiene libertad para aprovecharse de él cuando lo

considere conveniente, pero no se requiere que el disfrute sea efectivo en todo momento. (González, 2011, p.24)

De los elementos antes citados se pueden considerar las características distintivas y claves para configurar la posesión: i) Control sobre el bien ii) Autonomía, iii) Voluntariedad, iv) Estabilidad, v) Potencialidad en el uso y disfrute y, vi) Irrelevancia de título jurídico. González (2001).

En este sentido, el ejercicio de hecho al que se hace referencia en el artículo 896 del Código Civil, está referido al control que se tiene sobre el bien y a la injerencia que el sujeto tiene sobre el bien, pudiendo usarlo a libre disposición en cualquier momento.

Con relación a la autonomía, el poseedor ejerce su derecho a la posesión en interés propio y no de un tercero, como sí sería el caso del servidor de la posesión regulado en el artículo 897 del Código Civil.

Respecto a la voluntariedad, ésta debe materializarse con relación a todas las cosas que se encuentran en la esfera de dominio del poseedor, quien tiene la voluntad de ejercer su derecho a poseerlas, con la tutela jurídica que le asiste.

Por estabilidad debe entenderse que la posesión no debe tratarse de un ejercicio fugaz de la misma, sino que debe contar con relativa continuidad y permanencia en el tiempo, es decir debe configurarse un ejercicio de hecho relevante para el poseedor del bien.

Asimismo, con relación a la potencialidad en el uso y el disfrute del bien, debe tenerse presente que el uso y el disfrute no deben ejercerse de manera efectiva en todo momento, sino solo se trata de la posibilidad de usar y disfrutar el bien.

Finalmente, con relación a la irrelevancia del título jurídico debe entenderse que el ejercicio de hecho sobre el bien puede efectuarlo el propietario, el arrendatario, etc., no siendo indispensable el ejercicio de un poder de derecho.

2.1.1.5. CLASES DE POSESIÓN

El Código Civil de 1984 ha establecido las siguientes clases de posesión:

a) Posesión inmediata y mediata

Al respecto el artículo 905 del Código Civil establece: “Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título”

González (2018, p.57) mencionó: “La finalidad principal de esta clasificación es conferir tutela posesoria a las dos partes de la relación, esto es, al poseedor “mediato” y al “inmediato”

Para citar el caso de protección posesoria que se confiere al arrendador de un bien respecto a la posesión que ostenta el arrendatario.

Según Cuadros (1994, p.316) “El poseedor que tiene el corpus possessionis y está en relación directa con la cosa, es el poseedor inmediato. Poseedor mediato será quien transmitió el derecho en favor del poseedor inmediato. De este modo la posesión mediata será una forma de posesión legítima y nacerá siempre de un título”

La posesión mediata no ha sido creada en el Código Civil alemán y, las reglas que se derivan de la naturaleza de esta clase de posesión son la equiparación de la posesión mediata con la inmediata para efectos de tutela posesoria, los efectos de la posesión favorecen a la mediata y el poseedor mediato no debe despojar al inmediato; no obstante ello, la clasificación de la posesión inmediata y mediata está generando algunos inconvenientes teóricos y prácticos debido a la superposición de posesiones, siendo rechazada esta clasificación por otros ordenamientos jurídicos (González, 2018)

Según Mejorada (2013) “la conducta del poseedor mediato es difícilmente aparente a los ojos de los terceros, por tanto desde la definición y fundamento principal de la figura legal, no debería gozar de calificación posesoria. Empero, la ley le ha atribuido dicha calidad y eso es suficiente para aceptarla. Se trata de una excepción a la regla cuyo propósito resulta apreciable en el plano práctico, ya que por esa vía se genera una persona adicional legitimada para utilizar los efectos de la posesión, por ejemplo para la defensa posesoria.”

Desde una perspectiva procesal, el poseedor mediato está amparado por la tutela posesoria para reclamar la restitución del bien cedido, conforme así lo permite el artículo 586 del Código Procesal Civil, que establece:

“Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que salvo lo dispuesto en el artículo 598°, considere tener derecho a la restitución de un predio.

Pueden ser demandados: el arrendatario, el subarrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución.”

Siendo esto así, la clasificación de la posesión en mediata e inmediata permite la tutela posesoria de quien se encuentra en relación directa y

efectiva con el bien (poseedor inmediato), y de quien ha conferido dicha relación (poseedor mediato); de allí la utilidad de la misma.

b) Posesión legítima e ilegítima

El artículo 906 del Código Civil señala: “La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”

Como se advierte, nuestro ordenamiento jurídico civil establece una clasificación de la posesión ilegítima, sin señalar el concepto de posesión ilegítima ni de la posesión legítima.

Avendaño (1986, p.59) mencionó “Había que considerar entonces la buena y la mala fe como una sub-clasificación de la posesión ilegítima. Así lo ha hecho el Código de 1984. En consecuencia, ahora resulta claro que la buena o mala fe del poseedor -esto es, su desconocimiento o conocimiento de su ilegitimidad- sólo interesan al derecho y producen efectos jurídicos cuando se trata de una posesión ilegítima”

En el Cuarto Pleno Casatorio Civil¹, respecto a la posesión legítima e ilegítima se ha dicho: “Se ha llegado a sostener que la posesión es legítima cuando el ejercicio de dicho derecho sea de acuerdo a las disposiciones del ordenamiento civil, en tanto que será ilegítima cuando se tenga sin título o por un título nulo o que ha sido adquirido por un modo insuficiente para adquirir los derechos reales, o cuando se adquiere del que no tenía derecho a poseer la cosa o no la tenía para transmitirla”

Nótese que según esta definición, la posesión que se considera derecho – desde la perspectiva del pleno antes citado- se clasifica en legítima e ilegítima según se encuentre conforme o no con el ordenamiento civil, debiendo precisar que esta concepción resulta muy genérica.

La posesión es legítima, cuando nace de un título legal, es decir cuando se origina en una causa legal. Utilizamos el vocablo “título” en su legítima acepción de causa del derecho. En cambio la posesión ilegítima es la posesión sin título, es decir la posesión de hecho, o la que devino en ilegítima por invalidez o caducidad del título (Cuadros, 1994)

¹ Publicado el 14 de agosto de 2013, en el Diario Oficial El Peruano.

c) **Posesión Precaria**

El artículo 911 del Código Civil regula la posesión precaria, señalando: “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”

La definición anterior es insuficiente para delimitar el concepto de la posesión precaria, de allí que en la doctrina y jurisprudencia existen varias interpretaciones en el intento de comprender a cabalidad la figura de la posesión precaria; por lo pronto nuestro ordenamiento civil regula a la posesión precaria dentro del capítulo que establece las clases de posesión y sus efectos.

Para Cuadros (1994), “Se trata de una posesión ilegítima, aquella en que falta el título posesorio, sea porque no existió antes, o porque el título legítimo que dio nacimiento a la posesión feneció, quedando el poseedor, sin título alguno que ampare su posesión”

Sin embargo, para otro sector de la doctrina, la tipificación de precario solo tiene utilidad en el ámbito procesal habilitando el desalojo, considerando una propuesta de definición de ocupante precario conforme se advierte a continuación.

Es precario todo poseedor inmediato que recibió el bien en forma temporal por acto voluntario realizado por el concedente o poseedor mediato, cuya finalidad es proporcionar una liberalidad, gracia o benevolencia. Sus notas causales son que el precario carece de título jurídico o que el título obligatorio de restitución ha fenecido por nulidad manifiesta.

El precario es un poseedor inmediato, temporal, gratuito y que obtuvo el disfrute por acto de voluntad del poseedor mediato, pero que no constituye un título jurídico. Esta definición tiene la ventaja de hacer compatible los artículos 911, 921 y 923 CC, así como los artículos 585, 586 y 587 CPC.” (González 2019, pág.15)

Para este mismo autor “el “precario” es el poseedor sin título –o con título fenecido- que está obligado a la restitución del bien cuando lo requiera su concedente. Por tanto, en la relación de precariedad existe un precario (poseedor inmediato), siendo este último el que entregó el bien por razones de mera licencia, liberalidad o benevolencia, lo que puede identificarse como “título social” o “título obligacional nulo”, y cuya restitución puede exigirse en cualquier momento”

Adicionalmente a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia de la República, a través del Cuarto Pleno Casatorio Civil, ha acogido un concepto amplio de posesión precaria “(...) – a efecto de englobar todas las variables, que en la casuística se viene planteando a la jurisdicción, de tal manera que se atiendan

estas variables y se reduzcan ostensiblemente los casos de improcedencia –, no limitándose únicamente al caso que el propietario cede la posesión de un inmueble para que otro la use y se la devuelva cuando lo reclame, sino también cuando existe una situación de tolerancia de la posesión de hecho sin título (hecho o acto alguno) que la ampare, o cuando sobreviene un cambio de causa, por cesar la vigencia de un acto jurídico o variar los efectos de los actos o hechos antes existentes, situación que justificaban, al demandado al ejercicio del disfrute del derecho a poseer”.

Como se advierte, la posesión precaria no encuentra una concepción y análisis uniforme ni en la doctrina ni en la jurisprudencia y, nuestro ordenamiento jurídico civil mantiene una regulación confusa de la mencionada posesión.

En la presente investigación, es muy importante poder comprender cabalmente la posesión precaria para poder determinar su tutela procesal sumaria con una específica actividad probatoria, lo que será desarrollado más adelante.

2.1.1.6. EFECTOS JURÍDICOS DE LA POSESIÓN

La posesión es una situación de hecho a la que nuestro ordenamiento jurídico civil le reconoce consecuencias jurídicas. En la presente investigación

mencionaremos los efectos jurídicos que derivan del ejercicio de la posesión para el poseedor.

El Capítulo Tercero del Título I de la Sección Tercera del Código Civil regula las clases de posesión y sus efectos. Respecto a los efectos de la posesión, el artículo 908 del Código Civil establece: “El poseedor de buena fe hace suyos los frutos”, el artículo 909 de esta norma señala que “El poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aún por caso fortuito y fuerza mayor, salvo que éste también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular” y, el artículo 910 señala “El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir”.

Adicionalmente a los efectos regulados en el capítulo antes citado, la doctrina desarrolla los efectos que produce la posesión para el poseedor, según la clase de posesión que éste ejerce.

Para determinar cuáles son los efectos de la posesión, hay que establecer primero a qué clase de posesión nos referimos. Si es la posesión del propietario que se ejerce en mérito a su derecho de poseer el bien, antes que generar efectos por sí, la posesión, será más bien un efecto del derecho de propiedad, y si tuviese efectos como posesión, todos serían los que resultan del derecho de propiedad. En cambio, si se trata de la posesión de quien no es propietario, sea que ella

resulte de título transmisorio, o resulte sin título, podremos tratar efectos específicos. (Cuadros, 1994, p.353)

A continuación citaremos algunos de los efectos jurídicos de la posesión, debiendo precisar que algunos de ellos han sido regulados como presunciones legales en el Código Civil de 1984:

- a) El poseedor de buena fe hace suyos los frutos (artículo 908 del Código Civil). La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada.

Esta norma debe ser comprendida en armonía con lo establecido en el artículo 907 del Código Civil que señala: “La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada”

- b) El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito (artículo 912 del Código Civil).

- c) La posesión de un bien hace presumir la posesión de sus accesorios. La posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él (artículo 913 del Código Civil).
- d) Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario. La presunción a la que se refiere este artículo no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona (artículo 914 del Código Civil).
- e) La posesión genera presunción de continuidad, si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario (artículo 915 del Código Civil).
- f) La posesión otorga al poseedor el derecho al reembolso de las mejoras; de conformidad al artículo 917 del Código Civil, el poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual. Es necesario precisar que según esta norma, sólo se reembolsarán las mejoras necesarias luego de la citación judicial, más no así las útiles ni las de recreo.
- g) En los casos en que el poseedor debe ser reembolsado de mejoras necesarias (antes o después de la citación judicial) y útiles (antes de la citación judicial), tiene el derecho de retención (artículo 918 del Código Civil).

Cuadros (1994, p.360) señala: “El derecho de retención es la facultad que tiene el acreedor de conservar la posesión del bien de su deudor, si la obligación no se encuentra suficientemente garantizada”

- h) El poseedor puede ejercer la defensa posesoria extrajudicial (artículo 920 del Código Civil). Al respecto, el artículo 67 de la Ley N° 30230, publicada el 12 de julio de 2014, modificó el artículo 920 del Código Civil, estableciendo:

“El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso, debe abstenerse de las vía de hecho no justificadas por las circunstancias.

El propietario de un inmueble que no tenga edificación e esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.

La Policía Nacional del Perú así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias prevista en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.

En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código”

- i) Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él (artículo 921 del Código Civil).

Las acciones posesorias son los mecanismos judiciales que tienden a revertir las lesiones a la posesión, sea el despojo o la perturbación, por tanto, su única finalidad es resguardar el estado posesorio actual, sin pronunciamiento sobre cuestiones petitorias, es decir, la causa de la posesión, legítima o ilegítima, no es relevante para decidir la controversia. El medio de protección de la posesión es el interdicto, sea para recuperar la posesión, sea para mantenerla sin perturbaciones (González, 2018, p.178)

Según Cuadros (1994, p.367), “(...) en el momento que la ley autoriza al poseedor que pueda defender su posesión, sea por mano propia, sea recurriendo a la autoridad, la posesión aunque carezca de título se convierte en un derecho”

- j) La posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años, otorga al poseedor de un bien inmueble la adquisición de su propiedad por prescripción y, a los cinco años cuando median justo título y buena fe (artículo 950 del Código Civil).

- k) La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay (artículo 951 del Código Civil).

2.1.2 LA TUTELA SUMARIA

La presente investigación considera importante la concepción de la tutela sumaria como un derecho fundamental y humano de las personas en el actual Estado Constitucional que debe regir en nuestro país; por ello, en primer lugar, enfocaremos nuestra investigación en la definición de tutela en general y luego de la tutela sumaria en concreto, como una manifestación de la tutela diferenciada de la tutela jurisdiccional efectiva; para tal fin resulta necesario observar qué considera la doctrina respecto a la tutela, conforme lo describiremos a continuación.

Pérez (1997, p.604) manifestó respecto a la tutela que “(...) coincidentemente reflorece el empleo del término tutela, no como un complejo institucional o de difícil comprensión, sino más bien sencillo en su prístino significado: protección, resguardo, defensa”.

Para López de Zavala, (1997), citado por Pérez (1997, p.604), la tutela debe entenderse como:

Todos los medios, facultades, has de herramientas que el derecho brinda para asegurar y posibilitar su eficacia, pudiendo tener este has un origen inmediato o mediato en la ley.

Cuando el ordenamiento jurídico material consagra una situación jurídica de ventaja, simultáneamente consagra su posibilidad de tutela, es decir, que su titular obtenga su protección, sea o no a través del empleo de la fuerza física, recurriendo a un proceso o, inclusive, a la jurisdicción. No obstante, todo aquel que ingrese a un proceso (estatal o no) para obtener la satisfacción de su posición jurídica le es garantizado el derecho fundamental a una tutela efectiva, adecuada y tempestiva, el cual es posible de ser entendido en tres dimensiones diferentes: (i) efectividad (fin), (ii) adecuación (medio) y (iii) tempestividad (tiempo). El proceso civil contemporáneo, visto a partir de la tutela de los derechos y, por tanto, de los derechos fundamentales, debe ser un proceso civil de resultados. Esto quiere decir que el proceso debe ser capaz de otorgar una tutela lo más próximo posible a las exigencias del derecho material. (Cavani, 2014, p.580)

Como se advierte, el enfoque principal del proceso civil es la protección adecuada de los derechos materiales, la misma que puede ser otorgada a través de mecanismos idóneos para un determinado derecho en concreto, como la tutela sumaria, con la finalidad de lograr la realización del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a cabalidad.

Asimismo, para Peyrano (1998), citado por Pérez (1997, p.604), “Igualmente resulta reiterado el uso del sentido y finalidad en toda la elaboración de lo necesario para resguardar con efectividad el derecho material”

El jurista del Civil Law, y por tanto el jurista que opera en un sistema de derecho codificado, no se contenta ciertamente con observar la tutela como criterio de lectura transversal de normas y de institutos, aquel se coloca el más ambicioso objetivo de individualizar técnicas jurídicas y/o mejores reglas organizativas según las cuales también la tutela, como otros institutos, tiende a tomar forma (y consistencia), saliendo por tanto de lo impreciso y de lo genérico, para asumir contenidos y enfoques precisos (Di Majo, 2002, p.18)

Podríamos decir que la noción de “tutela” puede ser entendida como la protección que viene ofrecida a un determinado interés ante una situación en la cual el mismo sea lesionado o insatisfecho. Por ello, cada vez que se reflexione sobre la tutela debemos necesariamente reflexionar sobre los diversos medios que el ordenamiento jurídico prevé en el caso de la lesión o amenaza de lesión de una situación jurídica y la forma de tutela de las situaciones jurídicas por excelencia es la tutela jurisdiccional, la misma que se lleva a cabo a través del proceso. De esta forma, la tutela jurisdiccional hará que la tutela prevista por el ordenamiento jurídico a los diversos intereses, sea efectiva (Priori, 2003, p.62)

Entonces, como se advierte, la tutela, desde una perspectiva general y, en el sentido de nuestra investigación, hace referencia a todo aquello que es necesario para la protección de un derecho material o de las situaciones jurídicas en términos del último autor citado; sin embargo, en la realidad de nuestro sistema de justicia los derechos materiales de las personas no logran la protección deseada a través del proceso judicial, lo que repercute no solo en la esfera del titular del derecho material lesionado o afectado sino también en todo el sistema de justicia.

No basta entonces con que existan normas. Es preciso que esas normas sean eficaces; esto es, que rijan efectivamente las relaciones entre todos, contando para ello con el respaldo de la autoridad (...) El estado de derecho es endeble cuando los derechos de cada ciudadano –declarados en textos constitucionales minuciosos y leyes abundantes- no están garantizados. Y constatamos que no lo están cuando acude a la justicia para asegurar que sus derechos sean respetados, y no lo logra (...) Para que tales normas sean efectivas se necesita que los tribunales sean accesibles a cualquier persona, que los jueces procedan imparcialmente en los casos sometidos a su resolución y que sus decisiones sean ejecutadas de manera pronta y efectiva. (Pásara, 2014, p.30)

Teniendo en cuenta lo expuesto, a continuación desarrollaremos el significado de la tutela sumaria en concreto como un derecho fundamental y humano de las personas, no sin antes conocer los antecedentes de esta institución como una

manifestación de la tutela diferenciada, en el marco del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

La tutela sumaria comprende aquel mecanismo mediante el que se logra obtener la solución a una controversia judicial de manera celeridad en el tiempo que dura el proceso, limitando los actos y plazos procesales, así como también comprende la simplificación de la cognición y de los medios de prueba necesarios para lograr dicha solución al caso concreto.

La doctrina explica cuál es el contexto en el que se inician los estudios científicos sobre el proceso civil, en el marco del elemento ideológico que regía en ese contexto y señala cómo se plasmaron el proceso de conocimiento pleno y la sumarización de los juicios en el transcurso de la historia.

Así, en el ámbito del proceso civil, la ideología liberal impuso como principio ordenador y sistematizador de la actividad judicial a la seguridad jurídica. Esta opción se manifestó en la consagración normativa del proceso de conocimiento pleno, llamado también ordinario, viejo saurio gestado durante el periodo justiniano con el nombre de proceso extraordinario (*cognitio extra ordinem*), de donde pasó al Derecho común con el nombre de *solemnis ordo iudicarius* y, finalmente, llegó a través de España a los países sudamericanos con el nombre de juicio ordinario.

Durante el Alto Medievo, los canonistas y las necesidades comerciales de la época (el tráfico mercantil desarrollado en el Mediterráneo) requirieron de un procedimiento más expeditivo. Esta necesidad determinó que el Papa Clemente V (el interés en la actividad mercantil alcanzaba también al Vaticano) expidiera la famosa bula *Scepe Contingit*, con la que promovió una sumarización del juicio ordinario. Sin embargo, este esfuerzo fue silenciado o, por lo menos, no destacado en los estudios procesales (Monroy y Monroy, 2015)

Pérez (2017, p.139), luego de señalar que la finalidad del proceso civil no puede reducirse solo a la solución de controversias, sino que persigue prioritariamente la oportuna y adecuada tutela de los derechos cuya protección es requerida, establece la siguiente hipótesis respecto a la tutela sumaria: “(...) lo sumario se relacionaría con la adecuación procedimental a un derecho sustantivo que está urgido o, bien, tiene un estándar probatorio menos exigente compensado con una decisión provisoria que brinda cierta flexibilidad. La inclusión de lo sumario en cualquiera de sus acepciones siempre generó y genera temores frente al riesgo de una decisión injusta para el demandado por el tiempo y la posibilidades para el ejercicio efectivo de su derecho de defensa”

Según Mitidiero (2011, p.71), “constituye un componente indeleble del derecho fundamental al proceso justo el derecho a la tutela jurisdiccional adecuada, efectiva y tempestiva de los derechos. Una de las más importantes

concretizaciones del derecho a la tutela adecuada es la previsión de la técnica anticipatoria por el legislador infraconstitucional”.

Este mismo autor, al desarrollar las tendencias en materia de tutela sumaria, indica que “tutela sumaria, aquí, tiene el sentido de tutela prestada bajo cognición sumaria (sumariedad material). No se refiere, por tanto, a la tutela jurisdiccional prestada mediante procedimiento sumario (sumariedad formal)”

Los sumarios solo deberían tener una finalidad de satisfacción específica y parcial, susceptible revisión posterior a través de un proceso cognitivo plenario y, en consecuencia, sin el efecto de cosa juzgada, porque el “criterio de distinción entre procedimientos plenarios y sumarios no es tanto el de la ordenación procedimental de los actos, sino la producción o no de la cosa juzgada (material)” y son la posibilidad de llegar al recurso de casación; por ello, los límites de la sumariedad son la limitación de ciertas causas (limitación de la cognición judicial) y ciertos efectos (exclusión de la cosa juzgada), característica que el proceso sumario no posee o mejor dicho excede. (Sumaria, 2013, p.180)

Para Priori y Delgado (2016) citados por Pérez (2011, p. 152), “En Perú los procesos sumarios tienen la misma estructura y sistematización que el proceso de conocimiento pleno, pero con la consiguiente reducción de los tiempos, la simplificación procedimental y la reducción de la cognición coherente con la menor complejidad de la materia discutida. En este país la voz de tutela sumaria

se utiliza en el ámbito doctrinario, jurisprudencial y normativo, haciéndose referencia al proceso sumarísimo. Con esta expresión se alude a los procedimientos “de menor complejidad probatoria””

En el Código Procesal Civil de 1993, se encuentra regulado el proceso sumarísimo (artículos 546 al 607); este proceso se caracteriza por permitir la actuación de medios de prueba de actuación inmediata (al proponer excepciones y defensas previas y al formular cuestionamientos probatorios); asimismo, son improcedentes la reconvenición y los informes sobre los hechos; cabe precisar además que en esta vía se tramitan asuntos de menor complejidad tales como alimentos, separación convencional y divorcio ulterior, interdicción, desalojos e, interdictos.

Entonces, como se advierte la tutela sumaria es una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de los derechos, caracterizada por su simplificación procedimental y cognoscitiva y, principalmente por su menor exigencia probatoria.

Asimismo, la tutela sumaria resulta siendo una tutela específica y efectiva de los derechos materiales, teniendo como resultado una decisión sumaria de carácter parcial y provisorio, a través de procedimientos más expeditivos, siendo una forma de tutela diferenciada en contraposición a la tutela ordinaria que comprende la tramitación de procesos largos, formalistas y lentos.

2.1.2.1. FUNDAMENTOS DE LA TUTELA SUMARIA

La tutela sumaria tiene su fundamento en la adecuada y oportuna protección de los derechos materiales de las personas, así como en evitar invertir un tiempo innecesario en la solución de una controversia jurídica de simple cognición, que sin duda alguna perjudica a las partes y más aún a la que le asiste la razón, ello en el marco de un Estado Constitucional que rige en nuestro país, en virtud del que se brinda la protección de los derechos materiales desde una perspectiva constitucional, logrando de esta forma materializar el derecho a un proceso justo.

Al respecto Mitidiero (2011, p.92) mencionó: “La necesidad del legislador infraconstitucional de organizar el proceso civil echando mano de la tutela sumaria se asienta en la propia idea de Estado Constitucional”

Este mismo autor concluye que “la tutela sumaria busca distribuir de forma isonómica la carga del tiempo en el proceso, adecuándolo a las necesidades evidenciadas en éste a fin de que la tutela jurisdiccional sea prestada de forma efectiva a los derechos y en un plazo razonable. Es la Constitución como un todo, por tanto, lo que asegura el derecho a la técnica anticipatoria. El derecho fundamental a la tutela adecuada, efectiva y tempestiva de los derechos es apenas su manifestación más palpable”

Lo sumario fue históricamente visto en lo funcional (o simplificación de la cognición y prueba necesaria para motivar una decisión) o, bien, en lo estructural (simplificación del procedimiento). Estos dos órdenes de análisis siguen vigente, pero con un agregado importante: la justificación constitucional y desde las garantías y derechos fundamentales constitucionales de disponer herramientas para una aceleración razonable del proceso en el otorgamiento de tutela del Derecho (Pérez, 2017, p. 141)

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la tutela sumaria es una de las expresiones del Estado Constitucional que rige actualmente en nuestro país, la que en término final garantiza un proceso justo para las partes, precisamente por la misión que tiene en la protección adecuada y urgente de los derechos de las personas.

Un ordenamiento procesal civil sólo puede ser concebido como completo desde el punto de vista del Estado Constitucional si es que predispone al justiciable de la técnica anticipatoria de forma atípica y orientada no sólo a combatir la urgencia, sino también a proteger la evidencia de las posiciones jurídicas puestas en juicio. Se trata de una conclusión desde hace mucho conocida en la doctrina, pero infelizmente formada a partir de bases teóricas tímidas y, por eso mismo, apenas parcialmente idónea para densificar de forma efectiva el derecho al proceso justo (Mitidiero, 2011, p.94)

Una vez revisada la fundamentación de la tutela sumaria, a continuación se expondrán los aspectos que la caracteriza.

2.1.2.2. CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA SUMARIA

a) Atipicidad

Con la finalidad de brindar una tutela adecuada y oportuna a los derechos de las personas, la tutela sumaria ofrece la posibilidad de proteger las situaciones jurídicas en general, sin necesidad de encontrar derechos específicos para activar su protección.

Impulsado por ese objetivo de “cobertura general”, el legislador procesal civil puede desprenderse de su deber de organizar un proceso capaz de prestar tutela adecuada mediante la previsión de tutelas diferenciadas para cada situación sustancial digna de tutela, o puede prever técnicas procesales mediante normas abiertas a fin de que, a partir del caso concreto, las partes y el juez puedan dimensionar las reales necesidades de la situación sustancial puesta en juicio. Decidiéndose por la segunda alternativa, el legislador debe prever la posibilidad de que el juez tutele el derecho material alegado en juicio por medio de técnicas procesales predisuestas atípicamente, esto es, sin ninguna ligazón a priori a una

única especie de derecho (en una verdadera “ductilidad variable”² concreta de las técnicas procesales en conformidad con las tutelas jurisdiccionales de los derechos). (Mitidiero, 2016, p. 95)

Entonces, como se advierte, la tutela sumaria materializa el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, otorgando protección adecuada a todos los derechos sustantivos de las personas, sin realizar alguna discriminación entre ellos.

Respecto a la tutela diferenciada, Monroy y Monroy (2001), citados por Priori (2003, p. 89), señalan lo siguiente:

Precisamente una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y de efectividad, determinó la necesidad de aumentar las previsiones tradicionales de tutela ordinaria así como de sus manifestaciones clásicas. Cuando se empieza a apreciar el proceso desde la perspectiva de su compromiso con hacer efectivos los distintos derechos materiales que, como ya se expresó, habían desarrollado otras manifestaciones que exigían fórmulas procesales más expeditivas, es cuando aparece la tutela jurisdiccional diferenciada.

Luego de la anotación anterior, debe precisarse que la protección general de los derechos materiales no es el único presupuesto para acceder a la tutela sumaria,

² Ductilidad variable.

a través de los procesos sumarios propiamente, sino que además deberían cumplirse determinados requisitos para su acceso, conforme lo ha señalado también la doctrina al comentar sobre los procesos sumarios establecidos en el Código de Procedimiento Civil italiano, conforme se expone a continuación:

A diferencia del proceso de cognición plena, los procesos sumarios son procesos típicos: procesos a los cuales se puede recurrir no sobre la base de la mera afirmación de la titularidad del derecho, sino más bien, sobre la base de cumplir específicos presupuestos especiales de admisibilidad previstos para cada uno de ellos.

De allí, la consecuencia que, de modo diverso a aquello que ocurre para el proceso de cognición plena, muy a menudo los nuevos derechos surgidos de la Constitución pueden encontrar tutela a través de los procesos sumarios en cuanto el legislador ordinario haya tenido la previsión de prever para ellos, de modo expreso, esta especie de tutela (Proto, 2011, p.424)

De esta forma, podría considerarse que la tutela sumaria es atípica para la protección de los derechos materiales sin realizar alguna distinción para su acceso y, los procesos sumarios que emplean esta técnica de tutela sumaria son típicos, pues establecen presupuestos específicos para que los derechos materiales puedan transitar por ellos, ofreciendo una alternativa menos compleja para su adecuada protección, lo que, sin lugar a dudas, implica evitar un ritual rígido y formalista que está presente en los procesos plenarios.

b) Flexibilidad

La tutela sumaria se caracteriza también por brindar flexibilidad a los procedimientos que la materializan, ello con la finalidad de lograr una protección adecuada a los derechos sustantivos que la requieran y, en un tiempo razonable, sin generar mayor dilación en la solución de las controversias, lo que en término final permite materializar el derecho a un proceso justo para los litigantes, principalmente para aquel a quien le asiste la razón.

Para Pérez (2017) la flexibilidad del proceso podría ser vista como inconveniente de cara a las garantías del debido y justo proceso, sin embargo, dichas garantías impuestas por la legalidad podrían afectar los derechos que deben ser tutelados.

Dado que son varias las situaciones sustanciales posibles de tutela por la técnica anticipatoria, el legislador infraconstitucional tiene que dotarla de plasticidad a fin de que pueda recubrir de forma adherente a toda y cualquier tutela del derecho que con dicha técnica se pretenda realizar o salvaguardar judicialmente. La plasticidad importa a fin de reconocer el deber del legislador infraconstitucional de instituir técnicas procesales ejecutivas atípicas para la efectivización de la tutela jurisdiccional del derecho mediante la técnica anticipatoria (Mitidiero, 2016, p.111)

Entonces, como se advierte, la tutela sumaria se adapta a la necesidad de protección de los derechos materiales, dotándoles esta protección según el tipo de derechos y controversia que se somete al proceso judicial, procurando evitar afectar algún derecho de las partes, en contraposición a la rigidez de los procesos ordinarios que se caracterizan por su formalismo y desarrollo pleno del contradictorio.

La rigidez y el formalismo solo por legalismo prometen predictibilidad y un trato igualitario del justiciable, pero termina frustrándose, en la práctica, por no adecuarse a las particularidades de determinados derechos y controversias. La rigidez no necesariamente se da cuando existe un tipo único de proceso sino, también, cuando es tal la cantidad de opciones procedimentales que el juez como el justiciable terminan desorientándose. Una salida es la flexibilidad y ductilidad del proceso (Pérez, 2017, p.146)

c) Simplificación y celeridad

La tutela sumaria brinda menor complejidad en la solución de las controversias sometidas a ella; para tal fin considera un diseño de proceso de menor cognición y de material probatorio reducido a un objeto de probanza específico, lo que genera la emisión de un pronunciamiento en tiempo razonable y con menores gastos para los justiciables y para el sistema de justicia en general.

La característica determinante del proceso sumario, de acuerdo con el Derecho Común, fue la reducción de la causa cognitio a la *summa causae*. Aun cuando hubieren existido casos en los que su designación incluía la voz “sumario”, ello no solo podía referir a la celeridad y la rapidez del proceso sino, también, a un conocimiento limitado y de simple verosimilitud, incluso, casos que para ser decididos era suficiente lo alegado y limitadamente acreditado por el demandante. Así, la simplificación del procedimiento relacionada con su intensidad y profundidad con la cual conocía el tribunal y decidía el tribunal, Lo sumario fue visto en lo funcional (o simplificación de la cognición y prueba necesaria para motivar una decisión) o, bien, en lo estructural (simplificación del procedimiento) (Pérez, 2017, p.141)

En el Código Procesal Civil peruano la simplificación de los procesos abreviados y sumarísimos se materializa en la reducción de actos y plazos procesales en comparación al procedimiento de conocimiento, mostrando de esta forma una tendencia a la simplificación estructural; sin embargo el problema radica en la ausencia de simplificación funcional de los procesos que están diseñados para la solución de casos de cognición sumaria.

d) Estándar probatorio menos exigente y conocimiento sumario de la causa

La tutela sumaria se caracteriza no solo por la simplificación de su estructura sino principalmente por la simplificación de su contenido con relación a la menor exigencia cognoscitiva y probatoria, sin que ello implique desconocer la

importancia de los derechos materiales que se discuten en un determinado proceso judicial de cognición sumaria.

Para Fairén (1968) citado por Sumaria (2013, p. 180):

La forma específica, regularmente acelerada, de los juicios sumarios, deriva que se trata de una vía específica, destinada a llegar a una finalidad específica (una satisfacción parcial, pues parcialmente pretendida), para lo cual se hace necesaria esta forma especial, urgente; se trata de componer solamente una parte del litigio –la que hizo “crisis”–, aquella que se puede componer más fácilmente mediante la prueba rápida.

Para Lorca (2011) citado por Sumaria (2013, p.181):

En puridad, no hay –en mi parecer- actividad “sumaria” en la declaración jurisdiccional de la patología jurídica que, de una u otra manera, no esté sujeta al garantismo procesal modelado.

Y, añade:

Es indispensable, pues, que el entendimiento y/o aplicación de garantismo procesal no permita grados “sumarios” en su aplicabilidad. Ni sumariedad alguna, esto con referencia a que la función jurisdiccional como garantía sustantiva del proceso es única y, por tanto, mal se puede

hablar de procesos con limitaciones de las garantías de esta función jurisdiccional.

Es importante precisar que, no obstante el diseño de la estructura y funcionalidad de los procesos sumarísimos y abreviados como expresión de la tutela sumaria en nuestro ordenamiento procesal civil, la realidad de las cortes de justicia en nuestro país, permiten advertir que al momento de resolver los casos específicos se ha generado mayor e innecesaria actividad probatoria cuando el caso era uno que no exigía dicho nivel de prueba, generando ausencia de tutela sumaria en dichos procesos civiles.

e) Tendencia a la verosimilitud o probabilidad

La tutela sumaria contiene la probabilidad de los derechos materiales a proteger, no exigiendo para su ejecución la certeza de la existencia del derecho.

La técnica anticipatoria actúa mediante cognición sumaria. Mucho se discute respecto del concepto apropiado para retratar el grado de intimidad en relación a la verdad que se revela al juez cuando conoce sumariamente la causa. Descontadas las polémicas en torno a los conceptos de verosimilitud y probabilidad, importa dejar claro que la cognición sumaria posibilita al juez convencerse respecto de la plausibilidad de las alegaciones fáctico-jurídicas que las partes realizan en el proceso. No se exige al juez certeza sobre la verdad (relativa y objetiva) de las alegaciones procesales. El orden jurídico se contenta con

la posibilidad fundada de que la parte tenga razón en sus alegaciones (Mitidiero, 2011, p.97)

El principio *nulla executio sine título*, como se ve por la lección de Chiovenda, tenía como base la falsa idea de que un derecho solamente puede ser realizado después del encuentro de “certeza jurídica”, o después de haber sido “declarado”. Esa “idea”, fruto del mito de la “búsqueda de la verdad”, fue desmoralizada por el uso de la tutela cautelar para la realización anticipada de los derechos. En realidad, las necesidades del derecho sustancial, amparadas por la práctica forense, demostraron plenamente la falsedad de la premisa aceptada como dogma chiovendana e igualmente por la doctrina post-chiovendana (Marinoni, 2000, p. 178)

En tal contexto, la tutela sumaria se activa frente a la mayor evidencia de la existencia de un derecho que precisa de su protección, es decir, cuando la posición del demandante es la más probable deberá ser atendida de manera rápida y eficaz, sin exigir la existencia de un derecho cierto; con la finalidad de no perjudicar al demandante, al mismo tiempo que evita la dilación generada por la parte que no tiene la razón que ostenta una defensa débil o no seria.

La técnica anticipatoria tiene una función más profunda: realizar la igualdad en el proceso frente a la carga que el tiempo representa en la vida de los litigantes. Por su intermedio, el proceso civil se estructura a

modo de prestar una tutela adecuada, efectiva y tempestiva de los derechos (Mitidiero, 2011, p.91)

2.1.2.3. EXIGENCIAS QUE SATISFACE LA TUTELA SUMARIA

a) Adecuada y oportuna tutela de los derechos

Los derechos materiales de los particulares requieren de una protección adecuada, oportuna y efectiva en el marco del Estado Constitucional que rige en nuestro país; protección que se realiza a través del proceso judicial como mecanismo estatal para la solución de las controversias puestas a su disposición, siendo esta posición uniforme en la doctrina.

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos. Se desea proponer que el derecho a la tutela jurisdiccional, aun sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el juez (Obando, 2011, p.185)

En tal contexto, nace la tutela sumaria como un mecanismo que permite brindar una protección adecuada y rápida a los derechos de probable existencia de los particulares en contraposición a mecanismos ordinarios, que se caracterizan por su formalismo, rigidez y exigencia probatoria mayor, que no solo generan la postergación injusta de la protección a las situaciones jurídicas evidentes, sino también implican un perjuicio al demandante por el transcurso del tiempo en el proceso, debido a la vulneración de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, así como un desgaste innecesario del sistema de justicia de nuestro país y la pérdida de credibilidad en dicho sistema de justicia.

En eso consiste la tutela jurisdiccional, y ésta cumple también un rol en la efectividad del ordenamiento jurídico, pues una de las manifestaciones de dicho principio es precisamente el otorgar una efectiva protección a las situaciones jurídicas de los particulares. La trascendencia de esta necesidad a decir, de lograr una protección efectiva de las situaciones jurídicas de los particulares está en la base misma de un Estado constitucional y está en el mismo fundamento de un estado democrático, por ello, el propio ordenamiento reconoce en los particulares como uno de sus derechos más esenciales y fundamentales, el contar con una tutela jurisdiccional efectiva (Priori, 2003, p.63)

La efectivización de la decisión que concede la tutela anticipada mediante cognición sumaria depende de la naturaleza del derecho material que es objeto de ella. Teniendo en cuenta las necesidades de adherencia de la técnica procesal de efectivización de la decisión a la

tutela del derecho, la doctrina destaca la necesidad de reconocerse allí la mayor plasticidad posible (Mitidiero, 2011, p. 105)

En ese sentido, Marinoni (2000, p.177), señaló: “Pero era necesaria la sistematización de las formas de tutela sumaria. Tal sistematización fue resultado de la manifestación de la técnica procesal al servicio de los ideales de la efectividad del proceso y, por tanto de efectivo acceso al orden jurídico justo”

En tal contexto, una de las primeras exigencias que satisface la tutela sumaria es la adecuada y oportuna protección de los derechos materiales que se someten a ella, adaptándose a sus necesidades y evitando su lesión o amenaza de lesión; sin embargo, esta primera exigencia no encuentra aplicación en el marco de nuestro sistema judicial, cuando la actividad probatoria es innecesaria y genera distorsión en la protección del derecho material que se busca tutelar.

En tal sentido, la tutela sumaria tiene como misión principal la efectiva, adecuada y oportuna protección de los derechos materiales de las personas, razón por la que los jueces no deben perder de vista que cuando se acude a un proceso de cognición sumaria, debe actuarse en éste la simplicidad en la cognición probatoria, generando una solución pronta y eficaz para la parte a la que le asiste la razón, luego de haberse determinado la vulneración o amenaza de vulneración de la situación jurídica invocada por ella.

Cabe precisar que los elementos estructurales del derecho procesal (acción, jurisdicción y proceso) se configuran a través del sistema de tutela

jurisdiccional, siendo un medio para que la sociedad funcione; razón por la que el procesalista debe dejar de defender un determinado diseño procesal y un específico sistema de justicia si éste no es validado en la realidad, siendo incoherente con la estructura social, política o económica del Estado que lo adopta. Sumaria (2009)

b) Economía de los juicios

Otra de las exigencias que atiende la tutela sumaria es la de evitar costos altos e innecesarios en los procesos, lo que en consecuencia, genera a su vez, mayor accesibilidad, simplicidad y menor tiempo y dinero para los justiciables, principalmente para los que cuentan con mínimos recursos económicos; teniendo en cuenta además que la controversia propuesta al órgano jurisdiccional se caracteriza por una menor exigencia probatoria y nivel de cognición.

Sin embargo, en muchos casos los derechos materiales no encuentran adecuada ni oportuna protección, en razón a que la efectividad de la tutela se encuentra obstruida por el transcurso innecesario del tiempo, generando la lesión de dichos derechos, afectando de esta manera el derecho a un plazo razonable en la solución de las controversias de tutela sumaria, conforme lo grafica la doctrina.

Las normas de Derecho sustancial, es decir, aquellas que proveen al sujeto de una pauta de conducta determinada (normas primarias en la terminología de Hart) son creadas en la expectativa optimista (exageradamente optimista diríamos) de que van a ser cumplidas

espontáneamente. La realidad se encarga muy pronto de demostrar que el emparentamiento del fenómeno jurídico con su entorno social e histórico es tan intenso, que los incumplimientos jurídicos son sólo la punta del iceberg de una sociedad convulsionada, que adolece de desigualdades y otras falencias sociales, al punto de que dentro de una sociedad no es complicado establecer una relación directamente proporcional entre la demanda del servicio de justicia y los conflictos sociales que aquélla padece.

(...)

Y aquí aparece el drama de la función jurisdiccional con toda claridad: mientras el incumplimiento por parte de un sujeto de la norma primaria es inmediato, la eficacia sustitutiva de la jurisdicción es mediata, en tanto requiere el transcurso de cierto lapso dentro del cual es imprescindible realizar alguna clase especializada de actividad. (Monroy, 2015, p.166)

Proto (2011) explica que en los casos que se plantea un derecho disponible para las partes y respecto al que se encuentre ausente una contradicción efectiva, el costo del proceso de cognición plena es altísimo; por ello considera la existencia de técnicas empleadas por el legislador para evitar los costos altos en este tipo de procesos, tales como la técnica de los títulos ejecutivos de formación extrajudicial, el procedimiento monitorio y, en caso de procesos que versen sobre derechos disponibles.

Para Chiarlioni (1975) citado por Sumaria (2013, p.230):

La vinculación entre la ideología de la “ordinariedad” con las exigencias de los grupos dominantes, mientras que las formas abreviadas y sumarias de los procedimientos atienden a las aspiraciones de los estratos sociales en la lucha por la participación en el poder, como ejemplos para confirmar este modo de ver las cosas, recordamos, por un lado, la sumarización del proceso del bajo Medioevo a través de la creación de tipos nuevos y especiales por materias comerciales y, del otro, la nueva disciplina del proceso del trabajo apenas aprobada por el Parlamento italiano, gracias a las presiones y a las exigencias de reforma de las clases trabajadora y sus organizaciones.

Asimismo, para Cappelletti (1972) citado por Sumaria (2013, p.231):

El procedimiento ordinario corresponde a las preferencias ideológicas y a las exigencias materiales de los grupos ya firmemente consolidados en el poder, mientras que los procedimientos especiales más “simples, accesibles, rápidos, económicos, sustraídos de las cavilaciones y maniobras fatigosas”, corresponden a las exigencias de “estratos sociales o grupos de presión relativamente nuevos, pero lo suficientemente aguerridos como para estar en posibilidad de imponer su propia voluntad a nivel tanto del derecho sustancial como del derecho judicial.

En tal contexto, los juicios sumarios satisfacen la necesidad de las personas con menor economía, de acceder al servicio de justicia para solucionar las controversias jurídicas en torno a sus derechos materiales que consideran han

sido vulnerados o amenazados de lesión, lo que no permite la tutela ordinaria, pues en ésta la inversión de tiempo y de dinero es mayor por la rigurosidad formal de los procesos, siendo éstos más largos, lentos y con un mayor despliegue de actividad procesal.

c) Evita el abuso del derecho de defensa

Finalmente, puede acudirse a la tutela sumaria con la finalidad de evitar la defensa dilatoria del demandado en el marco de un proceso de cognición plena, en el que hay mayores actos procesales y mayores plazos en su desarrollo, así como mayor es la cognición de la controversia; ello, en perjuicio del demandante quien ha logrado poner en evidencia la existencia de su derecho, frente a la alegación sin sustento o débil del demandado, que solo se está dedicando a postergar innecesariamente la solución del caso concreto.

Proto (2011), ha señalado: “La segunda exigencia que pueda justificar el recurso a la tutela sumaria y en la que históricamente se la ha justificado es que el demandado pueda utilizar los institutos previstos por el proceso de cognición plena con finalidades meramente dilatorias”

La gestión y la distribución del tiempo mientras se examina cómo hacer la justicia forma parte de lo “justo”. La gestión del tiempo y su adecuada distribución entre las partes y el juez permite una mejor planificación y previsibilidad. La justicia civil “acelerada” en cualesquiera de las manifestaciones que se vio en relación con lo sumario como

procedimiento simplificado o nivel del conocimiento judicial aminorado tiene su lugar ganado en la tutela adecuada de los derechos (Pérez, 2017, p. 173)

En tal sentido, a través de la tutela sumaria se puede desterrar el ejercicio abusivo del derecho de defensa del demandado, a quien este tipo de tutela le da posibilidad de formular su oposición en función a material probatorio específico y pertinente para poder rebatir la posición de la parte demandante, caso contrario, sus alegaciones carecerán de fundabilidad y, en consecuencia el órgano jurisdiccional resolverá la controversia judicial sobre la base de la verosimilitud del derecho alegado por el demandante, generando un proceso justo.

2.1.3 TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO A LA PRUEBA

El derecho a la prueba y su ejercicio en el marco de la actividad probatoria del proceso civil constituye una de las categorías de estudio importantes para el desarrollo de la presente investigación, si se tiene presente que el problema general planteado en la presente investigación está relacionada a la omisión de restringir la actividad probatoria a acreditar un hecho concreto en los procesos de desalojo por ocupación precaria.

En tal sentido, a continuación explicaremos el concepto del derecho a la prueba, su naturaleza jurídica, el contenido esencial de este derecho y los principios que delimitan la actividad probatoria, tomando en cuenta lo establecido por nuestro

ordenamiento jurídico procesal y lo desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia.

2.1.3.1. CONCEPTO DEL DERECHO A LA PRUEBA

El derecho a probar es un derecho subjetivo, por lo que se convierte en un poder de los justiciables el ofrecer los medios probatorios que considere pertinentes y que el Juez los admita, los actúe y los valore adecuadamente. Siendo un derecho de los justiciables y, de naturaleza constitucional, los jueces tienen el deber de actuar de manera flexible para que la prueba sea factible y útil en el esclarecimiento de los hechos planteados por las partes que constituyen verdaderas hipótesis que deben ser demostradas en el desarrollo del proceso (Morales, 2013, p. 261)

Desde la sentencia recaída en el Expediente N° 010–2002–AI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución. Más adelante se señaló que existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa (Sentencia N° 6712–2005–HC/TC). Posteriormente, se dijo que el derecho a probar es un componente elemental del derecho al debido

proceso que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen (Sentencia N° 5068–2006–PHC/TC). Finalmente, se ha destacado que una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos (Sentencia N° 1014–2007–PHC/TC) (Talavera, 2008, p.208)

Este mismo autor (Talavera, 2008, p.208), citando la Sentencia dictada en el Expediente N° 1014-2007-PHC/TC, señaló que el derecho a la prueba es derecho fundamental que tiene una doble dimensión: subjetiva y objetiva. La primera implica que las partes o un tercero tienen el derecho de producir la prueba y en su segunda dimensión, el deber del juez de solicitar, actuar y dar mérito a los medios de prueba en la sentencia.

Vassalli (1994), citado por Ariano (2003, p.177), sostiene que: El derecho a la prueba no es sino el “derecho de defenderse probando”.

El concebir el probar como derecho es reciente. Ha sido, en gran parte, la obra lenta, laboriosa, tenaz –aunque a veces vacilante- de la jurisprudencia constitucional europea, así como de aquella doctrina que abandonando los placeres de la visión dogmática del proceso, se adentró en la individualización de las garantías mínimas que cualquier proceso debe reunir para ser considerado un auténtico proceso, cual instrumento

de tutela de nuestros derechos y se empeñó laboriosamente a la configuración de un modelo universal de garantía constitucional del proceso, entre cuyos componentes sobresale el derecho a la prueba.

La labor de la Corte Constitucional italiana ha sido decisiva en el reconocimiento y configuración del derecho a la prueba, cual esencial expresión del derecho de acción y de defensa garantizado por el artículo 24 de la Constitución italiana (...) Para la jurisprudencia constitucional alemana el derecho a la prueba deriva del derecho del ciudadano a obtener justicia (Justizgewährungsanspruch), la que a su vez deriva de la prohibición de autotutela (Verbot der Selbstjustiz) (Ariano, 2003, p.170)

En tal sentido, Pico I Junoy (1996), citado por Ariano (2003, p.176), ha señalado:

El derecho a la prueba aparece recogido por primera vez en el constitucionalismo español en la actual Carta Magna de 1.978. Los Textos Fundamentales históricos contienen referencias a otros derechos de naturaleza procesal, como el derecho al proceso debido, al juez natural o legal o a la defensa, omitiendo toda alusión al derecho objeto de análisis. Lo mismo sucede con los textos constitucionales de nuestro entorno jurídico-cultural, como la Constitución Italiana de 1947, la Ley Federal de Bonn de 1949, o las recientes constituciones portuguesa de 1976, y andorrana de 1993.

Por ello, el artículo 24³ (en concreto en su segundo apartado) que consagra el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, constituye en el constitucionalismo europeo (y podemos decir, universal, pues, ninguna convención o declaración universal o regional de derechos humanos ha explícitamente consagrado el derecho a la prueba, sino tan solo “el derecho a ser oído”) un caso único de positivización de nuestro derecho, consagrándolo en forma inequívoca como una garantía básica del proceso, a la par de constituir canon hermenéutico para la determinación de la legitimidad constitucional de las normas probatorias existentes en el ordenamiento procesal. (Ariano, 2003, p.176)

El Derecho a la prueba surge, respecto del ya mentado cometido funcional – consistente en llevar a cabo la llamada función jurisdiccional-, regulándolo jurídicamente y, desde esa perspectiva, se sitúa no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo, como una sistema de garantías procesales, que posibilita la rotunda aplicación del artículo 24 de la Constitución, en orden a lograr la tutela judicial efectiva y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia en modo tal que, cuando el Derecho de la prueba hace posible el ejercicio de la función jurisdiccional, consistente en el derecho de todos “a utilizar los medios de prueba pertinentes para

³ Esta norma se encuentra contenida en la Constitución Española y señala en su numeral 2: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, **a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa**, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia” (el énfasis me corresponde)

su defensa” (art. 24.2 de la Constitución española. Por su parte, el artículo 139.3. de la Constitución peruana aclama: “son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...))”, se está primando el sistema de garantías procesales que contiene. No su instrumentalidad acrítica, atemporal y mecanicista. (Lorca, 2013, p.274)

Como lo hemos manifestado anteriormente, en el Fundamento 148 de la Sentencia dictada en el Expediente N° 010-2002-AI, el Colegiado del Tribunal Constitucional peruano ha señalado: “En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú”

Nuestro Código Procesal Civil no regula el concepto del derecho a la prueba, sino que el Capítulo I (Disposiciones Generales) del Título III (Medios Probatorios) de la Sección Tercera (Actividad Procesal) de la citada norma, regula en su artículo 188, la finalidad de los medios de prueba, indicando que: “Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”.

Entonces, como se advierte el derecho a la prueba es un derecho de carácter subjetivo que se encuentra reconocido implícitamente en nuestra Constitución,

como componente del derecho al debido proceso del que son titulares todas las personas, de allí su carácter fundamental, conforme lo veremos a continuación.

2.1.3.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PRUEBA

Bustamante (1997, p.177) haciendo referencia al derecho a probar mencionó que es “una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva –lo que asegura su aplicación en todos los órganos jurisdiccionales- y del derecho al debido proceso aplicable a todos los procesos judiciales como a los procedimientos administrativos, particulares, arbitrales y militares”

En tal sentido, el autor antes citado concluye que el derecho a probar es un derecho que comparte el carácter del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del debido proceso, al ser una manifestación de estos dos derechos fundamentales.

Asimismo, Ariano (2003), citada por Fajardo (2019, p.164), señala que:

El probar no sólo deber ser visto como una carga, sino, también y principalmente, como un derecho, pues existe un derecho a la prueba.

En este sentido, Fajardo (2019, p.164) concluye: “Debe observarse que por tratarse el derecho a probar de un derecho fundamental, éste goza de todos los atributos y características propios de los derechos de esta categoría, lo cual incluye el derecho a la efectividad”

Se trata de un derecho fundamental que tiene todo sujeto de derecho que participa de un proceso, a que el Juzgador le admita, actúe y valore, adecuadamente, sus medios probatorios. Es un derecho de naturaleza constitucional que, en nuestro medio, está comprendido dentro del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

(...)

Es un derecho fundamental porque es indispensable para que el juez emita un pronunciamiento definitivo justo. El valor justicia está latente en toda preocupación en la solución de los conflictos. (Morales, 2013, p.261)

De lo recogido por la doctrina, se tiene que la naturaleza jurídica del derecho a la prueba o del derecho a probar es una de carácter constitucional, al tratarse de un derecho fundamental componente del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, que en término final garantiza el logro de un proceso justo para las partes y para el propio sistema de justicia.

2.1.3.3. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PRUEBA

Como se ha advertido, el derecho a la prueba o el derecho a probar es un derecho subjetivo de carácter fundamental y complejo, toda vez que se halla en su composición un grupo de derechos que permiten materializar su ejercicio, conforme detallaremos a continuación.

El derecho a probar no tiene un carácter ilimitado o absoluto, su contenido esencial –aquél que constituye su núcleo básico irreductible, sin el cual el derecho se desnaturaliza o pierde sentido- se encuentra delimitado por una serie de principios que inspiran el debido proceso y por otros preceptos constitucionales con los que guarda relaciones de coordinación en el ordenamiento jurídico. La importancia de determinar este contenido radica en que al hacerlo, los órganos del Estado y los operadores del derecho en general, estarán en condiciones de evitar aquellas conductas que atenten contra él, y, por otro lado, se podrá fijar con claridad qué regulaciones legislativas son permisibles a fin de que no lo desnaturalicen al afectar su contenido básico. (Bustamante, 1997, p. 178)

Bustamante (1997, p.178) mencionó: “el derecho a probar tiene como contenido esencial el derecho a que se admitan, actúen y valoren los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales, legitimados para ello, conforme a los principios que lo inspiran y lo delimitan”

En sentido similar, Morales (2013) explica los aspectos secuenciales que componen el derecho a la prueba: a) Derecho a ofrecer medios probatorios, b) Derecho a la admisión de los medios probatorios, c) Derecho a que se actúen los medios probatorios y, d) Derecho a que sean debidamente valorados los medios probatorios.

De la misma forma, en la STC Exp. N° 01557-2012-PHC/TC, el tribunal ha delimitado el contenido del derecho a la prueba: “(...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (Cfr. STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, fundamento 15). Asimismo, este tribunal ha considerado que se vulnera el derecho a probar cuando habiéndose dispuesto en el propio proceso la actuación o incorporación de determinado medio probatorio, ello no es llevado a cabo (cfr. Exp. N° 6075-2005-PHC/TC). No obstante el criterio referido, este colegiado advierte que si bien dicha omisión resulta prima facie atentatoria del debido proceso, puede darse el caso de que el medio probatorio no tenga una relevancia tal que amerite la anulación de lo actuado, en atención, por ejemplo, a la valoración de otros medios de prueba, lo que no es más que una manifestación del principio de trascendencia que informa la nulidad procesal. (Ledezma, 2017, p.13)

Ferrer (2003), citado por Alfaro (2019, p.101), sostiene que:

Los elementos definitorios del derecho a la prueba son los siguientes: 1) el derecho a utilizar todas las pruebas que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; 2) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; 3) el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas; y, 4) la obligación de motivar las decisiones judiciales.

En tal contexto, el derecho a la prueba está conformado por los siguientes derechos:

a) Derecho a ofrecer los medios de prueba

Para Morales (2013, p.264) “es el primer contenido esencial del derecho a la prueba (...) las partes que intervienen en un proceso y los terceros legitimados, tienen el derecho de ofrecer los medios probatorios que consideren pertinentes para acreditar los hechos que constituyen sus hipótesis”

Una referencia adicional es lo dispuesto por la Resolución del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 05291-2009-PA/TC, donde ha señalado que: “el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor (...) Constituye un derecho básico de los

justiciables producir prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa (Ledesma, 2017, p.14)

El derecho a ofrecer medios de prueba ha sido concebido por la doctrina también como una carga que corresponde al interés de las partes, llegándose incluso a cuestionar la iniciativa probatoria del juez del proceso.

Hasta allí todo el problema corresponde a las partes probar sus afirmaciones ofreciendo los medios de prueba tendientes a demostrarle al juez la veracidad de las mismas, a fin de provocar ese estado de certidumbre que le permitirá resolver. Sin embargo, hoy se ha producido un vuelco fundamental en esta visión neutral del problema probatorio. Si bien resulta indiscutible que el probar para las partes constituye una carga, y justamente porque constituye una carga, se les debe permitir el liberarse de ella aportando al proceso no solo los hechos, sino todos aquellos medios probatorios que pueden servir para demostrar sus afirmaciones, vale decir, que el probar no sólo debe ser visto como una carga, sino, también y principalmente, como un derecho, pues existe un derecho a la prueba. (Ariano, 2003, p.169)

Así, el juez no debe conformarse con la “verdad” aportada por las partes y la que se desprende de sus actividades (o inactividades), sino que además, disponiendo de pruebas de oficio, debe buscar la verdad real o material. Con esta lógica, únicamente después de todo ello el juez podrá

aplicar las consecuencias inherentes de la denominada carga de la prueba.
(Fajardo, 2019, p.165)

Según los artículos 425.9 y 442.5 del Código Procesal Civil peruano, la oportunidad para ofrecer los medios probatorios de las partes demandante y demandado es cuando se presenta la demanda o la contestación, respectivamente; sin embargo, existen excepciones a estas normas cuando se traten de medios probatorios extemporáneos, según el artículo 429 de la citada norma procesal.

b) Derecho a que los medios de prueba ofrecidos sean admitidos

Luego del ofrecimiento de los medios de prueba, el juez debe admitir los medios probatorios, debiendo realizar un análisis de su pertinencia, conducencia, utilidad y licitud, una vez establecido el objeto de discusión que será resuelto en el proceso.

Si bien el derecho a la prueba es considerando como un derecho fundamental, y las partes deben tener la oportunidad de ofrecer los medios probatorios que consideren pertinentes, este derecho no es absoluto, tiene limitaciones, en función a los principios procesales que rigen el tema probatorio, y el encargado de aplicarlos es el Juez. En otras palabras, el juez no debe admitir necesariamente todos los medios probatorios ofrecidos por las partes, porque éstos estarán limitados por

los principios de preclusión, pertinencia, licitud, etc. (Morales, 2013, p.266)

Bustamante (1997, p.179), considera que: “el derecho a probar implica en primer lugar, que el juzgador admita los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales legitimados para ello, en conformidad con los principios procesales que delimitan su contenido”.

Estos principios a los que hace referencia son: i) Principio de eventualidad o preclusión en materia probatoria, ii) Principio de pertinencia de los medios probatorios, iii) Principio de idoneidad o conducencia de los medios probatorios, iv) Principio de utilidad de los medios probatorios y, v) Principio de licitud de los medios probatorios, los mismos que serán desarrollados más adelante.

En nuestro ordenamiento procesal civil, la admisión de los medios de prueba ofrecidos por las partes se realiza en el proceso de conocimiento en el auto que fija los puntos controvertidos (artículo 468 del Código Procesal Civil) y, en el proceso abreviado y sumarísimo, en la audiencia de pruebas y única, respectivamente, según los artículos 491.9 y 554 del Código Procesal Civil.

En tal sentido, las partes tienen el derecho a que los medios de prueba ofrecidos en los actos postulatorios del proceso o, inclusive, después de ellos, sean admitidos, pero para ello, deberá evaluarse si dichos medios de prueba permitirán cumplir con la finalidad de generar convicción en el juez para resolver un caso en concreto, caso contrario este derecho se verá limitado por la

decisión judicial, sin necesidad de que dicha limitación implique la afectación del derecho de probar de los justiciables.

c) Derecho a la actuación de los medios de prueba admitidos

Otro aspecto que compone el derecho a la prueba es la actuación de los medios de prueba admitidos en el proceso, la misma que se realizará dependiendo del medio de prueba ofrecido por las partes (documentales, declaraciones de parte, declaraciones de testigos, pericias, inspección judicial, entre otros).

Para Bustamante (1997, p. 182) “de no actuarse un medio de prueba válidamente admitido, produciéndose agravio a alguna de las partes, el derecho a probar se vería afectado”

Con relación al modo y oportunidad de actuación de los medios de prueba ofrecidos por las partes, la doctrina ha establecido lo siguiente:

La primera regla es la prelación para la actuación de los medios de prueba. Se inicia con la inspección judicial, denominada también examen o reconocimiento judicial y termina con la declaración de las partes.

(...)

La segunda regla que impone el debate probatorio es: “cuando los mismos medios probatorios hayan sido ofrecidos por ambas partes, se actuarán primero los del demandante”. Caso contrario, en la declaración de las partes, se empieza por la del demandado.

La tercera regla considera –a pesar de lo regulado en la primera parte del artículo 203- que el diligenciamiento de los medios probatorios puede realizarse en el lugar de la inspección judicial, siempre y cuando el juez lo estime pertinente. Opera aquí la concentración de diversos medios de prueba a practicarse conjuntamente con la inspección judicial; y ello resulta coherente con lo dispuesto por el artículo 273 del CPC, cuando establece que a la inspección judicial acudirán los peritos y los testigos cuando el juez lo ordene.

El artículo 208 del CPC fija el siguiente orden para la actuación probatoria: inspección judicial, peritos, testigos, reconocimiento, y exhibición y declaración de parte. (Ledesma, 2017, p. 68)

En ese sentido, el derecho a la actuación de los medios de prueba ofrecidos y admitidos por el juez del proceso sería vulnerado en el supuesto de que el juez no actúe dichos medios de prueba, generando la nulidad de la sentencia dictada sin considerar la actuación de los mismos.

El Tribunal Constitucional español ha señalado claramente lo siguiente: “si el órgano jurisdiccional estima pertinente y admite la práctica de un determinado medio probatorio y la parte insta a su ejecución, se vulnera el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa si el órgano judicial deja de disponer la ejecución del medio probatorio sin causa legítima que lo justifique (...) el órgano judicial pudo, sin menoscabo del derecho invocado, declarar la prueba inadmisibles, considerando su impertinencia; pudo, asimismo, valorar la misma

motivadamente con libertad de apreciación en el caso de admitirla y practicarla; pero, no puede, en el respeto a las exigencias que se derivan del artículo 24 CE, declararla primero pertinente, para no practicarla después y, sin embargo, razonar en la decisión que aquellos extremos, a cuya acreditación se dirigía dicha prueba, no han resultado demostrados en el curso del proceso, que es, en fin lo acontecido en este supuesto. Ello implica la lesión del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa que consagra el artículo 24.2 CE. (Morales, 2013, p.268)

d) Derecho a la valoración de los medios probatorios admitidos y actuados

La valoración de los medios de prueba admitidos y actuados en el proceso, se efectúa al momento de dictarse la sentencia, la misma que debe encontrarse debidamente motivada, con el fin de que las partes conozcan cómo han sido valorados los medios de prueba pertinentes para la resolución del caso.

Pero, tampoco el derecho a la prueba se agota en la admisión y práctica de los medios probatorios. Se tiene, además, derecho a la valoración de la prueba. “Desde el punto de vista de la finalidad al cual está orientado – señala TARUFFO-, el derecho a la prueba puede ser definido como el derecho a las partes a influenciar sobre la fijación judicial de los hechos por medio de todas las pruebas relevantes, directas y contrarias, de las cuales disponen. Es evidente, en efecto, que también cuando se

reconociera completamente el derecho de las partes de deducir y hacer admitir todas las pruebas relevantes, se trataría de una garantía ilusoria y meramente ritualista cuando no estuviera asegurado el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en sede de decisión” (Ariano, 2003, p.196)

En esa línea de razonamiento, Morales (2013, p.268), respecto a la valoración de los medios de prueba, mencionó: “Este es el momento cúlpe del derecho a la prueba. El juez de acuerdo al sistema de valoración de la prueba (...) debe apreciar los medios probatorios desarrollados en el proceso de manera crítica; su apreciación debe ser razonada, para poder justificar su decisión”

Para Nieva Fenoll (2010), citado por Segura (2013, p.413), la definición de la valoración de la prueba consiste en “la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”

Siguiendo al mismo autor, diremos que la valoración es una actividad que se realiza mientras se interpreta, se aprecia o se fija la prueba (...) No veo que las categorías diferenciadoras –como: interpretación y valoración o fijación y valoración- aporten mucho a su aplicación, pero sí a su entendimiento. Lo que quiero decir que en teoría puede ser esclarecedor identificar una categoría general: “la apreciación” y dentro de la interpretación y la valoración según postula Montero Aroca, o interpretación y valoración según Calamandrei, o fijación y valoración para Sentís Melendo. En el plano operativo y práctico estas categorías

desaparecen, se convierten en una, o no se sabe desde cuándo empiezan o concluyen unas, para pasar a otra. Por cierto, podemos afirmar que la operación mental es compleja y el error es tratar de poner orden desde afuera, razón por la cual hasta ahora esto no ha tenido un buen puerto, ello en alusión a las críticas que tiene nuestro sistema cuando intenta explicar el resultado de la valoración. (Segura, 2013, p.413)

Por apreciación o valoración de la prueba se entiende el proceso por el cual el juez califica el mérito de cada medio probatorio explicando en la sentencia el grado de convencimiento que ellas le han reportado para resolver la causa. El legislador ha optado por imponer al juez, la obligación de valorar en forma conjunta y razonada todos los medios de prueba, dado que las pruebas en el proceso, sea cual fuere su naturaleza, están mezcladas formando una secuencia integral, siendo responsabilidad del juez reconstruir con base en los medios probatorios los hechos que den origen al conflicto, por tanto ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto (Ledesma, 2017, p.41)

En tal sentido, el derecho constitucional a probar, también está integrado por el derecho a la debida valoración de los medios de prueba actuados en el proceso, para tal fin, el juez, quien materializa este derecho de las partes, debe explicar el resultado del análisis de cada medio de prueba actuado en el proceso, su aporte al mismo y cómo ha generado la convicción en el magistrado para determinar

una concreta solución al caso planteado, ello, en el marco de la obligación a motivar debidamente las resoluciones judiciales.

Adicionalmente a lo anterior, es importante considerar que el juez, para expresar los motivos de sus decisiones respecto a los medios de prueba aportados al proceso por iniciativa de las partes o de oficio, debe haber transitado por una actividad probatoria que se encuentra regulada por principios, los mismos que desarrollaremos a continuación.

2.1.3.4. PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

El resultado de la actividad probatoria tiene como premisa la comprensión de los principios que la rigen, desde su inicio hasta que concluye dicha actividad.

Dependiendo de las etapas que integran dicha actividad probatoria, así como de lo regulado por nuestro ordenamiento procesal civil, se realizará el desarrollo de cada uno de los principios, para poder entender su utilidad en la aplicación material en la misma, en tal sentido, consideraremos los siguientes: i) Principio de eventualidad o preclusión en materia probatoria, ii) Principio de pertinencia de los medios de prueba, iii) Principio de idoneidad y conducencia de los medios probatorios, iv) Principio de utilidad de los medios de prueba, v) Principio de licitud de los medios de prueba, vi) Principio de intermediación, vii) Principio de contradicción de los medios probatorios y, viii) Principio de comunidad de la prueba.

i) Principio de eventualidad o preclusión en materia probatoria.

Para Bustamante (1997, p.179), “los medios probatorios deben ser ofrecidos dentro del plazo señalado por la norma jurídica, generalmente en los actos postulatorios, extinguiéndose toda posibilidad de exigir su admisión al proceso si no han sido ofrecidos en la oportunidad debida”

Para Morales (2013, p.265), “se ha cuestionado la referida legislación⁴ como sumamente rígida, toda vez que el derecho de las partes precluye con la presentación de la demanda y la contestación de la misma respectivamente”

Este cuestionamiento encuentra su desarrollo precisamente en la doctrina, que al desarrollar las preclusiones establecidas en el Código Procesal Civil de 1993, se han considerado contraproducentes a la lógica del proceso civil.

El demandante tiene la carga de alegar sus hechos históricos de la demanda y de ofrecer sus medios probatorios; el demandado tiene la carga de tomar expresa posición frente a esos hechos, de alegar sus propios hechos y de ofrecer sus pruebas en la contestación de la demanda. Si así no lo hacen se exponen a las consecuencias negativas por la no liberación de sus respectivas cargas: nunca más podrá el demandante alegar los hechos que silenció y nunca más podrá ofrecer las relativas pruebas; el demandado no podrá ya nunca pronunciarse sobre

⁴ Se refiere a nuestra legislación peruana.

los hechos alegados por el demandante (y es más el juez los podrá considerar verdaderos), nunca más podrá alegar sus hechos impeditivos, modificativos y extintivos y nunca más podrá ofrecer las relativas pruebas. Si el proceso es un conjunto de cargas y las partes no adecuan su comportamiento a su propio interés, pues mala suerte, sufrirán las consecuencias negativas. ¿Todo bien? ¿Las preclusiones así establecidas para las partes responden a la lógica del proceso? Pues no creo. (Ariano, 2009, p.299)

En esta línea de análisis, Alsina (1951), citado por Bustamante (1997, p. 179), sostiene que:

Si la justicia del fallo únicamente puede asegurarse permitiéndose a las partes aportar un material de conocimiento lo más completo posible y sin las limitaciones que la ley impone en cuanto a la oportunidad de ofrecer ese material se fundan solamente en razones de carácter práctico, el juez debe aplicar criterio amplio para resolver sobre la admisibilidad de los hechos que se aleguen como nuevos y, que en consecuencia, cuando se discuta si han sido conocidos anteriormente, si tienen o no relación con la cuestión que se ventila, si importan o no la variación de la Litis, si de ellos puede o no deducirse una nueva pretensión, debe estarse en favor de su admisibilidad, porque como dice Caravantes, por sobre las sutilezas del procedimiento está la función sagrada del juez de administrar justicia dando a cada uno lo suyo.

En tal sentido, si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico procesal ha establecido las oportunidades en las que debe ofrecerse los medios de prueba del demandante y del demandado, evitando la posibilidad de aportar medios de prueba a lo largo de todo el proceso; sin embargo, el juez debe evaluar las razones de la admisibilidad de los medios de prueba que no hayan sido ofrecidos en dichas oportunidades, prefiriendo aproximarse lo más que se pueda a la realidad de los hechos que anteceden al proceso judicial, para emitir una sentencia justa.

ii) Principio de pertinencia de los medios de prueba.

Los medios de prueba ofrecidos por las partes, para ser admitidos, deben ser pertinentes para que su aporte probatorio sea de utilidad para resolver el caso planteado en el escenario judicial; en tal sentido, la pertinencia de los medios de prueba limita la actividad probatoria que se desarrolla en dicho proceso.

Para Bustamante (1997, p.180), “Este principio exige que los medios probatorios ofrecidos guarden una relación lógico – jurídica con los hechos que sustentan la pretensión o la defensa, de lo contrario, no deben ser admitidos en el proceso o procedimiento”

El medio probatorio debe guardar relación con los hechos que constituyen el fundamento de la pretensión ejercitada (causa petendi). Esta relación puede ser directa (el medio probatorio está destinado a acreditar el hecho constitutivo del derecho, del cual se pretende extraer

una determinada consecuencia jurídica (materializada en la pretensión) o indirecta (el medio probatorio acreditaría no directamente el hecho constitutivo del derecho, sino otro hecho, y a través de una inferencia se llegaría a la certidumbre del hecho constitutivo del derecho –caso de la denominada prueba indiciaria- o bien de una deducción se llegaría a la certidumbre de un hecho desconocido –caso de las presunciones). En suma, la pertinencia de un medio probatorio está determinada por lo que se pretende acreditar con tal medio, y aquello que se pretende acreditar es el denominado “tema de la Prueba” (tema probandum), es decir, aquel conjunto de hechos concretos que constituyen en un concreto proceso “objeto de prueba”. (Ariano, 2003, p. 182)

Entonces, como se advierte, no todos los medios de prueba deben ser admitidos por el juez del proceso, sino únicamente los que guardan pertinencia con el objeto de discusión del proceso, en tal sentido, el derecho a probar también se encuentra válidamente limitado por este Principio.

iii) Principio de idoneidad y conducencia de los medios probatorios.

El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho. (Ledesma, 2017, p.18)

Para un sector de la doctrina, la exigencia de la pertinencia de los medios de prueba podría afectar el derecho a la prueba de las partes, dependiendo del criterio que el juez adopte al momento de realizar el saneamiento probatorio.

Al hablar de los límites lícitos al derecho a la prueba señalamos que el primer límite era la pertinencia (o relevancia) de la prueba-medio. Las partes ofrecen sus pruebas, pero es el juez quien las admite, y las admite en primer lugar en razón de su pertinencia con el objeto del proceso. En nuestro Código la situación está prevista en el artículo 190 y en concreto la admisión de las pruebas ofrecidas en los actos postulatorios de las partes se realiza en la Audiencia de Conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio (o en la audiencia única del proceso denominado sumarísimo). Este es el momento central en donde, por obra del juez, el derecho a la prueba de las partes puede encontrar su consagración o su violación (...) Por un lado, puede ser el momento que el juez deseche algún criterio restrictivo, limitativo o prohibitivo establecido en la ley respecto de tal o cual prueba, admitiendo las pruebas pese a esos criterios establecidos apriorísticamente por la ley. Pero, por el otro, puede ser también el momento de la “arbitrariedad” con la no admisión de los medios probatorios, por considerarlos impertinentes o aplicando los criterios restrictivos de la ley. (Ariano, 2003, p.195)

Las normas limitativas del derecho a probar sólo serán válidas en tanto resulten justificadas por la necesidad de salvaguardar otro derecho fundamental, un valor constitucional o un bien constitucionalmente

protegido, como por ejemplo los principios de celeridad y economía procesal que también informan el debido proceso (de no exigirse la idoneidad en los medios probatorios, los procesos especiales –como los sumarísimos y los ejecutivos- perderían su razón de ser pues la libertad de ofrecer cualquier tipo de medio probatorio los desnaturalizarían convirtiéndolos en la práctica en procesos de conocimiento u ordinarios, de un trámite y debate mucho más amplio) (Bustamante, 1997, p.180)

Este Principio es uno de los más importantes para la presente investigación, si se tiene en cuenta que la actividad probatoria debe restringirse en función al objeto de discusión del proceso en concreto.

iv) Principio de utilidad de los medios de prueba.

Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios

probatorios superfluos, bien porque se ha propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes (Ledesma, 2017, p.19)

En este contexto, nuestro Código Procesal Civil, en su artículo 190 establece supuestos de improcedencia de medios de prueba cuando éstos no se refieren a los hechos y a la costumbre, cuando ésta sustenta la pretensión, estableciendo otra limitación legal al derecho a probar; la norma contenida en este artículo ha sido objeto de cuestionamiento por la doctrina nacional, sin embargo, no es éste el escenario en el que se pueda realizar dicho desarrollo; por tanto, el Principio antes citado, entendemos, exige que los medios de prueba aporten información relevante al proceso, con la finalidad de formar convicción en el juzgador.

v) Principio de licitud de los medios de prueba.

Otra limitación establecida legalmente al derecho a la prueba se encuentra en el principio materia de desarrollo, el mismo que ha generado bastante discusión a nivel doctrinario y jurisprudencial.

Aroca (1998) citado por Ramírez (2005, p.1034), sostiene que:

“la licitud de la prueba se refiere a la manera en que las partes han obtenido las fuentes de prueba, que posteriormente serán introducidas al

proceso a través del medio de prueba más idóneo. Es ese mecanismo de obtención lo que determinará su utilización o no dentro del proceso”

El artículo 199 del Código Procesal Civil establece: “Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno”

Ante tal panorama normativo, nuestro Tribunal Constitucional ha tomado posición sobre el concepto, la naturaleza y las consecuencias de la prueba ilícita. Una postura muy importante si se tiene en cuenta que sus resoluciones son vinculantes para todos los jueces de la república, por mandato del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En efecto, en su sentencia del 27 de octubre de 2010, emitida en el Expediente N° 00655-2010-PHC/TC, nuestro Tribunal Constitucional señala: “[...] la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida (sic) en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que ese tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En ese sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud” (...) Nuestro Tribunal Constitucional califica a la prueba ilícita –

como se ha visto- como un derecho fundamental. Una calificación poco feliz porque confunde el derecho con la sanción prevista para su protección. (Bustamante, 2011, p.386)

Si la pertinencia (o relevancia) del medio probatorio constituye uno de los límites del derecho a la prueba, límite que tiene que ver con la técnica probatoria misma, el otro límite es el resultado de la influencia de los valores constitucionales: la licitud de la prueba. ¿Qué es una prueba ilícita? En síntesis prueba (medio de prueba) ilícito es el que "ofende a la dignidad humana", según la fórmula acuñada por los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas en el proyecto de Corrección de la Lec elaborado en 1974, vale decir, aquel que infringe (en su obtención preprocesal o en su práctica en el proceso) otro derecho fundamental, tan fundamental como el derecho a la prueba mismo, medio de prueba envenenado, como decía CAPPELLETTI, "por haber sido obtenido en desprecio de un derecho fundamental del hombre" (Ariano, 2003, p.184)

Entonces, como se advierte, la licitud es una de las exigencias que tanto las partes como el juez del proceso tendrá la posibilidad de evaluar, con la finalidad de evitar la vulneración de algún derecho fundamental de las personas en el marco de la actividad probatoria de un proceso judicial.

vi) Principio de inmediación de la actividad probatoria.

El primer párrafo del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil de 1993, establece: “Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión”

El principio de inmediación tiene por finalidad que todas las actuaciones del proceso se realicen ante el Juez, de modo que éste tenga contacto directo con los sujetos del proceso y con la actividad probatoria. La razón de este principio, sin duda, apunta a que el Juzgador logre tener un conocimiento cabal del drama humano que se encuentra detrás de la controversia sometida al proceso, a fin de colocarlo en condiciones de resolverla mediante una sentencia justa, entendiendo por tal a aquella decisión adoptada sobre la base de una convicción formada a partir de una valoración integral de los hechos probados y aplicando las consecuencias jurídicas que corresponden a las situaciones acreditadas. (Palacios, 2013, p.364)

Adicionalmente, el principio de inmediación guarda relación con la oralidad, toda vez que el contacto directo con las partes y con la actividad probatoria implica la exposición directa de la apreciación de los medios de prueba, generando mayor comprensión de la posición adoptada por cada una de las partes en el proceso y, en consecuencia brindando celeridad al desarrollo del

mismo; lo que no podría suceder si el canal de comunicación empleado fuera preponderantemente escrito.

En tal sentido, este principio facilita la concentración, celeridad y economía procesales, establecidos como principios generales del proceso civil.

vii) Principio de contradicción de los medios probatorios.

Este principio materializa el ejercicio del derecho constitucional de defensa del que son titulares todas las personas dentro de un proceso o procedimiento; en razón a que a través de la contradicción no solo pueden controlar la admisión, la actuación y valoración de los medios de prueba, sino también que pueden cuestionarlos a través de los mecanismos legales establecidos en nuestro ordenamiento procesal civil (cuestiones probatorias).

Para Gozaini (2002, p.43), “(...) en los términos tradicionales de lucha o controversia como se reconoce al proceso judicial, el derecho de defensa garantiza la legalidad del procedimiento cuando ambas partes tienen iguales posibilidades de alegación y réplica”

El principio de contradicción extiende su eficacia a la totalidad del proceso, pero en materia probatoria significa que el sujeto procesal contra quien se opone un determinado medio de prueba, debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho a contraprobar (...), es decir, la actuación

probatoria debe desarrollarse con conocimiento y audiencia de las partes.
(Bustamante, 1997, p.183)

El derecho a la prueba implica, además, el de poder “contradecir” la prueba contraria y, no sólo la contraria, sino además la dispuesta por el juez de oficio y de participar activamente en la producción probatoria, de tal forma que ambas partes encuentren, como dice COMOGLIO, “una posibilidad efectiva de influenciar, con las propias actividades de defensa, sobre la formación de la convicción judicial (y, en consecuencia, sobre el iter formativo) de la decisión jurisdiccional” (la denominada “paridad de armas”). Como bien señala TARUFFO “el derecho a la prueba implica el derecho a las partes al contradictorio sobre las pruebas, antes que éstas sean usadas en sede de decisión. En cuanto respecta a las pruebas dispuestas de oficio por el juez, ello significa: a) poder contestar la relevancia y la admisibilidad, b) participar en su producción; c) poder deducir pruebas contrarias; d) poder discutir la eficacia de las pruebas de oficio, antes de la decisión. (Ariano, 2003, p.180)

Como se advierte, el Principio de contradicción de los medios de prueba abre una gama de posibilidades de defensa para las partes durante el transcurso del proceso o procedimiento; sin embargo, la realidad de los tribunales de justicia pone en evidencia que este Principio se encuentra muy limitado en su aplicación, debido a que las partes en el proceso no lo hacen valer o, el juez del proceso no admite su ejercicio, generando muchas veces una limitación ilegítima al derecho a probar, en su versión a contradecir los medios de prueba aportados al proceso.

viii) Principio de comunidad de la prueba.

Para Ramírez (2005, p. 1031), “El principio de comunidad o adquisición de la prueba, tuvo su origen en el principio de adquisición procesal, nombre instaurado por Chiovenda, que se refiere a la unidad en cuanto a la actividad procesal, estableciéndola como común a las partes”

El principio de comunidad o adquisición de los medios de prueba señala que éstos pertenecen al proceso y no a quien los aporta, de ahí que no se puede pretender que sólo a éste beneficie, pues una vez aportados al proceso deben ser tenidos en cuenta para verificar la existencia o inexistencia del hecho que pretende probar, sea que resulte en beneficio del sujeto que la propuso o de la parte contraria que bien puede invocarla (Bustamante, 1997, p.183)

En suma, el principio de comunidad de los medios de prueba permite que toda la actividad probatoria sea útil a la solución justa del caso concreto, teniendo en cuenta que todos los medios de prueba que se hayan aportado al proceso servirán para formar convicción en el juzgador al momento de emitir la sentencia, al margen de quien fue la parte que aportó dicho medio de prueba, pues todos ellos ya le pertenecen al proceso y son comunes a las partes.

2.1.4 EL PROCESO DE DESALOJO POR OCUPACION PRECARIA

El proceso de desalojo es un instrumento judicial de protección de la situación de hecho de la posesión que ejercen las personas sobre un determinado bien inmueble.

Sin embargo, esta protección que brinda el proceso de desalojo no siempre ha sido técnicamente empleada por los operadores de justicia, sino que muchas veces se ha acudido a este proceso judicial para lograr declaraciones más complejas que no debieran ser acogidas en el marco de un proceso de cognición simplificada como es el desalojo, destinado a la verificación de un hecho concreto e inmediato como es la posesión y su restitución.

A continuación, desarrollaremos el proceso de desalojo en general y luego el proceso de desalojo por la causal de ocupación precaria en específico, que es aquel proceso en el que se ha enmarcado principalmente la presente investigación, anotando además cuál es la realidad del escenario actual de la concepción del precario en nuestra legislación, en la doctrina y jurisprudencia.

2.1.4.1. EL PROCESO DE DESALOJO

En primer lugar, es necesario considerar la concepción de proceso, desde la perspectiva de la doctrina procesal civil, para luego establecer el concepto del proceso de desalojo.

El proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizadas durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos (Monroy, 2007, p.229)

En ese sentido, el proceso se convierte en el escenario en el que el Estado Constitucional tiene como desafío optimizar de mejor modo todos los valores constitucionales que se encuentran en juego en el caso concreto. Priori (2009).

Adicionalmente, es necesario indicar que la doctrina actualmente concibe al proceso no solamente como un conjunto de actos que tienen como finalidad lograr solucionar el caso concreto que las personas plantean al órgano jurisdiccional, respetando todos los valores comprometidos en él, sino que también se trata de un derecho fundamental del que son titulares todas las personas, al que se ha denominado por la doctrina como el derecho al proceso justo.

El derecho al proceso justo constituye el principio fundamental para la organización del proceso en el Estado Constitucional. Es el modelo mínimo de actuación procesal del Estado e inclusive de los particulares en determinadas situaciones sustanciales. Su observancia es una condición necesaria e indispensable para la obtención de decisiones justas (Mitidiero, 2016, p.122)

El proceso judicial de desalojo es un mecanismo de protección de la posesión, que tiene por finalidad lograr su restitución; proceso que debe desarrollarse con pleno respeto de los derechos y valores constitucionales tanto de la parte demandante como demandada, sin que la decisión que se adopte en dicho proceso pueda vulnerarlos a través de una sentencia injusta.

La posesión es una situación de hecho que merece protección de parte del Estado, a través del Poder Judicial; si bien existen mecanismos extrajudiciales de defensa de la posesión, en la presente investigación se ha considerado los casos en los que interviene el Estado para solucionar problemas de despojo o perturbación de la posesión, a través de los interdictos y las acciones posesorias.

El artículo 921 del Código Civil establece: “Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él”

El tratamiento de la protección de la posesión ha generado muchas controversias, principalmente a nivel de la doctrina y jurisprudencia; de allí que en el presente trabajo de investigación nos enfocaremos en una de sus formas: la posesión mediata, para poder determinar el mecanismo de tutela que nuestro ordenamiento procesal civil ha regulado para ella.

Con razón, Bendersky (1961), citado por Ramírez (2017, p.615) ha sostenido que el fenómeno posesorio es el más grande tormento de la historia y de la doctrina.

Para Miquel (1995) citado por Gonzáles (2018, p.182):

La posesión se tutela por su valor social y económico, por sí mismo considerado, en tanto incentiva la gestión eficiente y sostenible de los bienes, con el fin de crear riqueza para el logro del bienestar individual y social, pero, adicionalmente, como fórmula de compromiso para mantener la paz social, hasta que el órgano institucional de justicia dictamine lo contrario.

El interdicto es el mecanismo por el cual se protege la sola posesión, sea para mantenerla (interdicto de retener) o para recuperarla luego del despojo (interdicto de recobrar). Aquí no interesa si el poseedor tiene derecho o no a la ocupación del bien, pues podría ocurrir que se trate de un poseedor ilegítimo, sin embargo, el hecho concreto es que el interdicto defiende la posesión, sin más. Pues bien, en esa misma línea se encuentra la acción posesoria, que solo puede proteger el hecho posesorio, y no los derechos reales. La pregunta queda subsistente: ¿cuál es la acción posesoria a que se refiere tal norma? Pareciera que la remisión lleva directamente al proceso de desalojo. (Gonzáles, 2018, p.184)

Entonces, como se advierte de la cita anterior, la acción posesoria tiene por finalidad proteger a la posesión como hecho y no a los derechos reales.

Sin embargo, la doctrina no es unánime respecto a esta posición, en razón a que también se sostiene que la acción posesoria protege el *ius possidendi*, es decir, el derecho a la posesión, a diferencia de los interdictos que protegen el hecho posesorio actual, anotándose además que en la acción posesoria debe protegerse el derecho por medio del título. Ramírez (2017)

En sentido similar al anterior, a diferencia de la protección que brinda los interdictos al hecho de la posesión, la acción posesoria tutelaría la posesión no como hecho propiamente sino aquella que tiene su origen en un título, debatiéndose, en este escenario, el mejor derecho de posesión de los litigantes. Cuadros (1994).

Ahora bien, es necesario establecer que la presente investigación considerará a la acción posesoria como un mecanismo de tutela de la posesión como situación fáctica propiamente y no del derecho real que contenga la posesión (tal como el derecho de propiedad, uso, superficie, etc.), debe resaltarse que dicha acción se puede activar como consecuencia de haberse perturbado o despojado de la posesión actual, sin entrar al análisis de algún derecho real.

En tal contexto, Gonzáles (2017, p.184) concluye: “En suma, es errónea la construcción teórica de una “acción posesoria” que tutela un derecho; pues, en tal caso, se trataría de acción real, y no posesoria”

Siendo esto así, el artículo 921 del Código Civil regula a la acción posesoria consistente en el proceso de desalojo como mecanismo judicial destinado a revertir las lesiones a la posesión, sin pronunciarse sobre la causa de la posesión, es decir, si ésta es legítima o ilegítima. Gonzáles (2017)

El proceso de desalojo es un mecanismo jurídico destinado a proteger las situaciones jurídicas en las que un poseedor (mediato) requiere la devolución del bien entregado en forma temporal a un poseedor (inmediato) (...) En tal sentido, y de acuerdo con la terminología posesoria de nuestro Código Civil, la restitución posesoria es una consecuencia que se produce en las relaciones entre poseedor mediano e inmediato, por tanto, el desalojo se convierte en el instrumento procesal de tutela de la posesión mediata y que, en otros ordenamientos jurídicos, con distintas categorías posesorias, se convierte en el medio de tutela de la posesión civil frente al tenedor (Gonzáles, 2018, p.210)

En tal sentido, Gonzáles (2018, p.215), concluye: “En resumen, el desalojo, por cualquier causa que fuese, incluyendo el precario, no protege la propiedad, sino la posesión (...) el desalojo es acción posesoria y sumaria, por lo que resulta incompatible con la reivindicatoria o con la tutela de dominio”

El Código de Enjuiciamientos Civiles de 1853, claramente inspirado en la legislación hispánica, estableció de manera específica el proceso de desahucio con el fin que el arrendador pueda lograr la restitución del bien

por parte del arrendatario (...) el Código de Procedimientos Civiles de 1911 siguió la legislación procesal española, de fines del siglo XIX, lo que implicó mantener el proceso de desahucio, aunque agregó uno nuevo, el llamado “aviso de despedida”, cuya finalidad era poner fin a los contratos de plazo indeterminado. En cualquier caso, ambos procesos resolvían las controversias derivadas del arrendamiento, pero con el añadido de que también podrían ser conocidos, bajo ese mismo molde, los conflictos análogos de usufructuario, usuario, superficiario o precario (...) esto es, todos los casos en los que habían títulos temporales que exigían la restitución. Por tanto, el desalojo se convirtió, en líneas generales, en el instrumento procesal de tutela de la posesión mediata, a efectos de lograr la devolución del bien (González, 2018, p.225)

Nuestro Código Procesal Civil de 1993 regula el proceso de desalojo en el artículo 585, estableciendo: “La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo”.

Sin embargo, el proceso de desalojo regulado en la norma antes citada no es el único que rige actualmente en nuestro país, sino que a la fecha se encuentran vigentes tres procedimientos de desalojo adicionales, regulados con la pretensión de hacer más eficaz la protección de la posesión de los arrendadores, conforme se explica a continuación.

En primer lugar, nos referimos al proceso regulado en el artículo 594 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 5 de la Ley N° 30201, Ley que crea el Registro de Deudores Judiciales Morosos, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de mayo de 2014. Este proceso establece la solicitud de restitución del inmueble, en contratos con cláusulas de allanamiento y está diseñado para los casos en los que se haya suscrito un contrato de arrendamiento con una cláusula de allanamiento futuro, aplicable en los supuestos de conclusión de contrato y los de resolución de contrato por falta de pago. Se dirige contra el arrendatario.

Asimismo, se ha regulado el proceso contenido en el Decreto Legislativo N° 1177, Decreto Legislativo que establece el Régimen de Promoción del Arrendamiento para Vivienda. Este proceso denominado “Proceso Único de Ejecución de Desalojo”, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 18 de junio de 2015 y, procede por terminación del contrato de arrendamiento, por las siguientes causales: i) conclusión del contrato por vencimiento del plazo contractual, sustentada en el formulario respectivo y, ii) resolución contractual de mutuo acuerdo, sustentada en actas con firmas legalizadas, conforme se advierte del artículo 14 de la norma antes citada. Este proceso se dirige también contra el arrendatario.

Asimismo, el 24 de abril de 2019, se ha publicado en el Diario Oficial El Peruano, la Ley N° 30933, Ley que regula el procedimiento especial de desalojo con intervención notarial. Este proceso procede por el vencimiento del plazo de contrato de arrendamiento y por el incumplimiento del pago de la renta

convenida de acuerdo a lo establecido en el contrato de arrendamiento; asimismo, la solicitud de desalojo se dirige contra el arrendatario, quien debió suscribir el contrato de arrendamiento con las formalidades exigidas por el artículo 5 de esta norma; debiendo precisar que se ha excluido del ámbito de aplicación de la indicada ley a la desocupación por motivo de contratos de alquiler venta, arrendamiento financiero u otros tipos de contratos que incluyan el pago para adquirir la propiedad inmueble.

Como puede apreciarse, tanto la Ley N° 30201 y el Decreto Legislativo N° 1177, se han dictado en el gobierno de Ollanta Humala, en los años 2014 y 2015 respectivamente y, la Ley N° 30933 se ha dictado en el actual gobierno de Martín Vizcarra.

Esta constatación de la existencia de hasta cuatro procedimientos de desalojo vigentes en nuestro país, con la finalidad de lograr la restitución de inmuebles, permite apreciar que la regulación existente en el Código Procesal Civil no resulta suficiente o idónea para brindar protección adecuada al poseedor mediato, es decir, quien concedió la posesión del bien al poseedor inmediato (a quien se concedió la posesión, ejerciéndola directamente); razón por la que el legislador, consciente de este hecho, ha pretendido brindar mayor eficacia y celeridad a la tutela de la posesión a través de dichos procedimientos.

Proto (2014) citado por Aguado (2016, p.137), sostiene:

El proceso de desalojo debe ser “dinamizado”, ya que si bien “a través de la adopción de procesos de cognición sumaria se pueden reducir al

mínimo los tiempos de la cognición preliminar a la ejecución forzada de la obligación derivada de restitución: de este modo el saldo antes indicado, sino puede ser nunca eliminado puede ser limitado de mucho; en particular, cuanto más sumaria la cognición y priva de formalidades la ejecución forzada, tanto más se reducirá la violación y por ende el saldo de las utilidades garantizadas por el derecho sustancial y las utilidades que logra asegurar el proceso.

2.1.4.2. EL PRECARIO

La figura del precario es una de las instituciones civiles que más controversia ha generado en nuestro medio, no encontrando hasta la fecha una posición uniforme sobre su concepción y tratamiento en nuestra legislación, debiendo precisar que hay varias posturas a nivel de la doctrina y jurisprudencia, conforme se desarrollará a continuación; para luego explicar las características del instrumento que tutela la posesión del poseedor mediato que ha cedido la posesión al precario (poseedor inmediato).

Castán (1985), citado por Bello (2012, p.81), da una definición del precario (de “preces”: “ruego”, “imprecación”) basado en el Derecho Romano, sosteniendo:

Aquel contrato por el que una persona concedía a otra el uso gratuito de una cosa, con la facultad de revocárselo a su arbitrio.

Precario viene de la voz latina *prex*, que significa “ruego”.

En Roma se llama precaria a la tenencia de un bien solicitada con súplicas hechas al dueño y obtenida por benevolencia de este, quien podía recuperarla en cualquier momento, porque ella no originaba ningún derecho. (Ramírez, 2017, p.471)

Entonces, como se advierte, se considera una primera definición del precario como un contrato y como la calificación de la tenencia obtenida por benevolencia del dueño; sin embargo, posteriormente estas definiciones no se han considerado en las definiciones modernas que se dan a esta figura.

Colint y Capitant (1942) citado por Lama (2012, p.91) sostienen al respecto, que:

La palabra precario es una expresión que en sus primeros momentos designaba a un vínculo jurídico, al parecer, nacida de lo que se conocía como clientela. Un gran propietario concedía fundos a sus clientes, a petición de ellos mismos; quienes cultivaban la tierra y vivían de ella, debiendo restituirla a voluntad del concedente.

El origen (del precario) no fue algo exclusivo del Derecho de Roma. Diversos investigadores coinciden en afirmar que se desenvuelve primero en el seno de la clientela, institución prerromana que se refiere no a las “civitas” sino a los núcleos que le precedieron, es decir a las “gentes”, organismo primitivo no exclusivo de las razas itálicas, latinas, sabinas y celtas, sino también procedente de los etruscos, helenos y eslavos. (Lama, 2012, p.93)

En el código sustantivo derogado no existía una disposición que tipificara esta posesión. Numerosos fueron los procesos de “desahucio por ocupación precaria”, cuya característica era su larga –incluso, larguísima– tramitación procesal. Para resolver el tema de la precariedad, los magistrados recurrían al artículo 970, párrafo segundo del código adjetivo abolido, precepto insuficiente y ambiguo. Por eso la jurisprudencia y doctrina han sido contradictorias. (Ramírez, 2017, p.471)

Nótese que el artículo 970 del Código de procedimientos derogado establecía lo siguiente en su segundo párrafo: “Hay también acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión”

El artículo 911 del Código Civil vigente establece: “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”; sin embargo, esta definición de posesión precaria que se encuentra en la norma antes citada, está generando multiplicidad de interpretaciones por parte de los operadores jurídicos, debiendo precisar que inclusive la Corte Suprema de Justicia, a través del IV Pleno Casatorio Civil, lamentablemente, ha generado una figura del precario con usos múltiples, resultando más confusa y oscura dicha figura.

Al establecer la sentencia como un principio que es precario el que “no paga”, la decisión adoptada en mayoría constituye un claro exceso y trasgresión pues va más allá del texto del artículo 911 del Código de fondo y una evidente regresión, una vuelta a la definición artesanal que la Corte Suprema había elaborado, sobre la base del artículo 970, párrafo 2° del Código adjetivo anterior, admisible cuando no había una definición contundente como la del artículo 911 del Código sustantivo vigente, pero no ahora. (Ramírez, 2017, p.483)

En realidad, consideramos que la definición del artículo 911 del Código Civil no resulta contundente, pues si lo fuera, su comprensión y tratamiento en la práctica judicial no traería innumerables problemas en la “solución” de los procesos de desalojo por ocupante precario; debiendo precisar que solo la cabal comprensión de dicha figura generará la solución eficaz y justa a los procesos de desalojo por ocupación precaria.

Cabe precisar que a nivel de la doctrina existen posiciones que, luego de haberse dictado el IV Pleno Casatorio Civil, sugieren, inclusive, la derogación del artículo 911 del Código Civil, considerando que la jurisprudencia ha creado un concepto de precario que causa daño a la sociedad, al sostener que el precario puede ser uno legítimo e ilegítimo a la vez, generando ausencia de seguridad y predictibilidad. Gonzáles (2017)

Sin embargo, desde nuestra perspectiva la figura del precario es una que refleja muchos casos de la realidad, por ello consideramos conveniente su regulación y

tratamiento adecuado más no su derogación, teniendo en cuenta que el desalojo está diseñado para proteger al poseedor mediato, conforme lo admite un sector de la doctrina.

El desalojo es proceso sumario que protege la situación jurídica del poseedor mediato, que exige la restitución del bien frente al inmediato (arts. 585, 586 y, fundamentalmente, el art. 587 del CPC). Si el desalojo por causal de precario solo protege la posesión mediata, entonces el precario es necesariamente un poseedor inmediato. Con este punto de partida es que recién podemos entender el artículo 911. En tal contexto, el precario por falta de título alude a cualquier sujeto que recibe un bien por gracia o benevolencia del concedente (...) y, aunque no hay título jurídico, sí existe uno de carácter social; de esta forma se entiende que el precario será aquel que “carece de título” (...) pero que actúa con el permiso del titular. Por otro lado, el precario con “título fenecido” es el sujeto obligado a restituir por título obligacional nulo, pero fundado en acto de voluntad reconocible en el ámbito social, pero no jurídico, en cuyo caso se entiende que este ha fenecido. (González, 2017, p.279)

Adicionalmente a lo anterior, consideramos necesario citar a este mismo autor cuando concluye:

En consecuencia, el problema social de la posesión no se reduce a la mejor o peor redacción de un artículo del Código Civil, ni a la interpretación exclusivamente dogmática o técnica. En este tema se

encuentran involucrados aspectos de orden social, económico y filosófico, sin perjuicio de las cuestiones de estricto orden normativo.

2.1.4.3. REGULACIÓN NORMATIVA

El artículo 585 del Código Procesal Civil regula el proceso de desalojo, con la finalidad de lograr la restitución de un predio y, el artículo 586 de esta norma procesal establece quien es el sujeto activo y pasivo en el desalojo, señalando:

“Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el artículo 598°, considere tener **derecho a la restitución de un predio.**

Pueden ser demandados: el arrendatario, el subarrendatario, **el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución**”

Como se advierte, el proceso de desalojo –entre otros supuestos, por ocupante precario-, está destinado a lograr la restitución de la posesión de un predio.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “restituir”, significa “Volver algo a quien lo tenía antes”.

Si partimos del hecho que la definición normativa de la posesión precaria (art. 911) tiene como única finalidad práctica habilitar la procedencia del desalojo (art. 586 CPC), entonces debemos llegar rápidamente a la

conclusión que el demandado en dicho proceso es el precario; y que el demandante debe ser otro poseedor, pues el desalojo es acción posesoria que permite “exigir la restitución”. (González, 2011, p.128)

En tal sentido la restitución de la posesión a quien la otorgó es el fin del proceso de desalojo por ocupante precario y, quien otorgó la posesión es quien la ejercía antes de cedérsela al precario (poseedor inmediato).

El proceso de desalojo por ocupante precario se tramita en la vía del proceso sumarísimo, que implica una cognición simplificada del objeto materia de controversia, así como la limitación en los medios de prueba, pues está destinado a la restitución de la situación de hecho de la posesión.

Mal se avienen, en efecto, con las situaciones que este proceso supone, los largos y solemnes trámites del proceso de conocimiento, que, si son una garantía de acierto en el fallo, ocasionan innecesarias demoras y perjuicios cuando, como estos casos, basta un conocimiento sumarísimo. (Sagástegui, 2018, p.26)

En tal sentido, siendo una de las características la limitación probatoria de procesos sumarios como el desalojo, según el artículo 591 del Código Procesal Civil: “Si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, sólo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia, en su caso”.

Esta limitación probatoria establecida en la norma antes citada ha sido cuestionada por la doctrina, debido a que con dicha limitación se estaría afectando el derecho a la tutela judicial de las partes, quienes verían restringidos sus derechos de alegar y probar lo que les favorezca, más aún si la restricción al derecho a la prueba genera indefensión de la parte vencida en el proceso sumario, si acaso no tiene la posibilidad de un juicio plenario posterior. Ariano (2003).

En el supuesto del proceso de desalojo por ocupante precario, nuestro ordenamiento procesal civil no ha restringido la admisión de medios de prueba; en consecuencia, podría emplearse cualquiera de los medios de prueba regulados en el Código Procesal Civil, inclusive podrían utilizarse los sucedáneos probatorios como las presunciones judiciales para resolver estos procesos.

En primer lugar, si realmente hubo aquiescencia, liberalidad o graciosa tolerancia por muchos años, entonces resulta evidente que alguna huella ha quedado (...) En segundo lugar, una buena prueba de la posesión graciosa es que el poseedor precario ha pagado los servicios públicos a nombre del demandante, lo que demuestra que siempre respetó la condición del titular o señor de la cosa (...) En tercer lugar, podemos citar otras muchas pruebas aunque bastaría una sola de ellas que se sume con la anterior para generar convicción en el juez, tales como: autorización para ejecutar una obra o abrir un negocio, fotos de reuniones sociales, relaciones jurídicas o sociales que compartan y que hagan suponer que ese acercamiento ha originado la liberalidad (...) reportes

telefónicos que acreditan cruce de llamada (...) testigos y tantos otros medios de prueba. (González, 2017, p.267)

En ese contexto, resulta importante la actividad probatoria para poder resolver los procesos de desalojo por ocupante precario, a fin de que ésta se centre en determinar si existe o no la obligación de restitución de la posesión del bien a quien se la concedió, sin generar discusiones complejas fuera del objeto simplificado que rige el proceso sumario del desalojo.

Se trata de evitar que, por un procedimiento sumario, se ventilen cuestiones propias de un procedimiento declarativo, como todas las posibilidades de defensa y alegaciones del demandado; de otro modo – como dice la sentencia-, se convertiría este procedimiento sumario en un medio de obtener la resolución de un contrato con cierta violencia, sin las garantías de defensa e información que ofrecen los juicios declarativos. Es más, el juicio sumario no deja de ser un procedimiento especial y excepcional, y como tal ha de ser utilizado solo y exclusivamente en las ocasiones especificadas en la Ley. (Bello, 2012, p.97)

En este contexto teórico es que se desarrollará la presente investigación.

2.1.4.4. REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

A continuación se hará referencia a la regulación del proceso de desalojo por ocupante precario en los países de España, Chile y Argentina.

2.1.4.4.1. España

El artículo 432 del Código Civil español establece que la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo al dominio de otra persona.

Esta norma del ordenamiento jurídico civil español no regula la institución jurídica del precario de manera expresa, sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece un instrumento procesal para la restitución de la posesión del bien cuando es exigible al precario.

En este sentido, el artículo 250.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece:

“Ámbito del juicio verbal.

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:

(...)

2.º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca”

La doctrina española considera que el precario es el poseedor por concesión liberal o graciosa que debe restituir el bien al primer

requerimiento, pese a lo cual, el bien pasa al poder autónomo del precarista.

Por tanto, la definición es la misma que la del Derecho Romano (González, 2018, p.397)

2.1.4.4.2. Chile

El artículo 2195 del Código Civil chileno, establece: “Se entiende por precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución. Constituye también precario la tenencia de la cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”

La exigencia relativa al dominio por el demandante (y ausencia de dominio por el demandado) no presenta mayores problemas, como tampoco el requisito de la tenencia. No ocurre lo mismo, en cambio, con la expresión “sin previo contrato”, que está en estrecha relación con el supuesto de que la tenencia se explica por ignorancia o mera tolerancia del dueño. De la revisión de la jurisprudencia se desprende que tal requisito y supuestos resultan bastante conflictivos y suponen un interpretación que, en los casos que llegan a los Tribunales, demuestra que es posible seguir distintos derroteros (Lecaros, 2019, p.91)

Como se advierte, los supuestos de precariedad no están claramente definidos en la legislación chilena, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico civil,

dejando encargada su debida interpretación y aplicación normativa a su judicatura.

González (2018, p.398) mencionó que: “El Código de Andrés Bello considera que el precario es poseedor gratuito, por liberalidad del otorgante y sometido a la voluntad de este último, pues al primer requerimiento puede solicitar la devolución de la cosa”

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en esta legislación, según el artículo 2194 del Código Civil, el comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo, a diferencia de nuestra legislación que no ha incorporado la figura contractual del precario.

2.1.4.4.3. Argentina

El Código Civil argentino de 1869 no regulaba expresamente la posesión precaria, sin embargo, considera al supuesto de precariedad en el contrato de comodato, cuando no se haya pactado la duración del mismo ni el uso de la cosa, conforme se advierte del artículo 2285 del indicado cuerpo normativo.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina vigente, regula la posesión y la tenencia en los artículos 1909 y 1910 respectivamente, debiendo entender a la posesión precaria como un supuesto de tenencia del bien, en razón a que el

poseedor ejerce un poder de hecho sobre el bien, comportándose como representante del poseedor.

Para Lafaille (1944), citado por Gonzáles (2018, p.399):

El precarista, o sea el detentador, no ejerce una posesión de mala fe, ni menos, viciosa. Simplemente, no posee: dentro del sistema legal desempeña un papel lícito y honesto, aunque en un plano distinto de la posesión animo domini.

Según la doctrina moderna, con relación a la figura del precario recogido en la fase de la codificación, no se ha concebido en su forma originaria del Derecho Romano, sino que se ha regulado esta institución jurídica como un tipo de contrato innominado. Selman (2019).

2.2 MARCO CONCEPTUAL

ACCIÓN POSESORIA

Las acciones posesorias son los mecanismos judiciales que tienden a revertir las lesiones a la posesión, sea el despojo o la perturbación, por tanto, su única finalidad es resguardar el estado posesorio actual, sin pronunciamiento sobre cuestiones petitorias, es decir, la causa de la posesión, legítima o ilegítima, no es relevante para decidir la controversia. (Gonzáles, 2017, p.178)

DERECHO DE ACCIÓN

El derecho de acción ha sido entendido como la posibilidad de que el interesado pueda acudir al Órgano Jurisdiccional, con el objeto de que éste resuelva la incertidumbre jurídica que se ha generado sobre un determinado tema, o en cualquier caso, se pronuncie sobre el conflicto de intereses que mantiene con otra persona. (Pérez, 2014, p.139)

DESALOJO

El proceso de desalojo (art. 585 CPC) es un típico instrumento de tutela de aquellas situaciones jurídicas en las cuales existe un sujeto con el derecho de exigir la restitución del bien (demandante); mientras que por el otro lado existe un sujeto obligado a la restitución (demandado), siempre por virtud y efecto de un título temporal. (González, 2011, p.64)

PLENO CASATORIO

De conformidad a lo establecido en el artículo 400 del Código Procesal Civil: “La Sala Plena Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente (...)"

El pleno civil es una modalidad de precedente vinculante que se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico en el Código Procesal Civil de 1993, cuya función es concordar la actividad de los tribunales inferiores mediante una regla jurisprudencial que ponga fin a las incertidumbres jurídicas. La ventaja de esta regla es que nace como fruto del razonamiento y la argumentación, por lo cual, en teoría, llevará a conclusiones racionales y razonables, dentro del eterno marco de la polémica o debate. En buena cuenta, mientras la ley privilegia el mandato de la autoridad, muchas veces sin saber el fundamento o finalidad; por el contrario, el precedente otorga primacía al argumento razonado. (González, 2018, p.305)

POSESIÓN

La posesión es, en resumidas cuentas, el derecho real que establece una relación directa e inmediata de dominación exclusiva (uso, goce, o sea, aprovechamiento económico) entre una persona y un bien, con autonomía y prescindencia de la titularidad (derecho) a ella. Es un

derecho de carácter provisional. Esta es la posesión de hecho, aquella que carece de título justificativo. (Ramírez, 2017, p.364)

PRECARIO

El precario es todo poseedor inmediato que recibió el bien en forma temporal por acto voluntario del concedente o poseedor mediato, cuya finalidad es proporcionar el goce por liberalidad, gracia o benevolencia. El precario se origina por título social o, excepcionalmente, por título jurídico de carácter obligatorio que ha fenecido por nulidad. (González, 2017, p.256)

PROCESO JUDICIAL

El proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizados durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos. (Monroy, 2007, p.229)

PROCESO JUSTO

El derecho al proceso justo es un modelo mínimo de conformación del proceso. Con profundo rastro en la historia y desconociendo cada vez más fronteras, el derecho al proceso justo es reconocido por la doctrina como un modelo en expansión (tiene la ventaja de conformar la actuación del legislador infraconstitucional), variable (puede asumir formas diversas, amoldándose a las exigencias del derecho material del caso concreto) y perfectible (pasible de perfeccionamiento por el legislador infraconstitucional). Es tarea de todos aquellos que se encuentran empeñados en el imperio del Estado Constitucional delinearlos y densificarlos. (Mitidiero, 2016, p.124)

RESTITUCIÓN

Acción o efecto de restituir. Devolución de una cosa. Reintegro de lo robado. Restablecimiento. Retorno al punto de partida. IN INTEGRUM. Beneficio extraordinario, proveniente del Derecho Romano, concedido a favor de determinadas personas que habían padecido lesión en un acto o contrato, aun cuando fuera legítimo, para obtener la reintegración o reposición de las cosas en el estado que tenían antes del daño o perjuicio. Su fundamento se encuentra en la equidad; en el deseo de proteger a los menores o incapaces, e incluso a personas jurídicas, por su trascendencia. (Cabanellas, 1993, parr.2)

SENTENCIA

Fairén (1990), citado por Abad (2014, p.87), señala que la sentencia es una resolución judicial que pone fin al proceso, o a un estadio del mismo (instancia o casación).

Según el artículo 121 del Código Procesal Civil, “Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal”.

TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en Derecho con posibilidad de ejecución. (Priori, 2009, p.64)

TUTELA SUMARIA

Con lo “sumario” se hace referencia a un tipo de procedimiento o bien, complementario más amigable en comparación con el “común, ordinario o general”, altamente formalizado, complejo y lento. En otros informes se hace referencia a la (in)existente flexibilidad para simplificar un proceso único a instancia tanto de las partes como del tribunal. Finalmente se suele aludir al grado, nivel o profundidad del conocimiento exigido al juez para decidir, ello es con una menor exigencia probatoria. Así, es posible relacionar las técnicas de flexibilización, simplificación y “sumariedad”. Ada Pellegrini Grinover enuncia la necesidad de distinguir entre la tutela sumaria destinada a asegurar o a cautelar, de aquella cuya finalidad es satisfacer. Los términos “tutelas sumarias” (tanto procesos sumarios como de cognición sumaria) tienen una plurivocidad admirable. Puede, así hacerse referencia a:

- i) Una simplificación, abreviación o ambos para llegar más rápidamente a una decisión por oposición al proceso “ordinario”;
- ii) Proceso donde el conocimiento del tribunal será “sumario”, es decir, acotado a determinados aspectos, o con un estándar probatorio menos exigente;
- iii) A procesos donde la decisión es provisoria, teniendo una cierta instrumentalización de uno principal, por ejemplo los procesos cautelares;

iv) Finalmente una acepción mucho más amplia que permita incluir todos los anteriores bajo denominaciones genéricas, tales como “tutelas diferenciadas”, los que combinan algunas de las acepciones anteriores. (Pérez, 2017, p. 147)

2.3 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Tesis 1º

Solimano, (2008), realizó la investigación: *La medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo*, en la Unidad de PostGrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones:

1. Luego de desarrollar la función jurisdiccional, enfocándose en la función cautelar como función jurisdiccional, la tutela judicial efectiva en las medidas cautelares y las nuevas técnicas de tutela en los procesos de desalojo, comprendiendo en estas últimas el desarrollo de los procesos urgentes y a las medidas autosatisfactivas, como conceptos más pertinentes para el presente trabajo de investigación, el autor propone que si la mayoría de los procesos judiciales de desalojo concluyen con una sentencia favorable, entonces, resulta un contrasentido que para la ejecución de la medida cautelar sobre el fondo se tenga que acreditar no solo el derecho a la restitución del inmueble, sino también que éste se encuentre en estado de

abandono, generando dilación innecesaria en la restitución de la posesión del bien, teniendo en cuenta que este último supuesto no es exigido a nivel de la legislación comparada.

2. En la investigación desarrollada por el autor se evidencia que el derecho a la tutela judicial cautelar y de acceso a la justicia de manera efectiva y rápida se encuentra afectada debido a que la medida cautelar sobre el fondo regulado para el proceso de desalojo en el artículo 679 del Código Procesal Civil establece un requisito adicional innecesario (acreditar el abandono del bien), no obstante haberse comprobado la evidente veracidad de la pretensión de la parte demandante.
3. En tal contexto, el autor concluye que resulta necesario cambiar la regulación normativa en materia cautelar, sin considerar el requisito de acreditar indubitablemente el abandono del bien ni exigir contra cautela para solicitar una medida cautelar de cualquier tipo; ello con la finalidad de velar por el derecho a la tutela judicial efectiva.

Tesis 2°

Acevedo y Alva, (2016), realizaron la investigación: *Posesión precaria y título, bajo el análisis de la casación 1784-2012-ica y el cuarto pleno casatorio civil,*

en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo. La investigación llegó a las siguientes conclusiones:

1. En este trabajo de investigación, las autoras analizan si el vínculo de parentesco existente entre el demandante y demandado constituye título suficiente para poseer y si puede oponerse ante un proceso de desalojo por ocupación precaria a la luz del Cuarto Pleno Casatorio Civil y la Casación N° 1784-2012-ICA.
2. Luego de desarrollar las categorías de la posesión, el derecho de uso y habitación, el tratamiento constitucional en torno a la posesión precaria, diferencias entre el derecho a la propiedad y el derecho a la posesión y el desalojo, así como las reglas vinculantes establecidas en el Cuarto Pleno Casatorio Civil para la posesión precaria; las autoras concluyen que la condición familiar entre demandante y demandado no constituye un título válido para descartar la precariedad en la posesión en un proceso de desalojo por ocupante precario.
3. Las autoras concluyen también que si acaso se estableciera como regla general la protección de la familia, la parte demandada podría pretender evitar el desalojo por ocupante precario sustentando su posesión en dicha regla general, en los casos en los que exista vínculo familiar entre el demandante y el demandado, apartándose del fin que busca este proceso civil destinado a tutelar la posesión a través de un trámite procedimental sumario (proceso

sumarísimo); sin embargo, las autoras hacen una anotación con relación a una posible aplicación de control difuso, en el marco de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado.

4. Finalmente, las autoras hacen referencia al estado de necesidad que pueda acreditar la parte demandada en el proceso de desalojo por ocupación precaria, la que, desde la perspectiva de las autoras, limita al juez al momento de emitir su pronunciamiento, debiendo evaluarse la posibilidad de vulneración de los derechos fundamentales de la persona que debe primar sobre cualquier otro derecho de rango menor.

Tesis 3°

Amaya, (2016), realizó la investigación: *El cuarto pleno casatorio y el vencimiento del contrato de arrendamiento como supuesto de ocupación precaria*, en la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. La investigación llegó a las siguientes conclusiones:

1. La investigación desarrollada por la autora se basa en el análisis del Cuarto Pleno Casatorio Civil, específicamente de la regla establecida como precedente judicial vinculante respecto al vencimiento de un contrato de arrendamiento de duración indeterminada como supuesto para iniciar un

proceso de desalojo por ocupación precaria, lo que desde la perspectiva de la autora, afectaría la tutela jurisdiccional efectiva del arrendador demandante.

2. Luego de haber desarrollado las categorías de la tutela jurisdiccional efectiva, contrato, contrato de arrendamiento, la posesión, las acciones posesorias, la acción desalojo por vencimiento de contrato, la acción de desalojo por ocupación precaria; asimismo, haber evaluado el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil 2010 y el Cuarto Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema, la publicación del Cuarto Pleno Casatorio Civil ha generado consecuencias jurídicas negativas, en razón a que si acaso vence un contrato de arrendamiento de duración indeterminada, el arrendador demandante deberá transitar por un proceso de desalojo por ocupación precaria ante el Juzgado Civil, generando dilación en la restitución del bien inmueble; asimismo, este hecho generará mayor volumen de trabajo a nivel de las Salas Civiles y de la Corte Suprema, debido a la posibilidad de formular un recurso de casación.
3. Finalmente, la investigación concluye que el Cuarto Pleno Casatorio Civil afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del arrendador demandante, asimismo vulnera los principios de economía y celeridad procesal, causando perjuicio al demandante quien pretende recuperar el bien y favoreciendo al arrendador demandado, quien muy bien podrá valerse de la dilación innecesaria del proceso para no devolver el bien objeto del proceso al arrendador.

CAPÍTULO III

3 HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS

3.1 HIPÓTESIS DE TRABAJO

La omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió genera efectivamente la ausencia de tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupación precaria.

3.2 CATEGORÍAS DE ESTUDIO

TABLA N° 1

Categorías de estudio	Subcategorías
Categoría 1°: La posesión y sus derivaciones jurídicas	<ul style="list-style-type: none">- Derecho civil patrimonial- Derechos reales- La posesión- Características de la posesión- Clases de posesión- Efectos jurídicos de la posesión
Categoría 2°: Tutela sumaria	<ul style="list-style-type: none">- Fundamentos de la tutela sumaria- Características de la tutela sumaria- Exigencias que satisface la tutela sumaria

Categoría 3º: Tratamiento jurídico del derecho a la prueba

- Concepto del derecho a la prueba
- Naturaleza jurídica del derecho a la prueba
- Contenido esencial del derecho a la prueba
- Principios de la actividad probatoria

Categoría 4º: El proceso de desalojo por ocupante precario

- El proceso de desalojo
- El precario
- Regulación normativa

CAPÍTULO IV

4 METODOLOGÍA

4.1 ÁMBITO DEL ESTUDIO

La presente investigación tiene como ámbito a todo el territorio del país dado que los alcances de nuestra investigación están referidos a la normativa y jurisprudencia existente en torno a la tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupación precaria.

4.2 DISEÑO METODOLÓGICO

TABLA N° 2

Enfoque de investigación	Cualitativo documental: Dado que la verificación de nuestra hipótesis no se basará en mediciones probabilísticas sino más bien en el análisis e interpretación de la información recabada.
Tipo de Investigación jurídica	Dogmático exploratorio: porque el estudio se orienta a establecer si la omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió genera efectivamente la ausencia de tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupación precaria.

4.3 UNIDAD DE ANÁLISIS TEMÁTICO

La presente investigación enfoca su análisis en la omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió y la ausencia de tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupación precaria.

4.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

4.4.1 TÉCNICAS

Análisis documental: Dicha técnica se ha aplicado para recoger información documental, de textos y documentos normativos, que ha sido necesarios para el análisis y argumentación respecto al tema que nos ocupa.

4.4.2 INSTRUMENTOS

Ficha de análisis documental

CAPÍTULO V

5 RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1 PROCESO PARA ACREDITAR LA OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN DEL BIEN A QUIEN LA CONCEDIÓ

El artículo 585 del Código Procesal Civil regula el procedimiento de restitución de un predio a través del proceso de desalojo (acción posesoria que tutela la posesión) y, el artículo 587 de la norma antes citada permite advertir que la restitución del predio debe hacerse en el marco de la relación establecida entre el demandante (persona que ha cedido la posesión o poseedor mediato) y el demandado (persona a quien el demandante cedió la posesión o poseedor inmediato); es decir, en término final, el desalojo permite lograr la restitución de la posesión de un predio a quien la concedió.

En el caso del ocupante precario (poseedor inmediato), éste ejerce la posesión del bien inmueble a mérito de la anuencia voluntaria del concedente (poseedor

mediato) de la posesión; sin pagar renta y hasta que la voluntad de este último sea revocada; es decir, la posesión que ejerce es temporal.

En tal sentido, el objeto de discusión en el proceso de desalojo por ocupación precaria debe estar enfocado en acreditar si existe o no la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió.

Para este fin, el proceso para acreditar esta obligación de restitución se configura de la siguiente forma:

- a) El juez debe analizar que el demandante (poseedor mediato) haya cedido al demandado (poseedor inmediato) la posesión del bien, sin mediar ninguna relación contractual; es decir, la posesión ha sido otorgada a título de generosidad o benevolencia, sin pago de renta, de manera temporal y pudiendo ser revocado dicho otorgamiento en cualquier momento.
- b) Luego, el juez del proceso debe evaluar que el demandado (precario y poseedor inmediato) se encuentre obligado a restituir la posesión del bien inmueble a quien se la otorgó en las condiciones antes citadas.

Como se advierte, el demandante debe alegar el ejercicio de la posesión mediata del bien, pues el proceso de desalojo tutela precisamente esta clase de posesión.

Este objeto de discusión simplificado y de menor exigencia probatoria podrá generar una solución rápida y eficaz al caso concreto con la finalidad de lograr la

tutela de la posesión mediata reclamada por el demandante, que, por lo demás, es un hecho de fácil verificación tratándose del hecho de la posesión. Nótese que el juez no deberá evaluar ningún título de dominio de las partes, pues solo se trata de verificar la obligación de restituir la posesión como hecho, no como derivada de algún derecho real y sin necesidad de investigar la causa de dicha posesión.

Debe tenerse en cuenta que la obligación de restitución de la posesión del bien a quien se la concedió puede ser acreditada con varios medios de prueba, tales como recibos de servicios de agua y luz que el precario paga a nombre del poseedor mediato, asimismo, con documentos que contienen el requerimiento expreso del poseedor mediato al precario de que desocupe el bien que le ha sido cedido de manera gratuita y temporal, a través de la declaración de las partes, de las declaraciones de los testigos, fotografías, inspecciones judiciales, entre otros medios de prueba y de sucedáneos probatorios, inclusive, que logren acreditar la existencia de precariedad en el caso concreto y, en consecuencia, la obligación de restitución de la posesión al poseedor mediato (demandante).

Como hemos manifestado, en la actualidad, el proceso de desalojo por ocupante precario es empleado para obtener del órgano jurisdiccional la entrega (no la restitución) de bienes inmuebles de cualquier persona que se encuentre ejerciendo la posesión de los mismos, lo que desnaturaliza el objeto de discusión específico de estos procesos.

Nótese que los demandantes en estos procesos no han ejercido la posesión mediata del bien; es decir, no tienen la condición de poseedores mediatos; de igual forma, en muchos de estos casos, no se ha acreditado la precariedad de parte de los demandados.

Solo por citar algunos ejemplos, en los procesos de desalojo por ocupación precaria se evalúa la posesión que ejerce: i) el usurpador del bien, ii) el arrendatario de uno de los copropietarios no demandantes, iii) el poseedor a quien se le ha vencido el plazo del contrato de arrendamiento, iv) el poseedor con vocación de prescripción adquisitiva de dominio sobre el bien, v) el poseedor comprador a quien se le ha vencido el plazo del compromiso del contrato de compra venta del bien que posee, vi) el poseedor de un bien que ha edificado en terreno ajeno, vii) el poseedor comprador del bien, a quien se ha resuelto extrajudicialmente el contrato de compra venta, entre otros supuestos, en los que no ha sido cedida la posesión por parte del demandante.

Cabe precisar que en la mayoría de estos casos, la demanda de desalojo por la causal de ocupación precaria la inicia aquel que alega la titularidad del derecho de propiedad respecto del bien objeto materia de controversia, generando que el juez del proceso evalúe títulos de dominio, cuando lo correcto sería alegar el ejercicio de la posesión mediata, es decir, la posesión que ha sido concedida a un poseedor inmediato en virtud de un acto voluntario y de manera gratuita y temporal (posesión precaria), para de esta forma obtener la restitución de la posesión del bien concedido, pues existe esta obligación de parte del demandado.

Estos hechos permiten además, advertir la infracción del artículo 586 del Código Procesal Civil, que señala:

“Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y **todo aquel que, salvo lo dispuesto en el artículo 598°, considere tener derecho a la restitución de un predio.**

Pueden ser demandados: el arrendatario, el subarrendatario, **el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución”**

Si se tiene presente que el proceso de desalojo por la causal de ocupante precario tiene por finalidad lograr la restitución de la posesión del bien (que se encuentra en poder del precario) a quien la concedió de manera voluntaria, sin pago de renta y de manera temporal; debiendo limitarse la actividad probatoria a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió, garantizando de esta forma la tutela sumaria en dicho proceso.

Debe anotarse que la pretensión, fundamentos y el ofrecimiento de medios de prueba contenidos en la demanda de desalojo por ocupación precaria la diseña el abogado de la parte demandante, hasta allí este acto procesal no puede ser controlado por el juez que conoce el caso que se plantea a su Juzgado.

Sin embargo, luego de admitida la demanda, la misma que pudo ser absuelta o no por la parte demandada y, una vez saneado el proceso, el juez, con la intervención de las partes, debe fijar los puntos controvertidos y determinar los

que van a ser objeto de prueba, conforme se tiene señalado en el artículo 555 del Código Procesal Civil. Esta es la responsabilidad más importante que tiene el juez como director del proceso, para poder restringir la actividad probatoria a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien se la concedió, delimitando de esta forma lo que debe ser el objeto de prueba específico del proceso de desalojo por ocupación precaria.

La realidad de nuestro sistema de justicia nos muestra que los jueces que conocen procesos de desalojo por la causal de ocupación precaria, no restringen la actividad probatoria a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió; sino que, contrariamente a ello, desde la fijación de los puntos controvertidos, admisión de medios de prueba ofrecidos por las partes, actuación probatoria y hasta la valoración de los medios de prueba al momento de dictar la sentencia, los jueces examinan medios de prueba innecesarios y propios de un proceso plenario (tales como los títulos de dominio de las partes o de alguna de ellas), distorsionando y desnaturalizando de esta forma, la acción posesoria del desalojo por la causal de ocupación precaria, que es una de tutela sumaria.

Los objetos de discusión que consideramos requieren una cognición plena debido al empleo ilimitado de medios de prueba pertinentes al caso, con la finalidad de llegar a un grado de certeza sobre lo alegado por las partes en el proceso, a modo de ejemplo, son los siguientes: i) la titularidad del derecho de propiedad de las partes, ii) el mejor derecho de propiedad de las partes, iii) la resolución extrajudicial de un contrato de compra venta, iv) la declaración de

nulidad o ineficacia de un acto jurídico, v) la prescripción adquisitiva de dominio de un bien inmueble, vi) la edificación de un bien inmueble sobre terreno ajeno, entre otros supuestos; sin embargo, en la actualidad, estos asuntos son los que se están discutiendo en un proceso de desalojo por ocupación precaria que, como hemos indicado, es uno de tutela sumaria.

Como se advierte, existe la posibilidad de acreditar la obligación de la restitución de la posesión del bien a quien la concedió, evaluando sumariamente la posesión mediata lesionada en el caso concreto, si se tiene en cuenta que el proceso de desalojo tiene por finalidad resolver conflictos surgidos en las relaciones entre el poseedor mediato e inmediato, respecto al bien cedido.

5.2 JURISPRUDENCIA QUE EVIDENCIA LA OMISIÓN DE RESTRINGIR LA ACTIVIDAD PROBATORIA DESTINADA A ACREDITAR LA OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN DEL BIEN A QUIEN LA CONCEDIÓ

Existe bastante jurisprudencia sobre procesos de desalojo por ocupación precaria (procesos de tutela sumaria), que evidencia la omisión de restringir la actividad probatoria a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió, conforme explicamos a continuación, a través de los siguientes casos resueltos en los tribunales de justicia de nuestro país, a nivel nacional:

N° de Casación/ Órgano Jurisdiccional	Resumen del caso
<p>Cas. N° 4099-2009 CUSCO</p> <p>Sala Civil Permanente</p>	<p>La demandante Luz Marina Reyna Ocampo, alegando ser titular del derecho de propiedad del inmueble materia del proceso, por haberlo adquirido por tracto sucesorio de su cónyuge, solicita la restitución del bien a la empresa Rash S.A.C.</p> <p>La actividad probatoria se ha centrado en determinar:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Si el contrato de locación y conducción del inmueble celebrado entre la demandada y la litisconsorte necesario pasiva (su arrendadora, quien ha iniciado un proceso de prescripción adquisitiva respecto al bien) es legítimo o ilegítimo y, en el último caso, si la demandada conocía de su ilegitimidad. ii) Si el contrato de compra venta del bien objeto del proceso celebrado entre el cónyuge de la demandante y la litisconsorte necesario pasiva (arrendadora de la demandada) surte o no sus efectos. <p>En este caso:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La Corte Suprema de Justicia de la República declaró nula la sentencia de vista, al haberse valorado y sustentado en un expediente judicial sobre nulidad de contrato de arrendamiento en trámite, lo que demostraría un título para poseer a favor de la demandada. b) Se ha omitido restringir la actividad probatoria a acreditar la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió.

<p>Cas. N° 1784-2012 ICA</p> <p>Sala Civil Transitoria</p>	<p>La demandante Dora Isabel Huarcaya Toledo interpone demanda de desalojo por ocupación precaria a fin de que se desocupe una tienda ubicada en el inmueble de su propiedad, luego de haber requerido a la demandada, mediante carta notarial, desocupe el inmueble. La demandada Jessica Yanica Saravia Trillo señala que ocupa el inmueble materia de controversia conjuntamente con su conviviente Robin Fausto Bendezú Huarcaya (hijo de la demandante) y con sus dos hijos menores (nietos de la demandante) y, que el inmueble matriz no se encuentra independizado.</p> <p>La actividad probatoria ha versado sobre lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none">i) La titularidad del derecho de propiedad de la demandante sobre el bien materia del proceso.ii) La titularidad del derecho de uso que se extendería a la demandada, en caso la demandante haya otorgado el derecho de uso a su hijo (conviviente de la demandada), sobre el inmueble materia del proceso. <p>En este caso:</p> <ul style="list-style-type: none">a) El juez de primera instancia determinó que la posesión de la demandada era ilegítima.b) La Sala Superior confirmó la sentencia, determinando que la demandada no contaba con medio de prueba que acredite su posesión.c) La Corte Suprema emitió un voto en mayoría, concluyendo que el derecho de uso y habitación que otorgó la demandante a su hijo, se extiende a su conviviente (la demandada) y a sus hijos, siendo inviable desalojarlos, pues hacerlo originaría quebrar la unidad familiar.d) Se ha omitido restringir la actividad probatoria a acreditar la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió.
--	--

<p>Cas. N° 1741-2014 LIMA</p> <p>Sala Civil Transitoria</p>	<p>La demandante Sara Tenorio Torres interpone demanda de desalojo contra Francis Juana Garamendi Chuchón, con la pretensión de que desocupe el inmueble que alega es de su propiedad.</p> <p>La actividad probatoria ha considerado determinar:</p> <ul style="list-style-type: none">i) La titularidad del derecho de propiedad de la demandante del inmueble objeto del proceso, que se encuentra inscrito en los Registros Públicos.ii) Si el contrato de promesa de compra venta, en el que la demandada sustenta su posesión, ha fenecido al haber vencido el plazo de un año establecido en el artículo 1416 del Código Civil. <p>En este caso:</p> <ul style="list-style-type: none">a) La Sala Superior concluyó que el contrato de promesa de venta que ostenta la demandada ha fenecido, pues no ha sido renovado ni se ha extendido el contrato definitivo; por lo que su posesión es precaria.b) La Corte Suprema no casó la sentencia de vista.c) Se ha omitido restringir la actividad probatoria a acreditar la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió.
---	--

<p>Cas. N° 4459-2015 MADRE DE DIOS</p> <p>Sala Civil Transitoria</p>	<p>El demandante Orlando Huallpacuna Romero interpone demanda de desalojo por ocupante precario en contra de Geremías Maslucan Jaramillo, con la finalidad de que desocupe el inmueble que ha adquirido de María Aparecida Araujo Alves mediante un contrato de compra venta, habiendo ingresado el demandado al inmueble debido a la labor de guardián del predio en el marco de una relación que lo vinculaba con esta última persona. El demandado señala que ingresó al inmueble cuando era un terreno lleno de arbustos y malezas, no teniendo relación con ningún interviniente en supuestos contratos de compra venta.</p> <p>La actividad probatoria se centra en determinar:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) La titularidad del derecho de propiedad del demandante respecto al inmueble materia del proceso ii) La titularidad del derecho de propiedad del demandado respecto al bien inmueble. iii) Si el documento en virtud al que la parte demandada habría adquirido el inmueble adolece de nulidad manifiesta, según el artículo 220 del Código Civil. <p>En este caso:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) El juez del proceso declaró fundada la demanda al considerar que el demandado no acreditó con documento fehaciente su condición de propietario. b) La Sala Superior revocó la sentencia de primera instancia indicando que el demandante no adquirió la propiedad del predio objeto del proceso. c) La Corte Suprema confirmó la sentencia de primera instancia, concluyendo que la demandante no tiene la condición de propietario del predio. d) Se ha omitido restringir la actividad probatoria a acreditar la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió.
--	--

<p>Cas. N° 1725-2016 LIMA ESTE</p> <p>Sala Civil Transitoria</p>	<p>El demandante Renzo Escobar Tillit pretende que el demandado Nolberto Albino Solano Todco desocupe el inmueble de su propiedad. Señala que celebró, en calidad de vendedor, un contrato de compra venta con el demandado; contrato que fue resuelto en razón a su incumplimiento por parte de éste último (no pagó ni firmó la escritura pública), lo que se le comunicó mediante carta notarial. El apoderado del demandado señala que la carta notarial no fue entregada en su domicilio, por lo que la resolución de contrato que contiene es ineficaz.</p> <p>La actividad probatoria ha versado sobre:</p> <p>i) si se ha cumplido o no con la formalidad para dar por resuelto el contrato de compra venta.</p> <p>En este caso:</p> <p>a) Los jueces consideraron que el presente caso era uno complejo, pues no se podía analizar si se configuró o no la resolución del contrato, en la medida que existe incertidumbre respecto a su comunicación.</p> <p>b) Se ha omitido restringir la actuación probatoria a acreditar la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió.</p>
--	---

<p>Cas. N° 1812-2016 LIMA</p> <p>Sala Civil Permanente</p>	<p>El Ejército del Perú interpone demanda de desalojo por ocupación precaria contra Surpasio Jorge Ocupa Tichiahuanca e Isabel Palomino Hernández, solicitando se ordene la restitución del inmueble de su propiedad, alegando además que la Municipalidad de Breña declaró el predio como finca ruinoso. El demandado refiere que el demandante le entregó, junto a otros compañeros discapacitados, la posesión del inmueble sub Litis, por pertenecer al Cuerpo General de Inválidos del Ejército del Perú.</p> <p>La actividad probatoria ha versado sobre:</p> <ul style="list-style-type: none">i) Determinar si la demandante tiene derecho a la restitución del bien.ii) Si el demandado tiene título de posesión en virtud de la Resolución Suprema N° 586-H, al tener la condición de discapacitado y formar parte del Cuerpo General de Inválidos y, como tal se le asignó la vivienda materia del proceso, para su uso dentro del conjunto habitacional y, por tanto no tiene la calidad de precario. <p>En este caso:</p> <ul style="list-style-type: none">a) La Corte Suprema ha establecido que tienen derecho a poseer los bienes inmuebles cedidos al Cuerpo General de Inválidos del Ejército, todos aquellos militares retirados por invalidez o discapacidad; razón por la que no podría ser considerados como ocupantes precarios.b) Se ha omitido restringir la actividad probatoria a acreditar la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió.
--	--

<p>Cas. N° 3736-2016 AREQUIPA</p> <p>Sala Civil Transitoria</p>	<p>Los demandantes Gustavo Cesar Laguna Vásquez y Cristina Valenzuela Guillen pretenden que se disponga la restitución del bien inmueble de su propiedad inscrito en los Registros Públicos, alegando que los demandados Percy Flores Huarachi y Sofía Melina Quiroz Coaguila de Flores ocupan dicho inmueble sin título que justifique su posesión, por cuanto el que tenían ha fenecido debido a que el contrato de mutuo anticrético celebrado entre éstos y los anteriores propietarios (deudores anticréticos), ha concluido, al haberseles comunicado sobre la titularidad de los demandantes (nuevos propietarios) sobre el bien y consignado judicialmente la cantidad adeudada a favor de los demandados.</p> <p>La actividad probatoria ha versado sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Determinar si los demandantes han asumido la obligación de hacerse cargo del mutuo anticrético adeudado por los anteriores propietarios con los acreedores anticréticos demandados, conforme a la escritura pública de compra venta celebrados entre ellos y, la cantidad de la deuda anticrética. ii) Si asiste a los demandados el derecho de retención sobre el inmueble materia del proceso. iii) Si los documentos (Acta de conciliación extrajudicial, Reconocimiento de mejoras y Acta de compromiso) que sustentarían el derecho de retención de los demandados sobre el bien tienen o no eficacia frente a terceros por tratarse de documentos privados y no haber sido elevados a escritura pública. iv) Si no se ha verificado incumplimiento contractual por parte de los demandantes en el pago de la deuda anticrética, entonces los demandados no se encuentran legitimados para ejercer su derecho de retención sobre el bien sub Litis, en consecuencia son precarios. <p>En este caso se ha omitido restringir la actividad probatoria a acreditar la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió.</p>
---	---

<p>Cas. N° 4069-2016 VENTANILLA</p> <p>Sala Civil Permanente</p>	<p>El demandante Luis Alberto Valenzuela Ayala interpone demanda de desalojo por ocupación precaria contra Sabino Pablo Llanos Rubina y Julia Soto Jaramillo, a fin de que desocupen el inmueble de su propiedad. Los demandados alegan no haber vendido el inmueble materia del proceso por encontrarse hipotecado y que la minuta de venta de su propiedad es falsa, por lo que han formulado denuncia penal.</p> <p>La actividad probatoria ha versado sobre los siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none">i) La titularidad del derecho de propiedad del demandante sobre el inmueble materia de proceso, conforme a su inscripción registral, el mismo que no ha sido cancelado, en consecuencia su contenido se presume exacto y veraz, produciendo todos sus efectos jurídicos.ii) Si la pretensión por edificación en terreno ajeno puede o no ser discutida dentro del proceso de ocupación precaria. <p>En este caso:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Los jueces determinaron que los demandados podrían accionar en la vía correspondiente, en la cual se podrá dilucidar si existió o no buena fe en la edificación de las construcciones.b) Se ha omitido restringir la actividad probatoria a acreditar la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió.
--	--

<p>Cas. N° 1532-2016 LORETO</p> <p>Sala Civil Permanente</p>	<p>El demandante José Miguel Dávila Ruiz interpone demanda de desalojo por ocupante precario contra Raúl Romeo Rojas Rivero, Elgo Yahuarcani Tapayuri, Sara Fasabi Sangama, María Alcalde Rumiche, Rubén Furo Campana, Blanca Baltazar de Cueva, Honorio Hurtado Arbildo y Helly Margarita Medina Vargas, a fin de que le restituyan el inmueble de su propiedad, pues afirma que no tienen título que les autorice a ocupar dicho inmueble. Los demandados Raúl Romeo Rojas Rivero, Helly Margarita Medina Vargas y la sociedad conyugal integrada por Blanca Artemiza Balcázar de Cueva y Erico Ramón Cueva Salazar alegan que han ejercido la posesión de predio, en áreas distintas y divididas, por más de 10 años, contando con los requisitos para adquirir la propiedad del predio, indicando además haber realizado edificaciones de material noble que no son propiedad del demandante, por tanto no procede su restitución.</p> <p>La actividad probatoria se ha centrado en determinar:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) La titularidad del derecho de propiedad del demandante respecto al inmueble materia del proceso. ii) Si las edificaciones realizadas en el bien objeto del proceso es de propiedad del demandante. iii) Si la parte demandada cuenta con título que justifica su posesión, constituido por la sentencia casatoria sobre prescripción adquisitiva de dominio del bien a su favor. iv) Si los efectos declarativos de dicha casación favorable a uno de los codemandados, puede reconocer derecho alguno a favor de los demás codemandados sobre el área restante del predio sub litis. <p>En este caso, se ha omitido restringir la actividad probatoria a acreditar la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió.</p>
--	--

<p>Cas. N° 4742-2017 CUSCO</p> <p>Sala Civil Permanente</p>	<p>Los demandantes Jorge Calderón Cevallos y María Molina Huayto interponen demanda de desalojo por ocupación precaria contra Gregorio, Maura, Nicolás, Francisco y Alberto Calderón Molina, a fin de que desocupen el inmueble de su propiedad, con la finalidad de que al ser personas ancianas, tienen el deseo de alquilar su habitación, costear su alimentación y medicamentos, debido a las enfermedades que adolecen, sin embargo, los demandados, sus hijos, no les permiten ingresar al inmueble materia del proceso y no pagan renta. La demandada Maura Calderón Molina alega que ocupa una de las habitaciones a causa del pago de una deuda contraída por sus padres y, otra habitación por haberla adquirido de una compra venta de su hermano Gregorio, quien adquirió el bien de los demandantes.</p> <p>La actividad probatoria ha versado sobre lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) La titularidad del derecho de propiedad de los demandantes respecto al bien inmueble. ii) El título vigente que ampare la posesión de la demandada Maura Calderón Molina iii) Si el derecho a uso de la habitación puede o no colisionar con el derecho a reivindicar de los propietarios, por cuanto se debe tener en cuenta la defensa de la dignidad del ser humano (anciano). <p>Los jueces concluyeron que no es aplicable al presente caso el artículo 1028 del Código Civil, por cuanto las relaciones posesorias nacidas de los vínculos de familiares son actos de tolerancia que no configuran actos de posesión; por tanto existe precariedad en el caso.</p> <p>Adicionalmente, concluyeron que a diferencia de la Casación N° 1784-2012 Ica, en la que se estableció que la conviviente y sus menores hijos no pueden ser considerados precarios al producirse una extensión del derecho de uso y habitación que le otorgaron los demandantes; en el presente caso, los hijos son mayores de edad y no procuran la manutención de sus ancianos padres; de allí la inaplicación de la indicada casación al presente caso.</p> <p>En este caso, también se ha omitido restringir la actividad probatoria a acreditar la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió.</p>
---	--

<p>Cas. N° 2195-2011 UCAAYALI</p> <p>(Cuarto Pleno Casatorio Civil)</p>	<p>El demandante Luis Arturo Correa Linares, apoderado de Luis Miguel, Jorge Enrique y Cesar Arturo Correa Panduro interpone demanda de desalojo por ocupante precario contra Mirna Lisbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco, a fin de que se ordene el desalojo del inmueble de su propiedad. Los demandados alegan poseer el bien por más de 40 años, por lo que ha operado la prescripción adquisitiva de dominio sobre el bien y, que los poderdantes no han poseído nunca el bien, el que pertenece a los padres de la codemandada y de su hermana (madre de los poderdantes).</p> <p>La actividad probatoria se ha centrado en:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Determinar la titularidad del derecho de propiedad de la demandante sobre el bien materia de reclamo, al haberlo adquirido en anticipo de legítima de la señora Nancy Panduro Abarca. ii) Determinar si la posesión a título de propietarios por usucapión que alegan los demandados desvirtúan o no la precariedad de la posesión, en consecuencia si resulta viable el desalojo. <p>En este caso:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La Corte Suprema confirmó la sentencia de vista, que confirmó la sentencia de primera instancia, precisando que los demandantes han acreditado haber obtenido la titularidad sobre el bien materia de reclamo, al haberlo recibido en anticipo de legítima; aclarando que la posesión invocada a título de propietario por la prescripción, se observa que los documentos que se adjuntan, varios de ellos aparecen a nombre de terceros, lo que no desvirtúa la precariedad. b) Se ha omitido restringir la actividad probatoria a acreditar la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió.
---	--

Como se advierte de los cuadros anteriormente expuestos, en los procesos de desalojo por ocupación precaria, los jueces omiten restringir la actividad probatoria a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió.

Nótese que en estos procesos de tutela sumaria, la actividad probatoria versa sobre cuestiones distintas a la obligación de restitución de la posesión, centrando su actividad probatoria en controversias de cognición plena que deberían ser dilucidados en el proceso ordinario correspondiente y no, en procesos de desalojo por ocupante precario, que son procesos de cognición sumaria, derivada de su limitada actividad probatoria, principalmente.

En tal sentido y, solo por citar algunos ejemplos, la actividad probatoria admitida por el juez en los procesos de desalojo por ocupación precaria, se ha centra en determinar: i) la legitimidad de contratos a mérito de los que posee el bien, ii) la titularidad del derecho de propiedad de las partes, principalmente de la parte demandante, iii) si un contrato de compra venta ha fenecido o no, iv) si se han cumplido o no con la formalidad para dar resuelto un contrato de compra venta, v) si se sustenta el derecho de retención de los poseedores, vi) si existió o no buena fe en la construcción en terreno ajeno, vii) si el derecho a uso de la habitación puede o no colisionar con el derecho a reivindicar el bien, viii) si la posesión que se ejerce es a título de propiedad por usucapión, entre otros supuestos.

En este contexto, la amplitud de la actividad probatoria en procesos de desalojo por ocupante precario, genera la ausencia de tutela sumaria en estos procesos, pues dicha amplitud desnaturaliza este proceso, dejando de lado la protección de la posesión mediata, generando un proceso injusto para la parte a la que le asiste la razón.

Adicionalmente, es necesario indicar que la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de sus Salas Civiles, dictaron la Sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación N° 2195-2011-Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14 de agosto de 2013), con motivo de la resolución de un recurso de casación presentado en un caso sobre desalojo por ocupación precaria; Sentencia que lejos de uniformizar la jurisprudencia nacional, ha generado mayor confusión en la aplicación del procedimiento de restitución de bienes inmuebles, a través del proceso de desalojo por ocupación precaria.

Esta confusión que ha generado el Cuarto Pleno Casatorio Civil se materializa cuando los jueces civiles y las mismas salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, admiten una actividad probatoria amplia, generando mayor controversia y cognición plenaria en procesos de tutela sumaria como el desalojo por ocupación precaria, en el que la actividad probatoria debe restringirse a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien inmueble a quien la concedió como lo hemos explicado anteriormente, con el fin de lograr la simplificación del procedimiento y la solución en plazo razonable de estos casos.

En tal contexto, el Cuarto Pleno Casatorio Civil también pone en evidencia la omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió, ampliando supuestos de posesión precaria en los que en realidad, no existe precariedad, conforme lo explicamos a continuación:

2. Es precario el poseedor de un bien inmueble en los casos de resolución extrajudicial de un contrato. En este supuesto, según este Pleno, el juez deberá verificar el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista en la ley o el contrato, objeto de discusión distinta a la acreditar la obligación de restitución del bien.
3. Es precario de un bien inmueble en los supuestos de vencimiento de plazo de contrato de arrendamiento con requerimiento de la conclusión y devolución del inmueble manifestada por el arrendador. En este supuesto, el juez del proceso deberá verificar el vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento y el requerimiento de su conclusión y devolución del bien por parte del arrendatario; sin tenerse en cuenta que ya existen procedimientos para la restitución de la posesión en el marco de contratos de arrendamiento, que no deben transitar por el proceso de desalojo por ocupación precaria, pues la posesión mediata que se alega no cuenta con vínculo contractual; no existiendo precariedad.
4. Es precario aquel que ostenta un título posesorio, del que el juez del proceso advierte su invalidez absoluta y evidente. El Pleno sostiene que el juez solo

analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia, declarando fundada o infundada la demanda, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes adolece de nulidad manifiesta. Sin embargo, en este supuesto tampoco se acredita la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió.

Es importante precisar que el 18 de enero de 2017, se ha publicado en el Diario Oficial El Peruano el IX Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4442-2015- Moquegua), que ha modificado el precedente vinculante contenido en el punto 5.3 del Cuarto Pleno Casatorio Civil, estableciendo en su punto 8, lo siguiente:

“Se modifica el precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: 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, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutive de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta”

Al respecto y, siempre en armonía con nuestra posición de pretender lograr la actuación de la tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupación precaria, debemos expresar nuestra discrepancia con esta nueva regla

establecida en el IX Pleno Casatorio Civil, en razón a que la tutela sumaria a la que se hace referencia en esta investigación no solo está referida a la abreviación de plazos sino principalmente a la cognición sumaria del proceso, debido a su menor exigencia probatoria, lo que a su vez, parte por identificar el objeto específico y parcial de discusión en un proceso de desalojo por ocupación precaria.

Como hemos explicado, dicho objeto de cognición debe estar enfocado a determinar si existe o no la obligación de restituir la posesión del bien a quien lo concedió, sin evaluar títulos de dominio, sino solamente el hecho fáctico de la posesión, debiendo precisarse que cualquier otra discusión que implique el análisis de los títulos de dominio deberá desarrollarse en un proceso plenario, con la finalidad de no desnaturalizar el proceso de tutela sumaria del desalojo por ocupación precaria.

Al respecto, la doctrina considera que el IX Pleno Casatorio Civil contiene errores y que la modificación realizada se ha hecho empeorando lo establecido en el IV Pleno Casatorio Civil, si se tiene en cuenta que la declaración oficiosa del juez respecto a la nulidad de algún acto jurídico podría vulnerar el derecho de defensa de las partes, como componente de un del derecho constitucional a un debido proceso judicial, debido al plazo mínimo de cinco días para contestar la demanda, sin la posibilidad de reconvenir la demanda y, principalmente debido a la limitación de los medios probatorios y la cognición sumaria de la controversia específica que se debaten en procesos de tutela sumaria como el desalojo, al margen de su

sumariedad estructural o formal, que implica la abreviación de plazos y menor número de actos procesales.

En síntesis, se trata de no desnaturalizar el proceso de tutela sumaria pretendiendo convertirlo en un proceso plenario, que en realidad no lo es.

5. Es precario el arrendatario cuyo bien que posee ha sido enajenado y su contrato de arrendamiento no está inscrito en los registros públicos, respecto al nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiera comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del Código Civil. En este supuesto el juez deberá verificar además que el demandante haya requerido en forma previa a la demandada, mediante documento de fecha cierta, la devolución del inmueble, o en todo caso, que en el contrato de compra venta haya manifestado que no continuará el arrendamiento.

En este supuesto tampoco se configura el ejercicio de la posesión mediata por parte del demandante, por tanto no podría transitar por un proceso de desalojo por ocupación precaria.

6. Es precario el poseedor que afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo, sea de buena o mala fe. En estos supuestos, el juez del proceso deberá verificar si el demandante tiene o no el derecho a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar lo que considere pertinente, respecto a las edificaciones o modificaciones realizadas en el predio materia de desalojo.

En este supuesto, tampoco se alega el ejercicio de la posesión mediata, en consecuencia, no se busca acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien, sino “el derecho a disfrutar de la posesión” que invoca el demandante.

7. En los casos en los que el demandado alegue haber adquirido el bien por usucapión, corresponde al juez valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión, debiendo declarar, si surge en él la convicción, si corresponde o no el derecho de poseer a favor del demandante o del demandado.

En este supuesto, tampoco se acredita la obligación de restitución del bien a quien la concedió, sino el derecho de usucapión del demandado, que debería analizarse en un proceso de prescripción adquisitiva de dominio y no en un proceso de desalojo por ocupación precaria.

Es importante precisar que en el numeral 64 del citado Pleno Casatorio Civil se ha establecido que en todos los casos anteriormente descritos, el juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino deberá pronunciarse por el fondo de la materia; sin tener en cuenta que los supuestos anteriormente descritos no corresponden al caso de ocupantes precarios, pues como se advierte, en ninguno de los supuestos mencionados existe la obligación de restituir la posesión del predio a quien la concedió de manera voluntaria, temporal y sin

pago de renta; es decir, no existe precariedad en estos casos considerados en el Cuarto Pleno Casatorio Civil.

Adicionalmente a la jurisprudencia considerada en los cuadros antes diseñados, me permito presentar más casos en el Anexo N° 3 de la presente investigación, que también ponen en evidencia la omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución del bien a quien la concedió.

Esta constatación permite demostrar además la ausencia de tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupación precaria, en todas las jurisprudencias antes citadas, conforme lo explicaremos a continuación.

5.3 AUSENCIA DE TUTELA SUMARIA EN LOS PROCESOS DE DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO Y LA AFECTACIÓN A LA TUTELA JURISDICCIONAL ADECUADA Y EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PARTES

La posesión es un hecho que tutela nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, a través de las acciones posesorias como los interdictos y el proceso de desalojo, los mismos que se desenvuelven en el marco de la tutela sumaria, debido a su menor complejidad probatoria y a la solución del caso en un tiempo razonable, facilitando el acceso a la jurisdicción de los litigantes y generando menores costos en la restitución de la posesión lesionada.

Los procesos de desalojo por ocupación precaria tienen por finalidad obtener del órgano jurisdiccional se disponga la restitución de la posesión del bien a quien la concedió (de manera voluntaria, temporal y con la facultad de solicitar la devolución del bien de manera inmediata); hecho que necesita una verificación simplificada de la posesión que se alega y su vulneración, de allí que la tutela diseñada para estos procesos es la sumaria, en razón también a la simplificación del procedimiento en actos procesales y plazo y a la limitación de la cognición de la controversia.

Entonces, como se advierte, el objeto de discusión queda limitado a acreditar si existe o no la obligación de restituir la posesión otorgada, con la finalidad de lograr la protección de la posesión que ejerce el demandante (poseedor mediato).

En tal sentido, el proceso de desalojo por ocupación precaria no es escenario en el que se pueda debatir controversias que exigen un nivel mayor de prueba o de cognición, como por ejemplo el derecho de propiedad de alguna de las partes, la evaluación de incumplimiento contractual de alguna de las partes o si ha operado la prescripción adquisitiva de dominio de parte del demandado, por citar algunos ejemplos, sino solamente determinar si existe la obligación de restituir la posesión del bien inmueble a quien la concedió.

Cabe precisar que controversias como las descritas anteriormente pueden resolverse en procesos plenarios tales como la reivindicación, la prescripción adquisitiva de dominio, la resolución judicial de contratos, entre otras, teniendo las partes la posibilidad de actuar un número de medios de prueba ilimitado en

este tipo de procesos que están diseñados para un debate amplio y además gozan de la calidad de cosa juzgada, características que no corresponden a un proceso de tutela sumaria como el desalojo por ocupación precaria.

Sin embargo, en la actualidad, la actividad probatoria que se desarrolla en los procesos de desalojo por ocupación precaria es ilimitada debido a que los jueces admiten una amplia actividad probatoria, centrándose en la discusión de controversias complejas propias de los procesos plenarios, generando la ausencia de la tutela sumaria y la afectación al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional adecuada y efectiva de los derechos de las partes.

Como ya se ha citado anteriormente la definición del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de los derechos de las partes, debemos recordar que este derecho es uno de contenido complejo que comprende el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales, derecho a un proceso con las garantías mínimas, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; pero debe tenerse en cuenta que la función principal que cumple la tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de los derechos es la real protección de la situación jurídica material lesionada.

Con relación a la tutela sumaria, ésta comprende: i) el conocimiento parcial de una situación provisional, estando facultadas las partes a acudir a un proceso plenario posterior para la revisión de la sentencia obtenida, ii) la menor exigencia probatoria para la solución del caso, iii) un procedimiento célere y breve, iv) la efectividad de la protección al derecho material vulnerado, v) la

adecuación procedimental al derecho material vulnerado para lograr una finalidad específica, vi) la solución de la controversia en un plazo razonable, vii) la igualdad de las partes en el proceso, evitando alegaciones y defensas dilatorias de alguna de ellas y, viii) la economía de los juicios.

La ausencia de tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupación precaria afecta al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional adecuada y efectiva de los derechos de las partes, de la siguiente manera:

1. El hecho de la posesión y su vulneración es una situación provisional y de comprobación evidente, razón por la que la cognición de la controversia en el proceso de desalojo por ocupación precaria es limitada, en consecuencia, la sentencia que se dicte en dicho proceso es provisional y podría ser revisada en un proceso plenario posterior, en el que puedan dilucidarse cuestiones complejas que no se discuten en procesos sumarios como el desalojo.

Como se ha demostrado en la jurisprudencia citada anteriormente, en los procesos de desalojo por ocupación precaria se está ampliando innecesariamente la actividad probatoria para acreditar cuestiones complejas o distintas a la situación provisional de la posesión, lo que por lo demás genera mayor cognición y actividad procesal para la solución del caso planteado; en tal sentido, se distrae el objeto de discusión específico del proceso de desalojo por ocupante precario (es decir, si existe o no la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió), evitando de esta forma, proteger la posesión mediata alegada por el demandante, lo que

genera a su vez la afectación de la tutela jurisdiccional adecuada y efectiva de la situación jurídica de la posesión, en primer lugar.

2. En un proceso de desalojo por ocupante precario la actividad probatoria debe estar restringida a acreditar si existe o no la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió, con la finalidad de lograr la tutela real del hecho de la posesión alegada por el demandante.

En caso de realizar actividad probatoria exhaustiva e innecesaria en lugar de limitarse a acreditar un hecho de comprobación simple como es la posesión que evidencia el demandante, entonces la tutela reclamada para la posesión vulnerada quedará postergada, afectando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la posesión del demandante, más aun cuando a éste le asiste la razón.

3. El proceso de desalojo por ocupante precario es un proceso de tutela sumaria también porque comprende un procedimiento célere y breve, derivado del conocimiento limitado y de una menor actividad probatoria para la solución de estos procesos.

Si el proceso de desalojo por ocupante precario (destinado a proteger una situación provisional y de fácil prueba como es la posesión lesionada), es lento y largo, entonces se afecta el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que es un componente del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en razón a que se posterga la necesidad de tutela de la posesión del

demandante, que únicamente exige la restitución de la posesión del bien a quien la ha concedido.

4. El proceso de desalojo por ocupante precario está diseñado para tutelar el hecho de la posesión mediata que alega el demandante respecto del bien no restituído por el demandado (precario), es decir, este mecanismo procesal resulta adecuado y eficaz para proteger el hecho simple de la posesión, con la finalidad de lograr la restitución de la posesión del bien a favor de quien la concedió.

En la actualidad, este proceso de desalojo por ocupación precaria que tutela el hecho de la posesión lesionada, es empleado para lograr otra finalidad distinta a la restitución de la posesión del bien, entonces, se afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de la situación jurídica de la posesión, pues no logrará la finalidad específica de este proceso, que es la restitución de la posesión del bien a quien la concedió, evitando la tutela adecuada de la posesión lesionada.

Conforme a la jurisprudencia antes citada, el proceso de desalojo por ocupación precaria que se tramita en vía sumaria está siendo empleado para controversias complejas que exigen amplitud probatoria y cognición profunda, poniendo en evidencia la ausencia de tutela sumaria en estos procesos, dejando desprotegida la situación de ventaja de la posesión, que tiene un estándar probatorio menos exigente; afectando en consecuencia la

tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de la posesión mediata del demandante.

5. El tiempo que se invierte en la solución de los procesos de desalojo por ocupación precaria resulta innecesario, toda vez que en lugar de discutir una controversia de simple cognición como es la comprobación del hecho de la posesión, se centra la discusión en hechos que requieren mayor exigencia probatoria, tornando lento el proceso y generando que la sentencia no se expida en un plazo razonable.

La ausencia de tutela sumaria genera la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional adecuada y efectiva de la posesión, en razón a que no se brinda a esta situación jurídica protección oportuna en el proceso de desalojo por ocupante precario, generando una carga innecesaria en el tiempo de vida de las partes, principalmente de la parte a quien le asiste la razón.

Nótese que en las jurisprudencias citadas, el proceso de desalojo por ocupante precario ha transitado hasta la Corte Suprema de Justicia de la República, a través del recurso de casación, generando el empleo de un tiempo relevante en la solución de casos en los que la actividad probatoria no estuvo destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió.

6. La ausencia de tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupante precario afecta el derecho a la tutela jurisdiccional adecuada y efectiva de los derechos de las partes, al generar desigualdad en la alegación y defensa de alguna de

ellas o de ambas; específicamente, cuando se distrae el objeto de discusión del proceso con actividad probatoria innecesaria e ilimitada que no corresponden evaluar en estos procesos, como la titularidad del derecho de propiedad de las partes, la resolución extrajudicial de un contrato, la prescripción adquisitiva de dominio de un bien o, las edificaciones de buena o mal fe en terreno ajeno, por citar algunos ejemplos.

Nótese en la jurisprudencia revisada la Corte Suprema de Justicia de la República atiende la pretensión contenida en la demanda de desalojo por ocupación precaria, luego de haberse evaluado el título de dominio del demandante, obviando hacerlo en el caso del demandado, a quien se le envía a otro proceso plenario posterior para la evaluación de su título; lo que no debe ocurrir en un proceso de tutela sumaria como el desalojo.

7. Finalmente, la ausencia de tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupante precario afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de los derechos de las partes, debido a que la resolución de estos casos se torna costosa para las partes, pues las cuestiones que se debaten en dichos procesos, son de cognición plena (mejor derecho de propiedad, resolución extrajudicial de contratos, edificaciones en terreno ajeno, prescripción adquisitiva de dominio, entre otras) y, no de cognición sumaria (menor actividad probatoria); lo que genera mayor gasto de tiempo y dinero para las partes en particular y para el sistema de justicia en general, generando dificultades para el acceso a la función jurisdiccional para la tutela de la posesión.

Es importante precisar que los procesos en los que está presente la tutela sumaria no tienen un costo alto, ni existe despilfarro de recursos en la solución del caso, debido a que la actividad probatoria es limitada a un objeto de discusión específico, cual es acreditar la obligación de restitución del bien a quien la concedió, en función al que se tomará una decisión provisional y rápida; resultando más accesible la función jurisdiccional, a quienes no cuentan con recursos económicos para atender un proceso judicial largo y lento.

5.4 MECANISMOS QUE PERMITIRÍAN LA ACTUACIÓN DE LA TUTELA SUMARIA EN LOS PROCESOS DE DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO

Considero que entre los mecanismos que permitirían la actuación de la tutela sumaria, se encuentran los siguientes:

1. El juez debe enfocarse en evaluar el objeto de discusión específico y parcial del proceso de desalojo por ocupante precario, debiendo restringir la actividad probatoria destinada a acreditar si existe o no la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió, evitando admitir y evaluar cuestiones distintas a este objeto que puedan generar dilación en la solución del caso.
2. El proceso de desalojo por ocupante precario debe ser tramitado de manera celeré, abreviada y en un tiempo razonable, evitando admitir alegaciones y

defensas dilatorias de las partes, no relacionadas al objeto de discusión del indicado proceso.

3. El juez debe concentrarse en la tutela de la posesión lesionada, debiendo adecuar el proceso de desalojo por ocupación precaria al logro de la restitución de la posesión a favor de quien la concedió.
4. Debe evitarse la desigualdad de las partes en el proceso de desalojo por ocupante precario; en tal sentido, se debe otorgar a las partes las mismas posibilidades de defensa en el proceso, siempre y cuando, estén relacionadas al objeto de discusión específico del mismo.
5. El juez del proceso de desalojo por ocupación precaria debe evitar mayores costos a las partes en particular y al sistema de justicia en general, tramitando el proceso sin realizar actividad probatoria innecesaria, que no tenga por finalidad acreditar la existencia de la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió.
6. La ausencia de tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupante precario, está siendo generada por la definición deficiente de la posesión precaria contenida en el artículo 911 del Código Civil, que señala: “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”, regulación que ha generado que el precario sea aquel que no tiene cómo justificar la posesión que ostenta, generando varios casos de supuesta precariedad, cuando ésta en realidad no se configura, conforme se advierte de los supuestos establecidos mediante el Cuarto Pleno Casatorio Civil, que han sido expuestos anteriormente.

Esta modificación permitiría actuar la tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupación precaria, en razón a que la actividad probatoria se restringiría a acreditar la existencia de la obligación de la restitución de la posesión a quien la concedió, con una mayor celeridad y abreviación en la tramitación de estos procesos, logrando de esta forma una tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de la posesión mediata, que es la situación jurídica material que se debe proteger con la acción posesoria del desalojo.

Es importante precisar que en agosto del presente año 2019, se ha difundido el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil Peruano de 1984, el que no ha considerado entre sus propuestas de modificación, la del artículo 911 del Código Civil que regula la figura del precario; modificación que habría podido zanjar el contexto de confusión generada por la redacción confusa e interpretación errada de esta norma por los operadores jurídicos, principalmente por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través del Cuarto Pleno Casatorio Civil.

7. El legislador debe establecer la regulación de la revisión de la sentencia provisional dictada en el proceso de desalojo por ocupación precaria en un proceso plenario posterior, si existen cuestiones complejas pendientes que debatir respecto a la decisión tomada por el juez del proceso, con relación a la posesión mediata acreditada.

8. El legislador debe regular la competencia del Juzgado de Paz Letrado para conocer el proceso de desalojo por ocupante precario; ello con la finalidad de evitar la dilación innecesaria de su tramitación hasta la Corte Suprema de Justicia de la República y, en consecuencia la postergación de la tutela de la posesión (situación jurídica simple); si se tiene presente que procesos de desalojo por la causal de ocupación precaria transitan desde un Juzgado Civil Especializado hasta la Corte Suprema de Justicia de la República, generando postergación de tutela de la posesión, dilación innecesaria del proceso, dificultad en el acceso a la función jurisdiccional y altos costos en tiempo y dinero para los justiciables y para el sistema de justicia en general.
9. Finalmente, otro mecanismo que permitiría la actuación de la tutela sumaria es el diseño de criterios rectores para la unificación de la jurisprudencia respecto a la actividad probatoria en los procesos de desalojo por ocupante precario, conforme lo detallaremos a continuación.

5.5 CRITERIOS RECTORES PARA LA UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN LOS PROCESOS DE DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO

El 13 de agosto de 2012, se ha dictado un precedente judicial vinculante sobre la posesión y el ocupante precario (Casación N° 2195-2011 UCAYALI), publicado en el Diario Oficial El Peruano el 14 de agosto de 2013.

Esta sentencia casatoria ha establecido criterios que –desde la perspectiva de los jueces de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República-,

permitiría solucionar los procesos de desalojo por ocupante precario en forma predecible, precisa y oportuna. Estos criterios son:

1. La definición del precario: Es precario quien esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer (comprende también al servidor de la posesión) y; que el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido por diversas causas (invalidez, nulidad o ineficacia del acto jurídico que lo originó), según el numeral 54 y siguientes de la Sentencia.
2. La restitución a la que hace referencia el artículo 585 del Código Procesal Civil debe entenderse, según este Pleno, como “entrega de la posesión”, es decir en un sentido amplio y no restringido.
3. La controversia debe circunscribirse sustancialmente a la alegación y probanza del derecho al disfrute de la posesión inmediata.
4. Tienen legitimidad activa quienes resulten tener calidad para solicitar la “entrega” de la posesión del inmueble.
5. Tienen legitimidad pasiva todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión inmediata o que, en todo caso, en la realidad se ha producido la desaparición de actos o hechos, jurídicamente regulados y protegidos, generando como efecto la pérdida del derecho a poseer.

6. Ha establecido como casos que configurarían supuestos de ocupantes precarios: i) en casos de resolución extrajudicial de un contrato, es precario quien posee el inmueble por haber fenecido el título que lo habilitaba para seguir poseyendo el bien, ii) en el supuesto previsto en el artículo 1704 del Código Procesal Civil, es precario por fenecimiento de su título el arrendatario a quien se le ha requerido la conclusión del contrato y la devolución del bien, iii) En caso de advertirse la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme al artículo 220 del Código Civil, iv) La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en Registros Públicos, convierte en precario al arrendatario, v) En casos en los que el demandado haya realizado edificaciones sobre el predio materia de desalojo, no justifica que se declare improcedente la demanda y, vi) La mera alegación del demandado de haber adquirido el bien por usucapión no basta para destruir la pretensión de desalojo y declarar la improcedencia de la demanda.
7. La demanda de desalojo por ocupación precaria deberá ser declarada fundada si el documento que opone el demandado no es de fecha cierta.

Como se advierte, en la actualidad se encuentran vigentes estas reglas en el Cuarto Pleno Casatorio Civil; sin embargo, desde mi perspectiva los criterios para la unificación de la jurisprudencia, respecto a la actividad probatoria en los procesos de desalojo por ocupante precario, deberían ser los siguientes:

1. Establecer una definición correcta del precario: Es precario el poseedor inmediato de un bien inmueble, a quien el poseedor mediato le ha otorgado su posesión de manera voluntaria, sin pago de renta y hasta que este último revoque su voluntad y, por este hecho se encuentra en la obligación de restituir la posesión cedida cuando le sea requerida.

Este primer criterio permitiría comprender que el desalojo por ocupación precaria es el mecanismo procesal que permite resolver controversias en la relación de poseedor mediato (demandante) y el poseedor inmediato (precario – demandado), siendo el único objeto materia de discusión si existe la obligación o no restituir la posesión cedida de manera temporal y gratuita por el demandante, con la finalidad de limitar la actividad probatoria al respecto.

2. El término “restitución” al que hace referencia el artículo 585 del Código Procesal Civil debe entenderse como devolución (a quien otorgó la posesión) y no como “entrega” del bien inmueble a quien lo reclame, en concordancia con lo establecido en el artículo 587 de esta misma norma, que establece la relación entre el demandante y la persona a quien éste cedió la posesión.
3. La actividad probatoria debe restringirse a acreditar la existencia de la obligación de restituir la posesión del bien inmueble a quien la concedió, como objeto único de discusión en los procesos de desalojo por ocupación precaria, desde la fijación de los puntos controvertidos, al momento de admitir los medios de prueba ofrecidos por las partes, al momento de actuar

los medios de prueba admitidos, hasta la valoración de los medios de prueba actuados.

4. Debe establecerse que la legitimidad activa la ostentan los poseedores mediatos que hayan concedido la posesión del inmueble al poseedor inmediato (precario), para solicitar la restitución del bien.
5. Debe establecerse que la legitimidad pasiva la ostenta aquel poseedor inmediato (precario), a quien se le ha cedido la posesión del bien, de manera voluntaria, sin pago de renta y hasta que el poseedor mediatos le solicite la restitución de la posesión del bien.
6. En ningún caso podrá debatirse en el proceso de desalojo por ocupación precaria cuestiones relacionadas a la titularidad del derecho de propiedad de las partes o a cuestiones distintas que impliquen actividad probatoria distinta a acreditar la existencia de la obligación de restitución de la posesión del bien inmueble a quien la concedió; estas cuestiones deberán ser debatidas en un proceso plenario posterior y con las mismas posibilidades de defensa de ambas partes.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Se ha logrado determinar cómo la omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió genera la ausencia de tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupación precaria.

SEGUNDA

Se ha logrado conocer el proceso que se sigue para acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió, analizando que el demandante (poseedor mediato) haya cedido al demandado (poseedor inmediato) la posesión del bien, sin mediar relación contractual y, de que el demandado se encuentre obligado a restituir la posesión del bien a quien se la otorgó; ello en el marco de un proceso de tutela sumaria que tiene como características el conocimiento parcial de la controversia y una menor exigencia probatoria para la solución del caso.

TERCERA

Se ha logrado precisar cómo se evidencia la omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió en las referencias jurisprudenciales, en razón a que en éstas se advierte que la actividad probatoria en estos procesos -desde la fijación de los puntos controvertidos hasta la valoración de los medios de prueba-, versa sobre cuestiones complejas y distintas a la obligación de restitución de la posesión, que deberían ser dilucidados en el proceso plenario correspondiente y no en procesos de desalojo por ocupante precario, que son procesos de cognición sumaria, derivada de su limitada actividad probatoria y de un objeto de discusión específico y simple.

CUARTA

Así también se ha logrado precisar cómo la ausencia de tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupante precario afecta la tutela jurisdiccional adecuada y efectiva de los derechos de las partes, en tanto genera, en primer lugar, la ausencia de tutela real y efectiva de la posesión mediata lesionada, así como la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, restringiendo el acceso a la función jurisdiccional de los justiciables, debido a los altos costos que genera su tramitación lenta y larga.

QUINTA

Se ha logrado establecer cuáles son los mecanismos que permitirían la actuación de la tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupante precario; a través de un enfoque en el objeto de discusión específico, destinado a acreditar si existe la obligación de restituir la posesión del bien a quien la concedió, mediante una tramitación célere, abreviada y en plazo razonable, concentrándose en tutelar la posesión mediata, adecuando el proceso para lograr su restitución, evitando desigualdad y mayores costos a los justiciables y al sistema de justicia; asimismo, a través de la correcta regulación de la posesión precaria en el Código Civil, de la revisión de la sentencia provisional dictada en el proceso sumario, en un proceso plenario posterior, la regulación de la competencia del Juzgado de Paz Letrado para conocer estos procesos de tutela sumaria y, el diseño de criterios rectores para unificar la jurisprudencia respecto a la actividad probatoria en los procesos de desalojo por ocupación precaria.

SEXTA

Se ha logrado establecer cuáles son los criterios rectores para la unificación de la jurisprudencia respecto a la actividad probatoria en los procesos de desalojo por ocupante precario, estableciendo la definición de precario y de la restitución de la posesión; asimismo, estableciendo que la actividad probatoria debe restringirse a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió, desde la fijación de los puntos controvertidos hasta la valoración de los medios de

prueba, la legitimidad activa y pasiva de las partes y, las cuestiones que no deben debatirse en un proceso de tutela sumaria como el desalojo por ocupación precaria, tales como la titularidad del derecho de propiedad del bien u otras que revistan mayor actividad probatoria de las partes.

RECOMENDACIONES

Primera: Se recomienda a los señores magistrados que en los procesos de desalojo por ocupante precario se concentren en tutelar la situación jurídica de la posesión que se alega vulnerada, a través de la restricción de la actividad probatoria a acreditar la existencia de la obligación de restitución de la posesión del bien inmueble a quien la concedió, para actuar, de esta manera, la tutela sumaria en estos procesos, generando una tutela real y efectiva de la posesión mediata lesionada, así como la solución del caso en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas y con un menor tiempo y dinero, facilitando el acceso a la jurisdicción de los justiciables.

Segunda: Se recomienda al legislador la modificación del artículo 911 del Código Civil que regula la posesión precaria para permitir actuar la tutela sumaria en los procesos de desalojo por ocupación precaria. La propuesta de modificación que planteamos considera la siguiente redacción: “La posesión precaria es la que se ejerce por concesión voluntaria del poseedor mediato, sin pago de renta y con la obligación de restitución del bien cuando le sea exigida al poseedor inmediato”.

Tercera: Se recomienda a los Jueces de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República que elaboren un Pleno Casatorio Civil que modifique el vigente Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación N° 2195-2011 UCAYALI), para que oriente adecuadamente a los jueces a concentrarse en tutelar la posesión mediata

lesionada en los procesos de desalojo por ocupación precaria, restringiendo la actividad probatoria a acreditar la obligación de la restitución de la posesión del bien a quien la concedió.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abad, Samuel B. (2014) “La sentencia de amparo y las dificultades para su ejecución”. En *Proceso y Constitución. Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra Editores.

Aguado, José G. (2016) “Vicisitudes del proceso de desalojo “El amor en los tiempos de cólera”: cuando el arrendador debe demandar al arrendatario la entrega del bien”. En *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas más frecuentes y sus soluciones*. Lima: Gaceta Jurídica.

Alfaro, Luis (2019). *Derecho fundamental a la prueba: garantía constitucional de naturaleza procesal*. Recuperado de:

https://www.academia.edu/5503647/Derecho_Fundamental_a_la_Prueba

Ariano, Eugenia (2009) “Prueba y preclusión, reflexiones sobre la constitucionalidad del proceso civil peruano”. En *Derecho Procesal Civil, Estudios*. Lima: Jurista Editores.

Ariano, Eugenia (2003) *Problemas del Proceso Civil*. Lima: Jurista Editores.

Avendaño, Jorge (2019) La posesión ilegítima o precaria. Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/10611/11083>

Bello, Domingo (2012) El Precario, estudio teórico-práctico. Lima: Ediciones Legales

Bustamante, Reynaldo (2019) “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. En revistas PUCP. Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15713/16149>

Bustamante, Reynaldo (2011) “El problema de la prueba ilícita”. En Proceso y Constitución. Lima: Ara Editores.

Cabanellas, Guillermo (1993) Diccionario Jurídico Elemental, 1993. Recuperado de:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina34261.pdf>

Cavani, Renzo (2014) “Incoherencias del proceso de ejecución peruano: causales de contradicción y suspensión de la ejecución. Análisis desde el derecho fundamental a la tutela efectiva, adecuada y tempestiva”. En Proceso y Constitución Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales, Ponencias del Cuarto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución (pp. 579-501). Lima: Palestra.

Cuadros, Carlos (1994) Derechos Reales Tomo I. Lima: Cultural Cuzco S.A.

Di Majo, Adolfo (2002) “El Sistema de Tutelas en el Derecho Civil”. En Ius Et Veritas.

Derecho Procesal Civil Estudios. Lima: Jurista Editores.

Diez – Picazo, Luis (2019) Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen

Primero. Recuperado de:

<https://masterpyc.files.wordpress.com/2015/07/fundamentos-del-derecho-civil-patrimonial.pdf>

Fajardo, Martín (2019) Aspectos Relevantes sobre la Iniciativa Probatoria del Juez

Civil. Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/13115/13726>

Gonzáles, Gunther (2018) Proceso de Desalojo y Posesión Precaria. Lima: Gaceta

Jurídica.

Gonzáles, Gunther (2019) La posesión precaria en síntesis. Recuperado de:

https://www.usmp.edu.pe/derecho/10ciclo/civil/seminario_derecho_registral/dramado/art_nac/POSESION%20PRECARIA%20GONZALES.pdf

Gozaini, Osvaldo (2019) Problemas actuales del Derecho Procesal, Garantismo vs. Activismo judicial. Recuperado de:

<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2015/12/Problemas-actuales-del-Derecho-Procesal.pdf>

Lama, Hector (2012) La Posesión y Posesión Precaria. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el Derecho Civil Peruano. Lima: Motivensa Editora Jurídica.

Lecaros, José Miguel (2019) Algunas consideraciones sobre el precario en la jurisprudencia. Recuperado de:

<http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/6-Lecaros.pdf>

Ledesma, Marianella (2017) La prueba en el proceso civil. Lima: Gaceta Jurídica.

Lorca, Antonio (2013) “Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi. El modelo español y peruano”. En Proceso y Constitución Las garantías del justo proceso, Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución (pp. 273-307). Lima: Palestra.

Marinoni, Luiz (2019) Tutela Anticipatória. Recuperado de:

<http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/178/pdf>

Mejorada, Martín (2019) La posesión en el Código Civil Peruano. Recuperado de:

[http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/12805/
13362](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/12805/13362)

Mitidiero, Daniel (2016) La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico. Lima: Palestra Editores.

Monroy, Juan y Monroy, Juan (2015) Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. Recuperado de:

<http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/tutela.pdf>

Monroy, Juan (2007) Teoría General del Proceso. Lima: Palestra Editores.

Morales, Juan (2013) “Naturaleza constitucional del derecho a la prueba”. En Proceso y Constitución Las garantías del justo proceso, Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución (pp. 257-271). Lima: Palestra.

Obando, Víctor (2011) “El Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva del proceso civil: nuevas tendencias”. En Proceso y Constitución. Lima: Ara Editores.

Palacios, Enrique (2013) “La intermediación y la buena fe en la prueba”. En Proceso y Constitución, Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Lima: Palestra.

Pásara, Luis (2014) Una reforma imposible, La justicia latinoamericana en el banquillo. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pérez, Álvaro (2017) “Tutela Sumaria de Derechos en el Proceso Civil: Misión y Visión en Latinoamérica”. En Revista Chilena de Derecho Privado. Santiago, N° 28, pp. 139. Recuperado de:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722017000100137

Pérez, Alvaro (1997) “Tutelas Provisorias de Derechos en el Proceso Civil”. En Ius Et Veritas. Derecho Procesal Civil Estudios. Lima: Jurista Editores.

Priori, Giovanni (2003) “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En Ius Et Veritas. Derecho Procesal Civil Estudios. Lima: Jurista Editores.

Proto, Andrea (2011) “La tutela sumaria en general”. En Proceso y Constitución. Lima: Ara Editores.

Ramírez, Liza (2005) Principios generales que rigen la actividad probatoria.

Recuperado de:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/17569e8046e1186998ae9944013c2be7/Principios+generales+que+rigen+la+activida+probatoria.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=17569e8046e1186998ae9944013c2be7>

Ramírez, Eugenio (2017) Tratado de Derechos Reales. Lima: Gaceta Jurídica.

Rubio, Marcial (2012) El Derecho Civil. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sagástegui, Pedro (2018) El Proceso de Desalojo. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.

Segura, Joel (2013) “La valoración de la prueba. Estado de la cuestión y las bases para dicha actividad en el Derecho Procesal Penal peruano”. En Proceso y Constitución Las garantías del justo proceso, Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución (pp. 412-425). Lima: Palestra.

Selman, Arturo (2019) Algunas consideraciones sobre el precario y la naturaleza jurídica del precarista. Recuperado de:

<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n2/0718-0012-iusetp-24-02-00341.pdf>

Sumaria, Omar (2009) “El sistema de la tutela jurisdiccional: La disputa por la construcción de un modelo procesal en América Latina”. En Constitución y Proceso. Lima: Ara Editores.

Sumaria, Omar (2013) Introducción al sistema de la tutela jurisdiccional. Lima: ARA Editores.

Talavera, Pablo (2008) Bases Constitucionales de la Prueba Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Recuperado de:

<http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/265/bases-constitucionales-prueba-penal-jurisprudencia-TC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

NORMAS LEGALES CONSULTADAS

Constitución Política del Perú 1993

Código Civil de 1984

Código Procesal Civil de 1993

Código Civil de España.

Ley de Enjuiciamiento Civil de España

Código Civil de Chile

Código Civil de Argentina

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina

ANEXOS

ANEXO N° 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

EL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS DE TRABAJO	METODOLOGÍA
<p>Problema general</p> <p>¿De qué manera la omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió genera la ausencia de tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupación precaria?</p>	<p>Objetivo General</p> <p>Determinar si la omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió genera la ausencia de tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupación precaria.</p>	<p>La omisión de restringir la actividad probatoria destinada a acreditar la obligación de restitución de la posesión del bien a quien la concedió genera efectivamente la ausencia de tutela sumaria en el proceso de desalojo por ocupación precaria.</p>	<p>DISEÑO METODOLÓGICO</p> <p>Enfoque: Cualitativo documental</p> <p>Tipo de inv. Jurídica: Dogmática exploratoria.</p>

ANEXO N° 2

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

<p>Tipo de documento:</p> <p>Autor:</p> <p>Título o tema:</p> <p>Fecha de análisis:</p>
<p>Idea(s) principal(es):</p> <p>1°</p> <p>2°</p> <p>3°</p>
<p>Ideas secundarias:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
<p>Conclusiones relevantes:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>

ANEXO N° 3

JURISPRUDENCIA QUE EVIDENCIA LA OMISIÓN DE RESTRINGIR LA ACTIVIDAD PROBATORIA DESTINADA A ACREDITAR LA OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN DEL BIEN A QUIEN LA CONCEDIÓ

1. Casación N° 1025-2010 ICA.
2. Casación N° 1058-2011 TACNA.
3. Casación N° 3434-2011 CUSCO.
4. Casación N° 4296-2011 PUNO.
5. Casación N° 3662-2013 LIMA.
6. Expediente N° 246-2014 CUSCO.
7. Casación N° 4628-2013 AREQUIPA.
8. Expediente N° 01811-2013 CAJAMARCA.
9. Expediente N° 01441-2014 TACNA.
10. Casación N° 2156-2014 AREQUIPA.
11. Casación N° 3356-2015 CUSCO.
12. Casación N° 4373-2015 JUNIN.
13. Casación N° 1886-2016 LIMA ESTE.
14. Casación N° 4465-2016 LIMA NORTE.
15. Casación N° 2129-2017 LIMA NORTE.
16. Casación N° 3902-2016 TACNA.
17. Casación N° 1663-2017 LIMA.
18. Casación N° 2521-2016 LIMA NORTE.

19. Casación N° 575-2017 TACNA.

20. Casación N° 4489-2017 ICA.

ANEXO N° 4

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 911 DEL CÓDIGO CIVIL

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.- Modifíquese el artículo 911 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 911.- Posesión precaria

“La posesión precaria es la que se ejerce por concesión voluntaria del poseedor mediato, sin pago de renta y con la obligación de restitución del bien cuando le sea exigida al poseedor inmediato”.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El artículo 911 del Código Civil establece: “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido” sin considerar que el título al que hace referencia no se refiere a uno de carácter jurídico sino solamente social, en razón a que la posesión precaria surge de la concesión otorgada por el poseedor mediato o titular de la posesión, de manera voluntaria, generosa, de manera benevolente y sin pago de renta, al poseedor precario, quien tiene la condición de poseedor inmediato del bien cedido, al encontrarse ejerciendo directamente la posesión del bien con la

obligación de que éste sea devuelto a su concedente al primer requerimiento que le haga.

En el proceso de desalojo por ocupación precaria no existe propiamente la obligación de restituir la posesión del bien a quien lo concedió, de manera voluntaria, gratuita y temporal, lo que se acredita con la actividad probatoria que se desarrolla en estos procesos, en los que se analizan títulos de dominio y objetos de discusión propios de un proceso plenario, desnaturalizando el diseño de tutela sumaria del proceso de desalojo por ocupación precaria. Esta posición ha sido ratificada por la mayoría de la jurisprudencia casatoria nacional y específicamente por el Cuarto Pleno Casatorio Civil.

Es por esta razón que debe modificarse el artículo 911 del Código Civil.

Con esta modificación se aclara que el desalojo por ocupación precaria es procedente cuando el precario (poseedor inmediato) se encuentre obligado a la restitución de la posesión del bien a quien la concedió y no cumpla con dicha obligación, de conformidad a lo establecido en el artículo 585 y 586 del Código Procesal Civil, que establece el mecanismo de restitución de predios así como la legitimidad activa y pasiva de las partes en estos procesos.

Es decir, en este proceso únicamente será objeto de discusión si existe la obligación o no de restituir la posesión del bien otorgado de manera voluntaria, gratuita y temporal al precario, sin discutir ni evaluar títulos de dominio o cualquier otra cuestión no destinada a acreditar la existencia de dicha obligación.

La presente modificación evitará se continúe desnaturalizando el proceso de desalojo por ocupante precario, generando la ausencia de tutela sumaria en él, además de ver afectado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y adecuada de las partes, en su versión al derecho a la tutela real y efectiva de la posesión mediata, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y al acceso a la función jurisdiccional sin costos altos a través de una tramitación célere y abreviada del proceso.

En tal sentido, los litigantes podrán transitar por un proceso de tutela sumaria que implica una menor cognición y abreviación del procedimiento, debido a su específica y menor exigencia probatoria, logrando obtener una sentencia justa.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta no implica la asignación de mayores recursos del erario nacional ni tampoco repercute en el equilibrio presupuestal del Estado, contrariamente a ello, con la modificación propuesta, los operadores jurídicos podrán optimizar el ahorro de tiempo y dinero en la tramitación de los procesos de desalojo por ocupante precario considerando la definición clara del precario en nuestro ordenamiento jurídico civil.