



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**“LA CONCENTRACIÓN DEL PROCESO LABORAL ABREVIADO Y LA
ORALIDAD EN EL DESARROLLO DE LA ACTUACIÓN PROBATORIA
PENAL, APLICADAS AL PROCESO DE DESALOJO POR PRECARIO: SE
EXCEPTÚAN LOS REGULADOS POR LA LEY 30201”.**

Tesis presentada por el Bachiller en Derecho:

PRISCILLA MILAGROS VALDIVIA CHÁVEZ

Para optar el título profesional de abogado

Asesor: Cesar Ibarra Valdivia

AREQUIPA - 2018

DEDICATORIA

A Dios Padre, por darme sabiduría y entendimiento, por ser mi fortaleza en los momentos de angustia y mi socorro en mis continuos tropiezos, sin Él a mi lado nada hubiera sido posible.

A mi abuelita Luz, en el cielo, que es la luz que alumbra mi camino.

A mis padres, Eleana y Fredy, que son mi motor para seguir adelante y cumplir cada meta trazada; y por brindarme su amor y apoyo incondicional en esta tarea.

A mis sobrinos, Rodrigo y Morganna, mis amores, por ser mis hijos prestados, el regalo más bello que la vida me dio, y ser mi motivación en todo lo que hago.

A mi alma mater y a sus docentes universitarios, por brindarme una formación integral, no sólo conocimientos, sino, en valores; especialmente a mi querido y recordado profesor José Chávez Postigo (PPCH) por brindarme los cimientos necesarios para la defensa de la persona y su dignidad en cualquier ámbito del derecho.

Al doctor Abdías Medina Minaya, por su paciencia y conocimientos compartidos en estos siete años de formación laboral, que han sido fundamentales para lograr esta investigación.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: LA PROPIEDAD

1. Concepto doctrinario de propiedad	
1.1.Etimología.....	13
1.2.Acepciones	
1.2.1. La propiedad en sentido económico.....	13
1.2.2. La propiedad en sentido jurídico.....	14
1.2.3. La propiedad en sentido económico-jurídico.....	14
1.3. Concepto general de propiedad.....	15
1.4. La propiedad como derecho fundamental.....	16
1.5. La DSI y el derecho de propiedad.....	17
2. Características de la propiedad.....	18
3. Atributos de la propiedad	
3.1. El Ius Utendi.....	20
3.2. Ius Fruendi.....	20
3.3. Ius Abutendi.....	20
3.4. Ius Vindicandi.....	21
4. Función social como límite de la propiedad.....	21
5. La Propiedad en el Derecho Comparado	
5.1.La propiedad en la legislación argentina.....	22
5.2.La propiedad en la legislación chilena.....	24
5.3.La propiedad en la legislación española.....	26
6. Regulación jurídica del derecho a la propiedad en el sistema peruano	
6.1.La propiedad en el Código Civil Peruano.....	27
6.2.Pronunciamiento del Tribunal Constitucional Peruano sobre propiedad.....	27
7. La posesión	
7.1.Naturaleza jurídica de la posesión: teoría objetiva y teoría subjetiva.....	28

7.2.La posesión como un ejercicio de hecho inherente a las facultades de la propiedad.....	30
7.3.La Propiedad y Posesión.....	31
7.4.Clases de posesión	
7.4.1. La posesión precaria e ilegítima.....	31
7.4.2. La posesión mediata e inmediata.....	32
7.4.3. La posesión de buena y mala fe.....	33
8. Vulneraciones al ejercicio del derecho de propiedad.....	33
9. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad.	
9.1.Elementos del contenido constitucional.....	34
9.2.Exclusión del derecho de posesión.....	34

CAPÍTULO. II: EL PROCESO ACTUAL DE DESALOJO POR PRECARIO

1. El desalojo.....	36
2. Las Características del proceso de desalojo.....	36
3. Estadísticas de duración de los procesos de desalojo por precario.....	37
4. Dilaciones indebidas en el proceso judicial.....	37
5. El Cuarto Pleno Casatorio Civil.....	39
5.1.Motivos que originaron el Cuarto Pleno Casatorio: El desalojo por ocupación precaria.....	39
5.2.Análisis del Cuarto Pleno Casatorio Civil.....	40
5.3.Conclusiones del Cuarto Pleno Casatorio Civil.....	43
5.4.Críticas al Cuarto Pleno Casatorio Civil.....	46
6. Modificación parcial del Cuarto Pleno Casatorio Civil por el Noveno Pleno Casatorio Civil.....	49

CAPÍTULO III: LA CONCENTRACIÓN DEL PROCESO LABORAL ABREVIADO Y LA ORALIDAD EN EL DESARROLLO DE LA ACTUACIÓN PROBATORIA PENAL, APLICADAS AL PROCESO DE DESALOJO POR PRECARIO.

1. Definición de los principios procesales.....	50
---	----

2. El principio de concentración y su aplicación al proceso laboral abreviado.	
2.1.El principio de concentración.....	51
2.2.El proceso laboral.....	52
2.3.El principio de concentración en el Proceso Laboral Abreviado en la Nueva Procesal de Trabajo.....	53
2.4.Beneficios de la Nueva Ley Procesal de Trabajo en aplicación del principio de oralidad y concentración.....	54
3. La oralidad y su aplicación en la actividad probatoria del proceso penal.	
3.1.El principio de oralidad.....	55
3.2.El proceso penal.....	55
3.3.La oralización en la actividad probatoria del proceso penal.	56
4. Defectos y deficiencias de la escrituralidad.	57
5. Ventajas y virtudes de la oralidad.....	58

CAPÍTULO IV: UNA JUSTICIA TARDÍA, NO ES JUSTICIA: EXPEDICIÓN DE SENTENCIA EN AUDIENCIA CON EJECUCIÓN INMEDIATA.

1. Ejecución anticipada de la Sentencia Impugnada.....	60
2. Actuación anticipada de la sentencia impugnada en el ordenamiento jurídico peruano.....	63
3. Requisitos y/o presupuestos para la actuación inmediata de una sentencia impugnada y/o no firme.	64

CAPÍTULO V: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL PROCESO DE DESALOJO POR PRECARIO NO REGULADOS POR LA CLÁUSULA DE ALLANAMIENTO FUTURO.

1. Desarrollo de la propuesta.	65
2. Regulación propuesta para proceso de desalojo por precario.	66
3. Fundamento doctrinario de la propuesta.	
3.1.Principio de celeridad.....	70
3.2.Principio de tutela jurisdiccional efectiva.	71

4. Fundamento legal de la propuesta.	
4.1.Principio de tutela jurisdiccional efectiva, celeridad, concentración, oralidad y economía procesal en materia civil.	72
5. Consecuencias jurídico-sociales de la propuesta.	73
6. Viabilidad jurídica de la propuesta.	73

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Esta investigación tiene por objeto demostrar que los que los procesos de desalojo por ocupación precaria, si bien en teoría resulta ser un proceso célero, en la práctica jurídica son largos y costosos, vulnerándose el ejercicio de hecho del derecho fundamental a la propiedad, es decir, el derecho de posesión.

Siendo así, resulta necesario que se modifique su regulación a través de la aplicación efectiva de los principios de concentración y oralidad, tal como se aplicaron a los procesos laborales abreviados y a la actuación probatoria penal respectivamente; logrando así la obtención y ejecución de una Sentencia de forma célere, al igual como ha sucedido en los referidos procesos.

INTRODUCCIÓN

El Art. 70 de nuestra Carta Magna, señala expresamente que “El derecho a la propiedad es INVOLABLE. El estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad si no, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública”. En consecuencia, la propiedad como derecho constitucional constituye un elemento fundamental en el régimen económico previsto en la Constitución.

Así mismo, el Código sustantivo define a la propiedad como el “poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien (...)”.¹ En tal sentido, el conjunto de atribuciones o facultades antes descritas delimitan el contenido del derecho de propiedad como un derecho absoluto exclusivo respecto de la cosa y excluyente respecto a terceros.²

En consecuencia, el derecho de la propiedad, es un derecho constitucionalmente reconocido, que faculta al propietario ejercer la posesión, uso y disfrute, entre otros, del bien; motivo por el cual el ordenamiento jurídico tiene el deber de proteger y garantizar de manera óptima el ejercicio de este.

Sin embargo, no es novedad en nuestra realidad jurídica, que el ejercicio del derecho a la propiedad, se ve constantemente vulnerado por **poseedores precarios**, es decir, por aquellas personas que están en posesión de un bien sin justo título o el que tenían ha fenecido, definido así por el Cuarto Pleno Casatorio Civil.

Cabe resaltar, que esta investigación únicamente está dirigida a los supuestos de **posesión precaria**, regulados por el Cuarto Pleno Casatorio Civil, debiendo precisar que en este trabajo NO están comprendidos los casos regulados por la Ley N° 30201.

Ahora bien, la defensa del ejercicio de este derecho de propiedad, se ha realizado a lo largo de los años a través del proceso civil de desalojo, el cual ha tenido una serie de reformas en su tramitación, llegando al actual proceso de desalojo por precario a través del proceso sumarísimo, el cual en teoría, es un proceso idóneo para la defensa del ejercicio de hecho del derecho de propiedad – posesión – puesto que aparentemente un

¹ Art. 923 del Código Civil.

² Cas. N° 3588-2000 – Puno, El Peruano, 31-08-2001

proceso célero, “concentrado” y “oralizado”, otorgando a los propietarios una respuesta inmediata por parte del ordenamiento.

Sin embargo, si ello es así, ¿por qué en la práctica los procesos de desalojo por precario duran en el mejor de los casos dos años para obtener Sentencia? ¿Es realmente un proceso concentrado y oralizado? ¿Es realmente un proceso célero?, al parecer NO.

Ello debido a que la conducta entorpecedora de la parte demandada, muchas veces actuando con temeridad, presenta una serie de escritos dilatorios, como suspensiones o interrupciones de procesos, ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos, nulidades, etc. (ello debido a que el proceso realmente no es concentrado ni oralizado, permitiendo periodos intermedios que son utilizados por las partes para dilatar el proceso); e incluso, cuando se realizan apelaciones en la Audiencia Única, solamente se deja constancia de la apelación en contra de la resolución, otorgando el plazo de tres días para que sustente su apelación por escrito y presente el arancel judicial correspondiente; lo cual, obviamente dilata el proceso, violando el principio de concentración y oralidad; perjudicando los derechos patrimoniales de los propietarios, quienes siguen el proceso sin recibir ningún tipo de pago por la posesión, soportando el deterioro de su inmueble, y por el contrario beneficiando al poseedor precario.

En este escenario, la conclusión del conflicto queda librada a las contingencias del juicio, a la conducta – muchas veces temeraria y maliciosa – de la parte contraria (que muchas veces contradicen la demanda sin ninguna razón ni justificación), a los tiempos del órgano jurisdiccional debido a la carga procesal que soportan, etc.

Siendo así, el actual proceso sumarísimo de desalojo por ocupación precaria, no es capaz de brindar una respuesta célera a los titulares del derecho de propiedad; y ello es así, porque a nuestro criterio, el principio de “concentración” no se aplica tan eficazmente como ha ocurrido en el proceso laboral abreviado, dejando una serie de “espacios” que son aprovechados por los poseedores precarios para realizar dilaciones innecesarias en el proceso; y el principio de “oralidad” no se aplica como tal en el desarrollo de la actuación probatoria, tal como ocurre en el proceso penal, en el cual se oraliza todos los medios probatorios, causando una fundamentación más genuina y eficaz, permitiendo que el Juez vaya adquiriendo elementos de convicción para su

ulterior decisión; sino, por el contrario, este principio se reduce al simple contacto en audiencia del Juez con las partes, especialmente en sus declaraciones.

Ello es de suma importancia, debido a que se vulnera una de las principales manifestaciones del derecho fundamental de la propiedad, es decir, si bien no es una violación directa a dicho derecho, sí es una violación indirecta, siendo que afecta el ejercicio de hecho de la propiedad; razón por la cual surge la imperiosa necesidad de modificar su regulación, para lograr una efectiva celeridad, ello a través de una aplicación diferente de los principios procesales de concentración y oralidad; para lo cual, es necesario utilizar el principio de concentración destacado en el trámite del proceso abreviado laboral para la admisión, emplazamiento y citación a audiencia, en un solo acto procesal; y el principio de oralidad destacado en el desarrollo de la actuación probatoria en materia penal, logrando una efectiva y eficiente respuesta del ordenamiento jurídico, tal como ha sucedido con los referidos procesos.

En consecuencia, dado que el proceso de desalojo por precario es muy largo y sujeto a dilaciones maliciosas, por lo cual, tenemos como objetivo general la implementación **real y práctica** de la concentración del proceso laboral abreviado y de la oralidad en el desarrollo de la actuación probatoria penal, para el caso de desalojo por precario incoado por el propietario.

En ese orden, es propósito adicional de nuestra propuesta, como objetivos específicos:

- 1) Proteger eficazmente el ejercicio de hecho del derecho de propiedad.
- 2) Determinar las ventajas y desventajas de la oralidad, en el proceso de desalojo por precario.
- 3) Determinar las ventajas de la concentración del proceso laboral abreviado, aplicado al proceso de desalojo por precario.
- 4) Demostrar la posibilidad efectiva de aplicar de forma ecléctica el proceso laboral abreviado y el proceso penal en el proceso civil de desalojo por precario.
- 5) Proponer un proyecto de Ley que reforme el proceso de desalojo por precario.

Para la investigación se utilizará conjuntamente los métodos de argumentación e interpretación jurídicas. No se pretende instaurar un proceso híbrido, sino un proceso propio que busca contrarrestar los desalojos por ocupación precaria, no regulado por la cláusula de allanamiento; y que ciertamente conllevaría a menguar la demora y dilación de los procesos judiciales a través de la aplicación real y práctica de dos principios básicos: concentración y oralidad.

Nuestra investigación, distribuida en cinco capítulos, se desarrollará según el siguiente itinerario.

En el primer capítulo estudiaremos a la propiedad, su concepto doctrinario abarcando su etimología y sus diversas acepciones, especialmente como derecho fundamental y su concepto cristiano orientado por Doctrina Social de Iglesia. Así mismo, estudiaremos las características y atributos de la propiedad y su función social como límite al derecho de propiedad, realizando también un análisis comparativo de legislaciones como la argentina, chilena y española, a su regulación a nivel constitucional y sustantivo; y su regulación normativa en sede nacional. Ahora bien, al hablar del ejercicio de la propiedad ineludiblemente tenemos que tratar sobre la posesión, su naturaleza jurídica (analizando cuál de las teorías rige nuestro sistema), la relación que existe entre la propiedad y posesión, y las clases de posesión. Por otro lado, para poder hablar de la necesidad de una regulación jurídica eficaz que proteja el derecho de propiedad, deberemos tratar primero las vulneraciones al ejercicio del derecho de propiedad y el contenido constitucionalmente protegido del mismo, excluyendo de este el derecho de posesión, motivo por el cual al no ser posible su protección a nivel constitucional, resulta necesario su protección y regulación eficaz en el ordenamiento civil.

En nuestro segundo capítulo, trataremos del actual proceso de desalojo por precario, para lo cual, previamente tenemos que entender qué es un desalojo, las características del proceso de desalojo actual, estadísticas de duración, las dilaciones indebidas en los procesos. Si tratamos de los procesos de desalojo por precario, tenemos que realizar un análisis del Cuarto Pleno Casatorio Civil, el cual uniformiza y redefine el desalojo por precario.

El tercer capítulo, abarcaremos la parte sustancial de esta investigación, el principio de concentración del proceso laboral abreviado y el principio de oralidad en el desarrollo de la actuación probatoria penal, aplicadas al proceso de desalojo por precario, observando además los defectos y deficiencias de la escrituralidad y las ventajas y virtudes de la oralidad.

En el cuarto capítulo, como consecuencia de la aplicación del principio de concentración y oralidad, hace necesario que la Sentencia que se emitió de forma celeré, sea de la misma manera ejecutada, motivo por el cual, desarrollaremos la ejecución

anticipada de la sentencia impugnada, su regulación jurídica en nuestro ordenamiento y los requisitos para su aplicación.

Finalmente, como quinto y último capítulo, presentamos nuestra propuesta de modificación del proceso de desalojo por precario, no regulados por la cláusula de allanamiento futuro; amparando nuestra propuesta en fundamentos doctrinarios y legales, analizando las consecuencias jurídicas sociales y su viabilidad.

CAPÍTULO I: LA PROPIEDAD

1. Concepto doctrinario de la propiedad.

1.1.Etimología.

La palabra propiedad procede del término latino *propietas*, que deriva de *propium* y que puede traducirse como “lo que pertenece a una persona”, “lo que es propio de ella”; este vocablo, a su vez, procede de *prope*, cerca, indicando en su acepción más general una idea de proximidad y adherencia entre los bienes³.

Para Eugenio Ramírez, esto quiere decir que, en su acepción más genérica y amplia, la propiedad hace referencia a lo que pertenece a una persona de manera más cercana y próxima. En su acepción más restringida o técnica, la propiedad viene a ser un derecho real que puede ser entendido de dos maneras: por un lado, recae sobre todo tipo de bienes, así los materiales (los clásicos, que creían que sólo era sobre corporales) como los inmateriales. Y, por otra parte – y aquí se diferencia nítidamente de los derechos reales –, que confiere a su titular un goce o señorío pleno sobre los bienes.⁴

1.2.Acepciones.

1.2.1. La propiedad en sentido económico.

En general, la propiedad entendida como relación que mantiene el hombre con la naturaleza, se puede entender en un doble aspecto: positivo y negativo. En el primer aspecto, se da cuando el propietario puede disponer de los bienes como mejor le parezca, y en el segundo cuando se ve la relación propiedad de forma que nadie puede disponer de los bienes sin la voluntad del propietario.⁵

En este sentido para Calixto Valverde y Valverde, se habla de propiedad cuando nos referimos al conjunto de bienes u objetos aprovechables por el hombre, indispensables para su vida, por cuya

³ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941, 5º edición, Tomo II, pág. 53.

⁴ E. RAMÍREZ CRUZ, *Tratado de Derechos Reales: Derecho de Propiedad – Copropiedad*, Editorial Rodhas S.A.C., Lima, 2007, 3º edición, pág. 93.

⁵ *Ibidem*, pág. 96.

razón podrá estar de un modo o de otro organizada y distribuida entre la humanidad.⁶ La propiedad, desde esta perspectiva “tiene su asiento en las relaciones que el hombre mantiene con la naturaleza exterior”⁷ Por su parte, David Velasco, citando a Alfredo Bullard, conceptualiza la propiedad en sentido económico, “en primer término, como la facultad de usar y explotar un bien, y al mismo tiempo, de impedir a otros el uso y explotación de ese mismo bien –lo cual en Economía se denomina “exclusión”-; y en segundo lugar, en la “internalización” de los efectos positivos y negativos que el uso o la explotación del bien generen.”⁸

1.2.2. La propiedad en sentido jurídico.

En el Derecho Civil lo que interesa al tratar de la Propiedad es la forma jurídica de las facultades o poderes del Hombre sobre las cosas, la relación de pertenencia o apropiación sobre las mismas.⁹

Según Calixto Valverde, “la propiedad que se tiene, se posee y se goza conforme al derecho positivo, que es variable según las circunstancias y condiciones de cada país”.¹⁰

La propiedad en sentido jurídico, no es más que el derecho de propiedad, regulado y protegido por el ordenamiento jurídico; en el cual se establecen normas para su adquisición, enajenación o extinción.

1.2.3. La propiedad en sentido económico-jurídico.

Santiago Carretero Sánchez, citando a Barnes Vásquez, refiere que la propiedad es la actuación que puede realizar el propietario sobre un

⁶ C. VALVERDE Y VALVERDE. *Tratado de Derecho Civil Español*, Tall. Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1936, 4ª edición, pág. 35

⁷ F. CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIERREZ. *Instituciones de Derecho Civil Español*, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1956, pág. 359-360.

⁸ A. BULLARD, *Un Mundo sin Propiedad*. Artículo contenido en: Estudio de Análisis Económico del Derecho, Lima, ARA Editores, 1996, p. 79, citado por D. VELASCO PEREZ VELASCO, *Análisis económico de los derechos de propiedad, disponible en* http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Analisis_Economico_d_e_los_Derechos_de_Propiedad.pdf, 31-10-2017

⁹ J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil*. Madrid, Reus, 1950, pág. 47

¹⁰ C. VALVERDE Y VALVERDE. *Tratado de...*, cit. p.35

Bien Económico. Se contempla la valoración jurídica de fenómeno de goce o utilización de las cosas; o sea de una actividad concreta que, arrancando de una base subyacente económica, se traduce en una relación jurídica que permite al propietario el poder decidir el destino económico del bien¹¹.

1.3. Concepto general de propiedad.

Eugenio Ramírez Cruz, señala que se suele decir que la propiedad es un derecho y que, por tanto, se contrapone al hecho, representado por la posesión; sin embargo, no está de acuerdo con esta postura, puesto que, para dicho autor, la posesión no sólo es de hecho sino también de derecho.¹²

Para Ludovico Barassi, la propiedad es un poder jurídico. Por tanto “y precisamente porque está protegida por la ley, la propiedad es un derecho subjetivo”¹³

Aunque hay una idea del Derecho de Propiedad como derivado del Derecho Natural, anterior a la ley, que se limita a reconocerlo¹⁴ y lo cierto es que tal antecedente puede encontrarse en Las Partidas, cuando definían el dominio como poder que el hombre tiene sobre la cosa para hacer lo que quisiere, según Dios, o sea el Derecho Natural y según Fuero, el Derecho Positivo¹⁵, hay que partir de un planteamiento más restringido, referido a la Propiedad tal como es regulada por la ley. En el caso de las leyes peruanas, la propiedad es el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien, pero dentro de los límites de la ley (art. 923 del C.C).

¹¹ J. BARNES VAZQUEZ, *La propiedad constitucional*, Cívitas, Madrid, 1988. p. 546, citado por S. CARRETERO SÁNCHEZ, *La Propiedad: Bases sociológicas del concepto en la sociedad postindustrial*, p.1, tesis presentada para obtener el grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

¹² E. RAMÍREZ CRUZ, *Tratado de Derecho Reales...*, cit. 101.

¹³ L. BARASSI. *Instituciones de Derecho Civil*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1955, p. 7

¹⁴ O. LASARTE ALVAREZ, *Curso de derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1991, 3º ed. actualizada, pág. 227.

¹⁵ F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil*, Pirámide, Barcelona, 1976, 3º ed. Actualizada, 1976, pág. 63.

Para Albaladejo, la propiedad es el “el poder jurídico pleno sobre una cosa. Poder en cuya virtud está – en principio – queda sometida directa y totalmente a nuestro señorío exclusivo.¹⁶

En palabras de Eugenio Ramírez, se puede definir a la propiedad: “se trata de un poder jurídico pleno sobre un bien, en cuya virtud, este queda sometido directa, inmediata y totalmente (con todas las utilidades que proporciona (uti, frui, abuti) a nuestro señorío exclusivo. Obviamente poder pleno significa poder amplio en sus atributos; es poder jurídico pleno dentro de los límites de la ley”¹⁷

En consecuencia, la propiedad puede ser definida como el poder jurídico (o poder protegido jurídicamente) que tiene el hombre sobre los bienes, sean muebles o inmuebles, y que le permite a este usar, disfrutar, disponer, poseer o reivindicar el bien, siempre y cuando actúe dentro de los límites de la ley, sin abusar de su derecho y respetando los derechos de los demás.

1.4. Propiedad como derecho fundamental

Para entender el derecho de propiedad como un derecho fundamental de la persona, debemos entender primero, ¿qué es un derecho fundamental?

Al respecto, los derechos fundamentales son los derechos inherentes al ser humano, pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente; es decir, como lo señala la vasta doctrina jurídica, son derechos humanos positivizados en el ordenamiento jurídico de cada Estado.

El derecho a la propiedad como derecho fundamental puede entenderse como una situación jurídica subjetiva, protegida constitucionalmente, que posee todo sujeto de derecho. Por medio de este derecho se faculta a su titular al empleo de todos los atributos del bien del cual es propietario; es decir, le permite usarlo, disfrutar de él, reivindicarlo frente a su despojo, transferirlo y excluir de dicho empleo a quien no es su propietario.¹⁸

¹⁶M. ALBALADEJO. *Derecho Civil*. T. III, Bosch Editor, Barcelona, 1974, pág.192,

¹⁷ E. RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derecho...*, cit. pág.102.

¹⁸ C. GUZMÁN NAPURÍ. *Introducción al Derecho Público Económico*, Caballero Bustamante, Lima, 2009, pág.217

Ahora bien, desde la Convención Americana de los Derechos Humanos, “las obligaciones del Estado con relación al derecho de propiedad suponen tanto obligaciones negativas como positivas. El objeto esencial de esta provisión es proteger a la persona contra una interferencia arbitraria del Estado en el pleno goce de sus bienes (obligación negativa). Por otro lado, el ejercicio de este derecho no depende únicamente de la obligación del Estado de no interferir, sino que también requiere de medidas positivas de protección, particularmente donde hay una relación directa entre las medidas que un individuo legítimamente espera de las autoridades y el efectivo disfrute de sus bienes”¹⁹.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha referido que el Estado debe tomar medidas para la existencia de procesos adecuados y efectivos para la tutela de la propiedad.

1.5.La DSI y el derecho de propiedad: Concepto cristiano de la propiedad.

La Iglesia Católica establece que el derecho a la propiedad privada es un derecho natural de las personas. Reconociendo además que este derecho inalienable e indiscutible es un derecho secundario, siendo el derecho primario el uso de los bienes de la tierra para la satisfacción de las necesidades primarias del hombre.²⁰

La Iglesia establece que el derecho a la propiedad privada es un derecho natural, inalienable del ser humano, pues este necesita poseer bienes propios para poder desarrollarse como persona; siendo así, este derecho está en la naturaleza misma del hombre por lo que no le es conferido por el Estado, quien en todo caso únicamente lo protege.²¹

El derecho a la propiedad no ha de entenderse como el derecho a usar y abusar de los bienes privados en detrimento de la satisfacción de las necesidades prioritarias de los demás, es decir, está condicionada al derecho

¹⁹ E. SALMÓN GÁRATE y C. BLANCO VIZARRETA, “El Derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un ejemplo de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos” en G. PRIORI POSADA (ed.), *Estudios sobre la propiedad*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pág. 15

²⁰ . RODRÍGUEZ W. *Propiedad Privada (Con lecturas escogidas del Magisterio de la Iglesia)*, pág. 8. Disponible en <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2011/propri.pdf.10-05-2017>.

²¹ *Ibidem*.

primario que tienen todos los seres humanos, vale decir, al uso de los bienes de la tierra para satisfacer sus necesidades primarias.²²

Por tanto, para la DSI, no es lícito promover y realizar la invasión de terrenos privados, como no es lícito tampoco el hacer lo que se venga en gana con los bienes que se posee. Hay un derecho natural a la propiedad privada, pero ese derecho debe condicionarse a la satisfacción de las necesidades primarias de los miembros de la sociedad.²³

2. Características de la propiedad

La propiedad ha sido tradicionalmente un derecho real absoluto, exclusivo y perpetuo. En cuanto a lo primero, la propiedad es el derecho real por excelencia. El derecho de propiedad es absoluto porque confiere al titular todas las facultades posibles, esto es, las de usar, disfrutar y disponer del bien objeto del derecho. Lo segundo quiere decir que, precisamente por ser absoluto o total, el derecho de propiedad no deja lugar o espacio para otro titular. El derecho del propietario excluye así todo otro derecho incompatible con él. Es un derecho perpetuo, finalmente, porque no se extingue por el solo no uso, lo cual hace que la prescripción extintiva no afecte a la propiedad y que la acción reivindicatoria sea imprescriptible.²⁴

No obstante, la doctrina más reciente no hace la misma enumeración, señalando como sus características las siguientes:

- Es un derecho abstracto (antes absoluto) y elástico:

El derecho de propiedad es abstracto porque comprende todas las facultades y atributos jurídicos (uso, goce, disposición, etc.) posibles, que, sobre el bien, tiene el dueño. No se trata de un poder, de un señorío absoluto e ilimitado como en antaño.²⁵

Es abstracto en el sentido, no sólo de que es algo distinto a la suma de sus facultades, sino que existe independientemente de éstas, de modo que el

²² *Ibíd*em p. 9

²³ *Ibíd*em p. 10

²⁴ J. AVENDAÑO VALDEZ, “La propiedad en el Código Civil”, en G. PRIORI POSADA (ed), *Estudios sobre la propiedad*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pág.111.

²⁵ E. RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derecho...*, cit. pág. 127

dominio subsiste por mucho que le falte alguna facultad, bien sea por disposición de la ley, bien por disposición del propio dueño.²⁶

Por otro lado, es un derecho elástico, señala Barassi, porque las facultades “pueden reducirse – sin que ello deforme su esencia – hasta el mínimo compatible con la subsistencia del derecho de propiedad”²⁷, sin embargo, cuando concluye esta restricción a su extensión “recupera automáticamente su plenitud”²⁸

Es elástico porque tiene un contenido tendencialmente ilimitado, por lo que se comprime o se expande, no sólo cuando lo delimita o limita la ley, sino también por la eventual creación, modificación o extinción de derechos reales limitados sobre la cosa que constituya su objeto. Así, si la limitación o delimitación desaparece, lo mismo que se extingue el derecho real limitado, el dominio recobrará su plenitud.²⁹

- Es un derecho exclusivo:

Es oponible a quien pretenda inmiscuirse en su bien y porque sobre el mismo bien no puede haber dos derechos idénticos.³⁰

- Es un derecho tendencialmente perpetuo:

La perpetuidad de la propiedad radica en que ella no se pierde por el simple no uso. Se pierde solamente por usucapión ganada por otro.³¹

Sin embargo, la propiedad no siempre será perpetua, y así lo sanciona la propia norma sustantiva cuando señala que en el caso de abandono de un predio durante 20 años, el dominio pasará al Estado (Ar. 968 num. 4 del C.C), de igual manera el propietario negligente pierde el dominio del bien inmueble cuando otro lo posee por 10 o 5 años, según sea sin justo título o con él, respectivamente (art. 950 del C.C.)

²⁶ P. DE PABLO CONTRERAS. *Curso de Derecho Civil*. Editorial Colex, Madrid, 2011, 3º edición, pág. 126

²⁷ L. BARASSI. *Instituciones del Derecho...*, cit. pág.10

²⁸ A. TRABUCCHI. *Instituciones de Derecho Civil*, pág.425-426, citado por E. RAMÍREZ CRUZ, *Tratado de derechos reales: Derecho de propiedad – copropiedad*, Editorial Rodhas SAC., Lima, 2007, 3º ed., pág.129

²⁹ P. DE PABLO CONTRERAS. *Curso de Derecho...*, cit. 126-127.

³⁰ E. RAMÍREZ. *Tratado de derecho...*, cit. pág. 133.

³¹ *Ibidem* pág.132

3. Atributos de la propiedad

La propiedad confiere cuatro atributos o derechos a su titular: USAR (IUS UTENDI), DISFRUTAR (IUS FRUENDI), DISPONER (IUS ABUTENDI) Y REIVINDICAR (IUS VINDICANDI).

Para Eugenio Ramírez, y en ello concordamos con él, en esta clasificación no se incluye al IUS POSSIDENDI o derecho de posesión, puesto que la posesión puede consistir en usar o disfrutar.³²

3.1.El Ius Utendi.

Es el derecho del uso del bien que faculta a propietario a servirse de él según su naturaleza, en otras palabras, tiene derecho a todos los usos que el bien pueda prestarse³³.

“Usar es servirse del bien. Usa una casa quien vive en ella”.³⁴

3.2.Ius Fruendi.

Es el goce, disfrute o explotación del bien, que permite percibir todos los frutos y productos del mismo; es decir, aprovecharlo económicamente, en otras palabras, es el “valor en uso de los bienes”.³⁵

Jorge Avendaño Valdez, señala respecto a los frutos que son bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original; realizando la siguiente clasificación: “frutos naturales, que provienen del bien sin la intervención humana; frutos industriales, en cuya percepción interviene la mano del hombre; y, frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, un contrato.”³⁶

3.3.Ius Abutendi.

³² E. RAMÍREZ. *Tratado de derecho...*, cit. 118

³³ *Ibíd*em pág.118-119

³⁴ J. AVENDAÑO VALDEZ, “La propiedad en el Código Civil”, en G. PRIORI POSADA (ed), *Estudios sobre la propiedad...*, cit. pág. 113

³⁵ E. RAMÍREZ. *Tratado de derecho...*, cit. pág.119

³⁶ J. AVENDAÑO VALDEZ, “La propiedad en el Código Civil”, en G. PRIORI POSADA (ed), *Estudios sobre la propiedad...*, cit. pág. 113

Es la facultad de disposición del bien, siendo esta una característica propia del derecho de propiedad. Este es un atributo esencial para la doctrina, su ejercicio (como transferencia o traslación), constituye la expresión más intensa del goce, pues representa la realización total del valor de cambio de los bienes.³⁷

Disponer es prescindir del bien (mejor aún, del derecho), deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente.³⁸

3.4. Ius Vindicandi.

Reivindicar es recuperar. La reivindicación no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es el atributo del cual goza el titular de todo derecho real.³⁹

4. Función social como límite de la propiedad

El carácter limitado de los derechos es hoy una evidencia que no admite contestación alguna; ni siquiera los que se califican de fundamentales. El Tribunal Constitucional, ha venido insistiendo en la idea de que «ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado»; por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites expuestos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos.⁴⁰

En el caso del ejercicio del derecho de propiedad no es irrestricto, sino que encuentra sus limitaciones. Así, el propietario empieza a sufrir crecientes límites en el ejercicio de su derecho, y de ahí que prontamente se pasa a imponer obligaciones en el propietario, las cuales compelen a ejercer su derecho de la forma más conveniente al interés social de la colectividad.⁴¹

³⁷ E. RAMÍREZ. *Tratado de derecho...*, cit. p.120

³⁸ J. AVENDAÑO VALDEZ, “La propiedad en el Código Civil”, en G. PRIORI POSADA (ed), *Estudios sobre la propiedad...*, cit. p. 113

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ F. FERNANDEZ SEGADO, *Dogmática de los derechos de la persona en la Constitución española de 1978 y su interpretación en el Tribunal Constitucional*. En *Derecho: Revista de la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 48, pág. 238.

⁴¹ R. COLINA GAREA. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág.148.

En palabras de Jorge Avendaño, el derecho de propiedad tradicionalmente entendido como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo ahora la propiedad encuentra restricciones establecidas por razones de interés público (de interesados indeterminados, con prevalencia de la colectividad sobre el particular) y de interés privado (donde el beneficiario y el obligado por la limitación pueden siempre determinarse). Así mismo, la norma fundamental establece dos limitaciones al derecho de propiedad: su ejercicio tanto en armonía con el bien común (esto es, el que beneficia a la generalidad de las personas, a diferencia del <interés social> que respondería, a partir de la experiencia de la reforma agraria, a la conveniencia de un determinado sector social) cuanto dentro de los términos de la ley (restricciones normativamente establecidas por razones de vecindad, zonificación, habilitación, etcétera).⁴²

La expropiación forzosa, constituye la máxima limitación al derecho de propiedad. Esta figura implica el término del derecho de propiedad privada al adquirir el estado, de modo obligatorio, bienes pertenecientes a los particulares. La facultad de expropiar se encuentra justificada en la realización de los fines jurídicos y sociales del Estado, y exige sea determinada por la ley la causal de seguridad nacional o necesidad pública (de beneficio cuantificable, en tanto existe utilidad en la realización de la obra pública que favorecerá a todos sin excepción).⁴³

5. La propiedad en el Derecho Comparado

5.1. La propiedad en la legislación argentina.

La Constitución argentina en su Art. 17, señala que “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. (...)”⁴⁴

⁴²J. AVENDAÑO VALDEZ. *La Propiedad en la Constitución*. En Ernesto Álvarez Miranda (dir.), *constitución y proceso. Libro homenaje a Juan Vergara Gotelli*. Jurista- Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2009, pág. 958

⁴³ *Ibidem*, pág. 962.

⁴⁴ Constitución de la Nación de Argentina, art. 17

Del texto del Art. 17 de la Constitución Argentina, al igual que el Art. 70 de nuestra carta Magna, señalan que la propiedad es un derecho inviolable, que nadie puede ser privado de ella.

Además de ello, si bien ambas tienen semejanza cuando se refieren a la expropiación, la norma Argentina señala que esta expropiación es por causa de *utilidad pública*, mientras que nuestra legislación se refiere a la *necesidad y seguridad pública*.

Finalmente, nuestra Carta Magna pone como límite expreso de la propiedad, el BIEN COMÚN, lo que no ocurre, al menos expresamente, con la legislación comparada.

Por su parte, su norma sustantiva refiere respecto a la propiedad que:

- El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona⁴⁵.
- El dominio se llama pleno o perfecto, cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera.⁴⁶
- El dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener.⁴⁷
- El dominio es perpetuo, y subsiste independiente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción.⁴⁸

⁴⁵ ARTICULO 2.506 del Código Civil Argentino.

⁴⁶ ARTICULO 2.507 del Código Civil Argentino.

⁴⁷ ARTICULO 2.508 del Código Civil Argentino.

⁴⁸ ARTICULO 2.510 del Código Civil Argentino.

- Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa la desposesión y una justa indemnización. Se entiende por justa indemnización en este caso, no sólo el pago del valor real de la cosa, sino también del perjuicio directo que le venga de la privación de su propiedad.⁴⁹
- Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular.⁵⁰

Al respecto, el ordenamiento jurídico civil argentino – a diferencia del peruano – regula EL DOMINIO, mas no la propiedad; sin embargo, de lo sancionado por sus normas se puede decir que son utilizadas como sinónimos de forma indistinta.

Además de ello, el Código Civil Argentino, realiza una diferencia entre dominio perfecto e imperfecto, lo que no es regulado por el C.P.C.

Por otro lado, el código comparado, regula expresamente la exclusividad (característica de la propiedad), añadiendo además la perpetuidad de la misma.

Finalmente, ambas legislaciones convergen en que la propiedad es el derecho de usar, disfrutar, disponer, y poseer en el caso de la normativa argentina; es decir, regula la posesión no sólo como un hecho sino como un derecho.

5.2.La propiedad en la legislación chilena.

La Constitución Chilena en su art. 19, núm. 24, asegura a “todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del

⁴⁹ ARTICULO 2.511 del Código Civil Argentino.

⁵⁰ ARTICULO 2.513 del Código Civil Argentino.

acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado (...). El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (...) La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento”⁵¹

La Carta Magna de nuestro vecino país, Chile, al igual que nuestra Constitución, garantiza o asegura el derecho a la propiedad de todas las personas, señalando que nadie puede ser privado de ella.

Ahora bien, respecto a las obligaciones y limitaciones del derecho a la propiedad, refiere que ellas están derivadas por intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental; en nuestro caso, tenemos como límites a la propiedad el BIEN COMUN.

Por otro lado, ambas legislaciones si bien ambas tienen semejanza cuando se refieren a la expropiación, la norma chilena señala que esta expropiación es por causa de *utilidad pública o interés nacional*, mientras que nuestra legislación se refiere a la *necesidad y seguridad pública*.

Finalmente, caso contrario de nuestra Constitución, la legislación chilena, en su mismo artículo, regula al menos someramente las concesiones mineras.

Por su parte, su norma sustantiva refiere respecto a la propiedad que:

El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.⁵²

Sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.⁵³

Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión causa de muerte, y la prescripción. De la adquisición de dominio por

⁵¹ Constitución Política de Chile Art. 19, núm. 24 .

⁵² ART. 582 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

⁵³ ART. 583 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

estos dos últimos medios se tratará en el libro de la sucesión por causa de muerte, y al fin de este Código.⁵⁴

Al respecto, el ordenamiento jurídico civil chileno, al igual que el argentino – a diferencia del peruano – regula EL DOMINIO, mas no la propiedad; sin embargo, son utilizados como sinónimos.

Ahora bien, el ordenamiento adjetivo chileno, DEFINE a la propiedad como el derecho real sobre las cosas CORPORALES; refiriendo que sobre las cosas incorporales hay una *especie* de propiedad; y esto difiere de lo regulado en nuestras leyes, ya que en nuestra norma adjetiva al definir la propiedad, señala al BIEN, entendiéndose este como material (corporal) o inmaterial (incorporal).

Además de ello, el Código Civil Chileno, sanciona que la propiedad separa del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad, haciendo una comparación en nuestro sistema, esta propiedad nuda se refiere al propietario no posesionario.

Finalmente, ambas legislaciones convergen en que la propiedad es el derecho de usar y disponer; entendiéndose tácitamente que el uso está referido también a la posesión como en nuestro caso.

5.3.La propiedad en la legislación española.

La Constitución Española en su art. 33, reconoce “el derecho a la propiedad privada y a la herencia, señalando que la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. Además, establece que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.⁵⁵

Nuestra Constitución tiene sus bases en el ordenamiento español, en consecuencia, nuestra normativa es muy parecida a la española.

Respecto a la propiedad que es el tema que nos ocupa, la Constitución española reconoce el derecho a la propiedad privada, caso contrario a nuestra Carta Magna que no sólo lo reconoce, sino que lo garantiza; precisando además que el mismo tiene una función social.

⁵⁴ ART. 589 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

⁵⁵ Constitución Política Española, Art. 33

Respecto a la expropiación, utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización, mientras que en nuestra Constitución esta expropiación está dada por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley; en ambos casos con su respectiva indemnización.

Por su parte, su norma sustantiva refiere respecto a la propiedad que:

La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.⁵⁶

En ambas legislaciones regulan la propiedad como propiedad y no como dominio; convergiendo ambas que es el derecho de gozar (disfrutar) y disponer de la cosa; sancionando además el derecho del propietario a reivindicar el bien, al igual que nuestro sistema.

6. Regulación jurídica del derecho a la propiedad en el sistema peruano

6.1.La propiedad en el Código Civil Peruano.

El Art. 923 establece que “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”.

6.2.Pronunciamiento del Tribunal Constitucional Peruano sobre propiedad.

Como lo analizaremos más adelante, el contenido constitucionalmente protegido de la propiedad no es la posesión, por lo que la perturbación de esta, no puede ser ventilada en los procesos constitucionales.

Así mismo, el Tribunal ha referido derecho a la propiedad otorga las facultades de usar, gozar, explotar y disponer de la propiedad, ello con observancia de la función social.

Destacando que el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser, “a) un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y,

⁵⁶ ART. 348 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política.”⁵⁷

Así mismo refiere que para las limitaciones al ejercicio de este derecho, únicamente puede configurarse por causas y finalidades establecidas en la Carta Magna, atendiendo a estos cuatro requisitos: estar establecidas por ley, ser necesarias, ser proporcionales y tener como fin lograr un objetivo legítimo en la sociedad.⁵⁸

7. La Posesión.

7.1. Naturaleza jurídica de la posesión: teoría objetiva y teoría subjetiva.

En la doctrina tenemos a dos principales autores que defienden la posesión como hecho y como derecho SAVIGNY e IHERING.

El Cuarto Pleno Casatorio Civil, en el fundamento N° 32 hace alusión a estas dos teorías sobre la posesión, señalando que “para SAVIGNY la posesión es el poder que tiene una persona de disponer físicamente de una cosa, acompañado de la intención de tenerla para sí (animus domini). Sin elemento volitivo, la posesión es simple detentación, la intención es simplemente un fenómeno psíquico, sin repercusión en la vida jurídica. Esta posesión es lo que se ha pasado a denominar la teoría subjetivista de la posesión”.⁵⁹

Por su lado, IHERING consideraba la posesión como una relación de hecho, establecida entre la persona y la cosa para su utilización económica. No negaba la influencia de la voluntad en la constitución de la posesión, pero encontraba que su acción no era más preponderante que cualquier relación jurídica.⁶⁰

Por su parte, GUNTHER GONZALES BARRÓN, refiere que SAVIGNY, consideró que la posesión es un “hecho” por cuanto se basa en circunstancias

⁵⁷ STC EXP. N.º 05614-2007-PA/TC, del 20 de marzo del 2009, F.J. 7

⁵⁸ *Ibidem*, F.J.8.

⁵⁹ Cas. N.º 2195-2011-Ucayali, El Peruano 14 de agosto del 2013, pág.16

⁶⁰ J. CASTAÑEDA, *Los derechos reales*, Lima, 1973, pág. 96, también L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, 1995, págs. 548-549, citado en Cas. N.º 2195-2013-Ucayali, El Peruano 14 de agosto del 2013, pág. 16

puramente materiales, aunque su carácter productor de consecuencias jurídicas le hace ser un “hecho jurídico”, el cual se protege sin consideración a que exista un derecho subjetivo. En cambio, IHERING sostuvo que la posesión era un “derecho”, partiendo de la idea de que este es un interés jurídicamente protegido.⁶¹

Pero, si se observa que entre dichas consecuencias jurídicas está, con carácter definitorio y sustancial, la atribución al poseedor de una acción que le permite reaccionar frente a cualquier perturbación o despojo procedente de un tercero, haciendo que estas cesen y recuperando la cosa misma y el ejercicio de las facultades de uso y goce sobre ella que venía ostentando, no pude sino concluirse que es, también, un derecho.⁶²

Pedro Pablo Contreras, señala, además, que es un derecho muy peculiar, porque:

1° Su contenido se limita al derecho de seguir teniendo, o sea, a mantener la situación de hecho anterior a la perturbación o despojo. No comprende como los derechos reales plenos, un conjunto predefinido de facultades sobre la cosa.

2° Porque es un derecho débil o claudicante; la sentencia que se dicte no tiene efectos de cosa juzgada, por lo que el despojante o perturbador, si fuere propietario o titular de otro derecho real que incluya en su contenido la facultad de poseer la cosa, podrá, haciéndolo valer a través de la acción que corresponda.⁶³

En el caso de nuestro ordenamiento sería de la acción reivindicatoria o desalojo.

Siendo así, el *ius possessionis* (la posesión como hecho), acaba cediendo siempre ante el *ius possidendi*, esto es, frente al derecho a poseer la cosa que tiene el propietario o titular de cualquier otro objeto real de cuyo contenido forme parte.⁶⁴

⁶¹ G. GONZALES BARRÓN. *Derechos Reales*, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 267.

⁶² P. DE PABLO CONTRERAS. *Curso de derecho civil... cit.254.*

⁶³ *Ibidem*, p.255.

⁶⁴ *Ibidem*

Citando a Messineo, Lama More, señala que entre el derecho a la posesión, que cierta terminología muy antigua lo identifica como *ius possidendi*, que se presenta como la potestad de tener la posesión, - pudiendo o no corresponder en acto la posesión efectiva - pero que de todos modos se funda en un título, del derecho de posesión (*ius possessionis*), considerada en sí misma, en cuanto ejercicio efectivo, independientemente de la circunstancia de que, como base de la posesión, esté un fundamento o título, y que - según el indicado autor - puede corresponder a quien quiera.⁶⁵

De ello se puede concluir que nuestra ley sustantiva, en su art. 896, siguió la línea de la teoría objetiva, considerando a la posesión como un derecho subjetivo; pues si bien se establece que “la posesión es el ejercicio de hecho de uno más poderes inherentes a la propiedad”, del estudio sistemático de la ley civil, se comprueba que si bien la posesión nace como una situación de hecho, apenas nace se convierte en un derecho (aunque sea de forma temporal), en cuanto es inmediatamente productora de efectos jurídicos.

Por lo que concluimos - apartándonos de la posición del Dr. Gunther Gonzáles Barrón para quien la posesión es un hecho - que la posesión es un derecho subjetivo, en virtud del cual el poseedor no puede ser privado o amenazado en el ejercicio de la posesión, requiriéndose para ello de una decisión judicial que establezca si le corresponde o no mantener la posesión del bien.

7.2.La posesión como un ejercicio de hecho inherente a las facultades de la propiedad.

Para Héctor Lama, “la posesión hace realidad el derecho de propiedad; la propiedad sin posesión, es propiedad vacía, sin contenido, es sólo abstracción, es simplemente un “derecho” no es una realidad (...)”⁶⁶

⁶⁵ F. MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1954, p. 203, citado por H. LAMA MORE, “El Título posesorio en el derecho civil peruano”, *Revista oficial del Poder Judicial*, Año 2 N°1, (2008), p. 140 – 141.

⁶⁶ H. LAMA MORE, “El Título posesorio en el derecho civil peruano”, *Revista oficial del Poder Judicial*, Año 2 N°1, (2008), p. 140.

Nuestra norma sustantiva señala que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad (Art. 896 el C.C.).

“La posesión debe ser considerada como la potestad o señorío fáctico que, con interés propio, ejerce una persona sobre un bien para su aprovechamiento económico y la satisfacción de sus necesidades; debiendo considerarse poseedor aquel que, aun cuando reconozca en otro la propiedad, en los hechos obra o se conduce como propietario usando o disfrutando el bien.⁶⁷

7.3.La propiedad y la posesión

En los tiempos más remotos la posesión ha sido la primera manifestación de la propiedad. La apropiación o aprehensión de los bienes muebles, sobre todo en la caza y la pesca, equivalía – y equivale aún hoy – a la propiedad.

Sin embargo, con el correr de los siglos, se establecieron nítidas diferencias, pues aquellos bienes que se tienen con título constituyen la propiedad, en tanto que en la posesión se carece del mismo⁶⁸.

Por otro lado, una de las diferencias más nítidas y saltantes entre la propiedad y la posesión, es que la posesión otorga el uso y disfrute del bien, esto es, el valor en uso del mismo; la propiedad, en cambio, permite además poder de disposición del bien, o sea, su valor en cambio.

7.4.Clases de Posesión.

7.4.1. La posesión precaria e ilegítima

El artículo 911 del Código Civil, establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido. La norma acotada exige que se prueben dos condiciones copulativas: que la parte demandante sea la titular del bien cuya desocupación pretende, y que la parte emplazada ocupe el mismo sin título o cuando el que tenía ha fenecido. El "título" a que se refiere la segunda condición copulativa es el que emana de un acto jurídico por

⁶⁷ H. LAMA MORE. *La posesión y la posesión precaria. El Nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano*, Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2007, p. 201.

⁶⁸ E. RAMÍREZ. *Tratado de derecho...*, cit.104.

el que se otorga al poseedor la propiedad, arrendamiento, usufructo, uso, comodato, superficie, anticresis, entre otros, del bien que detenta, por lo que reiteradas ejecutorias la Corte Suprema de Justicia han establecido que la posesión precaria es la que se ejerce de facto, sin contar con título que justifique la posesión, entendiéndose como tal a la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que detenta el ocupante.⁶⁹

Por su parte, el poseedor ilegítimo es aquel cuyo título de posesión adolece de algún defecto formal o de fondo; en tanto el poseedor precario es quien ejerce la posesión sin título alguno, sea porque nunca lo tuvo o porque ya feneció. Para contrarrestar la pretensión en su contra, el poseedor deberá acreditar el título que justifica su posesión, aunque éste tenga la calidad de inválido, ya que no se configura la ocupación precaria cuando la parte demandada ostenta un título vigente que justifica su posesión⁷⁰.

Finalmente, nuestro Código Civil, diferencia claramente a la posesión ilegítima de la posesión precaria, estableciendo que la primera es la que se detenta con un título afectado con un vicio que lo invalida (artículo novecientos seis), mientras que la segunda es la que se detenta sin título alguno (artículo novecientos once)⁷¹.

7.4.2. La posesión mediata e inmediata

Nuestro sistema admite la posibilidad de la posesión aún sin el contacto físico con el bien, la doctrina la reconoce como una posesión como derecho o espiritualizada; se trata de un poseedor que no tiene físicamente el bien, pero que, pese a ello, ejerce uno de los atributos de la propiedad; es el caso, por ejemplo, del poseedor mediato que entregó el bien a otra persona – poseedor inmediato – a partir de un título.⁷²

⁶⁹ STC Exp. N° 3520-2006-Lima, del 16 de mayo del 2007, F.J. 7

⁷⁰ *Ibidem*, F.J. 8.

⁷¹ *Ibidem*, F.J. 9.

⁷² H. LAMA MORE, “El Título posesorio en el derecho...”, cit, p.152-153.

En otras palabras, y tal como lo sanciona el Art. 905 del C.C, “el poseedor mediato es quien confirió el título y el poseedor inmediato es la persona que recibió el título del poseedor mediato.”

7.4.3. La posesión de buena y mala fe

La buena fe consiste en la ignorancia o desconocimiento excusable, por parte del poseedor, de que no tenía derecho a poseer, bien porque había un vicio en el título en cuya virtud creer tener esa facultad (desconoce razonablemente que dicho título era nulo o anulable, por cualquier causa), bien porque lo había en el modo de adquirirlo (desconoce razonablemente que quien le transfirió el ius possidendi no podía disponer de las facultades posesorias que le confirió, o que la cosa no era nullius en el caso de la ocupación).⁷³

8. Vulneraciones al ejercicio del derecho de propiedad.

Una de las formas más comunes de violar el derecho a la propiedad, se da en los casos de usurpación en sus diferentes tipos, así el código penal en el Art. 202, establece que: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años: 1. El que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo. 2. El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real. 3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.

Ahora bien, si bien es cierto, la usurpación NO afecta el derecho en sí de la propiedad, si viola el ejercicio pleno de ella, que es la POSESIÓN, ya que priva a su propietario del USO Y DISFRUTE del bien.

Por otro lado, están los arrendatarios que una vez vencidos sus contratos, de forma inescrupulosa, siguen en posesión de la propiedad, incluso sin efectuar los pagos de merced conductiva.

En estos casos, para dar seguridad jurídica a los arrendadores, se promulgó la ley del desalojo express (Ley 30201), en la cual ciertamente se estipula la cláusula

⁷³ P. CONTRERAS. *Curso de derecho civil ...*, cit, p. 307.

de allanamiento, por la cual, una vez cumplido el contrato, el arrendador puede ejecutar el lanzamiento de forma más célere. Sin embargo, el problema ocurre en los contratos que estaban vigentes cuando salió esta norma **no pueden tener este beneficio**, o incluso en la actualidad, tal vez por el desconocimiento o la excesiva confianza, muchos de los contratos de arrendamiento no incluyen esta cláusula.

9. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad.

9.1. Elementos del contenido constitucional.

En el caso *Lorenzo Cruz Camillo*, el Tribunal Constitucional, precisó que lo que constitucionalmente resulta amparable está constituido por los elementos que la integran en su rol: como instituto sobre el que el Estado interviene bajo determinados supuestos, se garantiza que el poder estatal o corporativo no invada los ámbitos de la propiedad fuera de lo permisiblemente aceptado por la Norma Fundamental; como de derecho individual de libre autodeterminación, en el sentido que la propiedad pueda responder a los supuestos mínimos de uso, usufructo y disposición.⁷⁴

Posteriormente en el caso *Santos Pacherre Viera*, el Tribunal Constitucional, refiere que el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho está dirigido a impedir la privación arbitraria o abusiva de los bienes, sea retirándolos del dominio de su propietario o limitando su uso o disfrute de manera irrazonable.⁷⁵

En consecuencia, para el Tribunal Constitucional, la privación contra la privación arbitraria de la propiedad es un elemento del contenido constitucional del derecho de propiedad.

9.2. Exclusión del derecho de posesión.

En el caso mencionado anteriormente de Lorenzo Cruz Camillo, el Órgano Constitucional sanciona que el derecho de posesión no incluye el contenido esencial del derecho de propiedad. Para este, la posesión, tiene que ver con

⁷⁴ STC Exp. N° 3773-2004-AA/TC, del 25 de enero del 2005, F.J. 3

⁷⁵ STC Exp. N° 05007-2006-PA/TC, del 21 de marzo del 2007, F.J. 2

un contenido estrictamente legal cuya definición y tratamiento se ubica fuera de los supuestos constitucionalmente relevantes del derecho de propiedad, por lo que no corresponde que se tramite en vía de amparo.⁷⁶

De igual manera, en el caso Santos Pacherra Viera, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho de posesión, de naturaleza infraconstitucional, *no*⁷⁷ forma parte del contenido constitucional del derecho de propiedad.⁷⁸

Así mismo, en el caso de Juan Ventura Huamán, Tribunal ha señalado que en reiterada jurisprudencia que si bien el derecho de propiedad tiene reconocimiento y protección constitucional de conformidad con lo establecido en nuestra Constitución Política del Estado, no todos los aspectos de dicho atributo fundamental pueden considerarse de relevancia constitucional. Es esto último lo que sucede precisamente con la posesión que, no obstante configurarse como uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley, a través de los procesos ordinarios.⁷⁹

En síntesis, para el Tribunal Constitucional, en jurisprudencia uniforme y reiterada, la tutela del derecho de posesión a través de un proceso de amparo resulta improcedente en tanto dicho derecho no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad.

⁷⁶ STC Exp. N° 3773-2004 ..., cit, F.J.3

⁷⁷ Al respecto, cabe señalar que existe un error material en dicha Sentencia, ya que en la sentencia señala (...) –el derecho de posesión–, que si bien está vinculado al derecho de propiedad *en modo alguno forma parte del contenido constitucional* del derecho de propiedad (...)

⁷⁸ STC Exp. N° 05007-2006 ..., cit, F.J. 3

⁷⁹ STC Exp. N° 3050-2011-PA, del 18 de enero del 2012, F.J. 5

CAPÍTULO. II: EL PROCESO ACTUAL DE DESALOJO POR PRECARIO

1. El desalojo

El desalojo es una acción posesoria en la que se hace efectiva la situación jurídica del poseedor mediato que exige la restitución del bien frente a uno inmediato (art. 586 CPC). Para Gunther Gonzales Barrón, se trata de un instrumento sumario de tutela basado en la reducción de la controversia (cognición limitada a la posesión) y en la abreviación del procedimiento (restricción de prueba, menores trámites). Sin embargo, la tesis “judicial” de precario, permite una perversión, pues el desalojo termina protegiendo el dominio, por lo que las acciones posesorias serían también “propietarias”.⁸⁰

El proceso de desalojo se realiza en la vía sumarísima, en la cual no se admite la reconvencción, empero sí la presentación de medios probatorios extemporáneos.

Este proceso tiene como objeto recuperar el uso y disfrute (posesión) de un inmueble frente a quien no tiene ningún título, es decir, su restitución. (CPC, art. 585).

2. Las Características del proceso de desalojo

El proceso de desalojo puede ser incoado no sólo por el propietario, sino por el administrador o por cualquier otra persona que se considere con derecho para la restitución del bien (excepto los casos de interdicto), la cual se dirige en contra de aquel que posee y que está obligado a restituir el mismo.

El proceso de desalojo se tramita en la vía sumarísima, lo cual impide que el demandado pueda interponer una reconvencción.

Cabe manifestar que en nuestra anterior regulación, en esta vía procedimental tampoco procedía el ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos ni en segunda instancia. Sin embargo, a raíz de la modificación de algunos artículos del Código, a mérito de la Ley N° 30293, ahora ello sí es posible.

⁸⁰ G. GONZALES BARRÓN, *Acción Reivindicatoria y desalojo por precario*. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-AccionReivindicatoriaYDesalojoPorPrecario-5475834.pdf>, 02-07-17

En el proceso de desalojo únicamente se discute el derecho a poseer de quien demanda, mas no, el derecho de propiedad, ni de pago de mejoras, lo cual puede ser tramitado en la vía correspondiente.

3. Estadísticas de duración de los procesos de desalojo por precario.

Los procesos de desalojo por ocupación precaria duran, en promedio, 4 años y 3 meses, esto es, 46 meses más que el plazo previsto en la norma.⁸¹

Este tiempo transcurre entre el inicio del proceso, sentencia de primera instancia, la sentencia de vista y casación, obteniendo recién la calidad de cosa juzgada. No obstante, las diferencias entre el plazo legal y el plazo real son mayores si sumamos el tiempo que demora ejecutar la sentencia, requiriéndose plazo adicional de aproximadamente año y medio.⁸²

PRINCIPALES FACTORES DE LA MOROSIDAD JUDICIAL⁸³

- 38% por la alta litigiosidad del Estado.
- 27% por el retraso en la entrega de las notificaciones judiciales.

4. Dilaciones indebidas en el proceso judicial

Jorge Rosas Yataco, coincide con Sanchez Velarde, en el sentido que las dilaciones indebidas no se identifican con el mero incumplimiento de los plazos procesales o la sola retardación y que debemos entenderla como sinónimo de proceso realizado en un plazo razonable. Todo es conforme. La objeción viene en el sentido de que estas *dilaciones son producidas adrede con la intención de hacer duradero el proceso para perjudicar al otro sujeto procesal*. Dilación que puede provenir a iniciativa de parte interesada con la anuencia de los auxiliares jurisdiccionales. Nadie discute las prórrogas o ampliaciones cuando estas vienen al caso. Tampoco el exceso de plazo para emitir una resolución, cuando existen motivos fundados, como la excesiva carga procesal que atosiga al Juzgador.⁸⁴

⁸¹ W. GUTIERREZ CAMACHO, “La justicia en el Perú. Cinco grandes problemas”, *Gaceta Jurídica*, 1º ed., (2015), pp. 33, disponible en <http://www.gacetajuridica.com.pe/laley-adjuntos/INFORME-LA-JUSTICIA-EN-EL-PERU.pdf>, 15-05-2017

⁸² *Ibíd.* Pp. 34

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ P. SANCHEZ VELARDE, *Comentarios al Código Procesal Penal*, pág. 96, citado por J. ROSAS YATACO, *Derecho Procesal Penal*, Jurista Editores E.I.R.L., Lima 2009, pág. 142-143.

Al respecto Raúl Vladimiro Canelo Rabanal, además ha señalado:

- a) Demora en la calificación de demandas, solicitudes cautelares y escritos.⁸⁵
- b) Demora entre la emisión de la resolución y su notificación⁸⁶ precisando que en la actualidad nos referimos a las resoluciones que se notifican físicamente, ya que ahora opera la notificación electrónica. Sin embargo, este sistema, también tiene sus inconvenientes, ya que muchas veces las resoluciones y anexos, no son descargados correctamente en forma completa o simplemente no son descargados, lo que origina que los justiciables tengan que ir personalmente al Poder Judicial para poder hablar en mesa de partes o con el especialista para que, en el mejor de los casos, autorice el sacado de copias; lo que genera un gasto de tiempo y dinero.
Peor aún, ocurre también que cuando se solicita ello, el expediente no se encuentra disponible, por encontrarse en el pool de asistentes judiciales; entonces, en el supuesto que se haya otorgado algún plazo procesal para cumplir un mandato, y no se cuente con todos los anexos, el justiciable tiene que solicitar la nulidad de la notificación por indebida notificación, ocasionando que el proceso se siga dilatando.
- c) Ocurre también que el justiciable necesite revisar su expediente, sin embargo, este puede encontrarse no sólo días, sino semanas con el Especialista legal. Con ello, ese retrasa la presentación oportuna de los recursos del caso.⁸⁷
- d) Se defiere innecesariamente la realización de audiencias, so pretexto de la recargada agencia de diligencias existente.⁸⁸

Es menester señalar, que estas audiencias también se reprograman por una indebida notificación a las partes con la resolución que fija

⁸⁵ R. CANELO RABANAL, “La Celeridad Procesal, nuevos desafíos hacia una reforma integral del proceso civil en busca de la justicia pronta”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista 2006*, p. 1, Disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AFD8117BA4D5B7CF05257A7E0077571D/\\$FILE/2006_CaneloRaul.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AFD8117BA4D5B7CF05257A7E0077571D/$FILE/2006_CaneloRaul.pdf), 01-08-2017.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem* p. 2

⁸⁸ *Ibidem*

audiencia; por tanto, sino se notificó a una de las partes, y más si es el demandado, la audiencia programada no se podrá realizar; ocasionando también pérdida de tiempo y retraso en el proceso.

- e) La remisión de los expedientes de una instancia a otra, o entre el Poder Judicial y el Ministerio Público se retrasa por errores de los notificadores o en el llenado de los cargos de remisión. Ocurre lo mismo con la Central de Notificaciones, quien se retrasa con la devolución de los cargos de notificación.⁸⁹

5. El Cuarto Pleno Casatorio Civil

El Pleno Casatorio es la reunión de los jueces supremos civiles formada a partir de un procedimiento incidental derivado, a su vez, del procedimiento ante la Corte Suprema iniciado con la interposición de un recurso de casación; siendo que este procedimiento incidental es suscitado por la Sala Civil Suprema competente que declaró la procedencia el recurso, a fin de que emitir una sentencia para dicho caso, en el marco de la cual se pueda dictar una o más reglas jurisprudenciales vinculantes.⁹⁰

5.1. Motivos que originaron el Cuarto Pleno Casatorio: El desalojo por ocupación precaria.

En la mesa redonda presidida por Jorge Avendaño Valdez, Martín Mejorada Chauca y Rómulo Morales Hervias, reconocidos expertos en Derecho Civil Patrimonial en el Perú dialogan respecto al Cuarto Pleno Casatorio Civil, abordando entre otros puntos, los motivos que originaron esta Sentencia.⁹¹

- Jorge Avendaño, refiere que el tema del ocupante precario no estaba claro para los Jueces y Vocales, e incluso para la misma Corte Suprema, lo que originó una serie de discusiones y que se dictaran

⁸⁹ Ibidem

⁹⁰ R. CAVANI, *¿Qué es un pleno casatorio?*, Disponible en <http://laley.pe/not/3388/-que-es-un-ldquo-pleno-casatorio-rdquo-/>, 07-07-2017.

⁹¹ J. AVENDAÑO VALDEZ, M. MEJORADA CHAUCA, R. MORALES HERVIAS, “Discusión en torno al Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre el concepto de Posesión Precaria”, *Revista ius et veritas*, N° 47, (2013), p. 353. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/11952/12520>, 08-07-2017

ejecutorias, en uno y otro sentido; por lo que era necesario que la Corte Suprema, oriente sobre este tema y “uniformice” el concepto de poseedor precario.⁹²

- Por su parte, el Dr. Martín Mejorada, manifestó que “antes de este precedente existía incertidumbre sobre cuando se consideraba precario al demandado a efectos del desalojo. Las posiciones de la judicatura eran sinuosas y la doctrina local más aún. Desde posturas históricas, algo desfasadas, sobre el concepto de precario, hasta las interpretaciones literales de las normas sustantivas y procesales, pasando por definiciones funcionales más flexibles, lo cierto es que había para todos los gustos menos claridad”⁹³; motivo por el cual, este pleno es importante, pues crea alguna certeza sobre posesión precaria, llamada “predictibilidad”.⁹⁴
- Finalmente, Rómulo Morales, refiere que no sólo las cuestiones abordadas en el fundamento 50 del Pleno son suficientes para analizar al precario - vale decir: a) La jurisprudencia imprecisa sobre el ocupante precario que es producto de una legislación y doctrina también imprecisa, siendo esta última hasta contradictoria; b) Esta inseguridad jurídica ocasiona que personas ocupen predios por largo tiempo, sin ninguna justificación; y, c) Ello ocasiona que el Estado tenga que derivar un porcentaje alto de su presupuesto para resolver estos conflictos - sino que existen “otras razones por las que sí era necesario un pronunciamiento como los abusos de los demandantes de iniciar procesos de desalojo contra arrendatarios o compradores calificándolos erróneamente como precarios”.⁹⁵

5.2. Análisis del Cuarto Pleno Casatorio Civil.

⁹² *Ibíd*em p. 353

⁹³ *Ibíd*em

⁹⁴ *Ibíd*em p. 354

⁹⁵ *Ibíd*em

El miércoles 14 de agosto del 2013, se publicó en el diario oficial El Peruano el Cuarto Pleno Casatorio Civil, el cual establece precedentes vinculantes respecto al desalojo y a la, tan controvertida, posesión precaria.

Esta sentencia dictada por Pleno Casatorio, se dio a mérito de la Casación N° 2195-2011-Ucayali, en la demanda de desalojo por ocupación precaria, interpuesta por “Luis Arturo Correa Linares, apoderado de Luis Miguel Correa Panduro; Jorge Enrique Correa Panduro y César Arturo Correa Panduro, la misma que dirigen en contra de Mirna Lisbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco”⁹⁶.

El demandante alega que sus representados son propietarios del inmueble materia de litis cuyo derecho de propiedad está inscrito en los Registros Públicos, señalando además que “los demandados tienen la condición de precarios, dado que antes fue una casa familiar”⁹⁷

Por su parte, los demandados señalan que los demandantes no tienen legitimidad para obrar, por cuanto los demandados viven en el inmueble sub litis por más de 40 años en forma pacífica, pública y como propietarios, por lo que se habría producido una prescripción adquisitiva de dominio.⁹⁸

Es así que el Juez de primera instancia declara FUNDADA la demanda, ordenando el lanzamiento de los demandados, sin embargo, los referidos al hacer uso al derecho de doble instancia formulan recurso impugnatorio de apelación en contra de la referida sentencia, siendo resuelta por la Sala Superior Especializada en lo Civil y afines de Ucayali, mediante Sentencia de Vista de fecha 8 de abril del 2011, confirma la sentencia en todos sus extremos; motivo por el cual los demandados interpusieron el Recurso de Casación.⁹⁹

Este Recurso Casatorio tuvo como fundamentos los siguientes:

- Infracción del inc. 3 del art. 122 del CPC, siendo que la demanda de desalojo por ocupación precaria se sustentó en normas referidas a la conclusión de arrendamiento, y peor aún el A Quo incrementó el art.

⁹⁶ Cas. N° 2195-2011-Ucayali,....cit., p. 2

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem* pág. 3.

⁹⁹ *Ibidem* págs. 3-4.

1697 del C.C. referido a causales de resolución de arrendamiento; haciendo un uso indebido de la norma material. Señalando además que la apelada no se encuentra debidamente motivada, por cuanto no hace ninguna referencia a lo advertido.¹⁰⁰

- Infracción del inc. 3 del art. 139 de la Carta Magna, siendo que no se ha cumplido con los plazos procesales, ni se corrió traslado de la absolución de la excepción de falta de legitimidad para obrar; omisiones que también fueron advertidas pero inobservadas por ambas instancias, lo que atenta contra el derecho al debido proceso.¹⁰¹

Ahora bien, la Sentencia materia de análisis, respecto a la contravención al debido proceso, dividiéndolo en:

- a) El debido proceso
- b) De la motivación de las resoluciones
- c) De la causal de casación

Respecto a este último punto, el Pleno considera que “en ninguna de las sentencias de mérito se hace alusión alguna – expresa o implícitamente – a los artículos del Código Civil referidos al contrato de arrendamiento (...) no se puede señalar que dichas normas hayan servido de sustento jurídico a los jueces de mérito para resolver sobre el fondo de la litis, dado que han sido otras normas sustantivas y procesales las que se han invocado para amparar la demanda, con lo cual queda sin mayor sustento lo denunciado en el recurso de casación. Es más, conforme a lo alegado, se estaría propiamente ante un caso de aplicación indebida de normas legales más que en uno de motivación indebida, razón adicional para no dar cabida a la denuncia casatoria”¹⁰²

Ahora bien, respecto a la acumulación de los procesos de desalojo y prescripción, el Tribunal señala que no es viable, siendo que ambos procesos se tramitan en distintas vías procedimentales (plano formalista). Así mismo refiere que los demandados únicamente pusieron a

¹⁰⁰ Ibídem págs. 4-5.

¹⁰¹ Ibídem pág. 5

¹⁰² Ibídem pág. 11.

conocimiento de los jueces sobre este proceso, mas nunca solicitaron la reconvencción, ni acumulación. Finalmente, refieren que los jueces sí consideraron lo alegado por los demandados, señalándose en la apelada que “que en este proceso de desalojo no se estaba discutiendo la titularidad de la propiedad, sino cuál de las partes tenía un título que la legitimara para ejercer el derecho a poseer el bien (...)”¹⁰³

Por otro lado, respecto a la alegación que no se habría cumplido con los plazos procesales, señalan que esto no tiene sustento alguno, por cuanto de los actuados obra que sí se notificó con el traslado de las excepciones y que incluso fue absuelta dentro de los tres días; sin embargo, respecto al traslado a la parte demandada con la absolución de las excepciones el Tribunal sostiene que, este proceso es sumarísimo, debiendo realizarse “actos procesales que resulten indispensables para garantizar el derecho de defensa, (...) por lo que disponer el traslado sin límite, atentaría contra los principios aludidos¹⁰⁴ y la tutela jurisdiccional oportuna”¹⁰⁵

En consecuencia, el Tribunal resuelve que “la causal de contravención al debido proceso no resulta amparable (...) por lo que debe ser desestimada.”¹⁰⁶

Posteriormente, el Pleno considera que, respecto al tema de controversia, es necesario abordar instituciones afines al caso materia de casación, entre los cuales están: a) La posesión y sus clases; b) El ocupante precario (origen del precario y su tratamiento en la doctrina, legislación y jurisprudencia española), el ocupante precario en el Perú, supuestos de posesión precaria; c) naturaleza de la sentencia.¹⁰⁷

5.3.Conclusiones del Cuarto Pleno Casatorio Civil.

Por mayoría conformada por Ramiro De Valdivia Cano, Ana María Aranda Rodríguez, Evangelina Huamaní Llamas, Andrés Caroajulca Bustamante,

¹⁰³ *Ibíd*em pág. 13.

¹⁰⁴ Principios de economía procesal y sus sub principio celeridad y concentración.

¹⁰⁵ Cas. N° 2195-2011-Ucayali cit. p. 15

¹⁰⁶ *Ibíd*em

¹⁰⁷ *Ibíd*em pág. 15, 17, 19, 21, 26 y 28

Ricardo Vinatea Medina y César Castañeda Serrano, se establece como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

1. Tendrá la calidad de precario quien ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta ni título para ello, o cuando dicho título se haya extinguido.¹⁰⁸

2. Cuando se señala la carencia o fenecimiento del título, no se refiere al título de propiedad, sino al acto jurídico que autorice a la parte demandada a ejercer la posesión, siendo que el derecho en cuestión no es la propiedad sino el derecho a poseer.¹⁰⁹

3. La “restitución” a la que se refiere el art. 585 del CPC (procedimiento de desalojo) se debe entender como entrega de la posesión precaria, para garantizar el derecho de la persona de ejercer la posesión, independientemente si es propietario o no.¹¹⁰

4. El sujeto activo no sólo es el propietario, sino el administrador y quien considere tener derecho para la restitución. El sujeto pasivo, es aquel que ocupa el predio sin acreditar su derecho a poseer, porque nunca lo tuvo o ya feneció.¹¹¹

5. Son supuestos de posesión precaria:

5.1. Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, referidos a la resolución de puro derecho y a la condición resolutoria (art. 1429 y 1430 del C.C. respectivamente), por haber fenecido el título que habilitaba al demandado a seguir poseyendo. Al respecto, el juzgador deberá verificar el “cumplimiento de la formalidad de la resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia”¹¹².

5.2. “Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704 del Código Civil, puesto que con el

¹⁰⁸ Ibídem pág. 30-31

¹⁰⁹ Ibídem pág. 31

¹¹⁰ Ibídem

¹¹¹ Ibídem

¹¹² Ibídem pág. 31-32

requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700 del Código Civil, dado que el sólo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato, sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien”.¹¹³

5.3. Si en el proceso de desalojo el juez advierte la invalidez absoluta y evidente el título posesorio, únicamente lo observará en la parte considerativa de la sentencia; debiendo declarar fundada o infundada la demanda de desalojo dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.¹¹⁴

5.4. La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviere inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del Código Civil.¹¹⁵

5.5. El hecho de que el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo –sea de buena o mala fe–, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, lo que deberá ser discutido en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.¹¹⁶

5.6. En los casos en que el demandado alegue haber adquirido el bien mediante prescripción, no basta para que se desestime ni se declare la improcedencia de la misma. El Juez podrá valorar las pruebas presentadas por el demandado por las cuales invoca su derecho, sin embargo, no podrá resolver sobre la prescripción. En caso de declararse fundada la demanda de desalojo, en nada afecta lo que se vaya a decidir en el proceso de

¹¹³ *Ibíd*em pág. 32

¹¹⁴ Precedente modificado por el Noveno Pleno Casatorio Civil.

¹¹⁵ Cas. N° 2195-2011-Ucayali cit. p. 32

¹¹⁶ *Ibíd*em

prescripción, siendo que el demandado podrá solicitar la inexecución de la sentencia o pedir la restitución del bien.¹¹⁷

6. En todos los casos el Juzgador no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida.¹¹⁸

7. En el caso que haya prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien.

5.4. Críticas al Cuarto Pleno Casatorio Civil.

Según la sentencia analizada:

[...] en la doctrina comparada se cuenta, principalmente, con dos posiciones sobre lo que debemos entender por precario, por tal razón, se hace imperativo que, en sede nacional, cualquier toma de postura se haga a partir del texto normativo contenido en el artículo 911 del Código Civil, el cual señala que la “posesión precaria es la que se ejerce sin justo título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”.¹¹⁹

El problema, para nuestro máximo órgano judicial, según Julio Martín Wong Abad, era uno que podríamos llamar de naturaleza sustantiva; sin embargo, para el mismo autor, el problema que debe resolverse es ¿corresponde que todos los casos de posesión precaria puedan ser discutidos y resueltos en un proceso sumarísimo como el desalojo? ¿puede el proceso de desalojo, para utilizar una frase del derecho procesal constitucional convertirse en una vía procesal igualmente satisfactoria, para todos los procesos mediante los cuales puede recuperarse la posesión?

El problema, por consiguiente, no era uno de naturaleza sustantiva, sino, por el contrario, uno de naturaleza procesal: ¿A qué poseedores precarios es

¹¹⁷ *Ibidem* pág. 33

¹¹⁸ *Ibidem* pág. 33

¹¹⁹ *Ibidem*, pág. 23

adecuado privar de la posesión a través de un proceso sumarísimo como el desalojo?¹²⁰

Por otro lado, Gunther Hernán Gonzales Barrón, señala que el pleno es inconsistente en la solución de hipótesis, pero que en realidad generan perplejidad por la falta de coherencia:

- La accesión: según la jurisprudencia anterior, es precario quien no cuenta con título (negocio jurídico) para fundar su posesión, o cuyo título ha sufrido el vencimiento del plazo; por tanto, los demandados que invocaban un hecho jurídico que aún no había sido comprobado judicialmente (usucapión, accesión), entonces no podrían probarlo en el proceso de desalojo; por tanto, la demanda sería estimada invariablemente. Sin embargo, el Pleno modificó dicho criterio en el caso de la usucapión, pues el demandado puede acreditar prima facie la posesión en concepto de propietario, además de la condición de pacífica, pública y continua, por el plazo legal, con lo cual la demanda sería declarada infundada, sin perjuicio de que en un proceso plenario (reivindicatoria) se dilucide el derecho de propiedad. Esta solución no salva la desigualdad de las partes del proceso, pues es difícil que en el estrecho margen de una apresurada contestación de cinco días se pueda arbitrar una defensa adecuada; sin embargo, al margen de la violación al debido proceso, parece irrazonable que la accesión, que también constituye un hecho jurídico como la usucapión, reciba un tratamiento distinto. En efecto, un poseedor que ha realizado construcciones en suelo ajeno puede llegar a convertirse en propietario de todo el bien, por lo cual no se entiende como el proceso de desalojo, en vía sumaria, puede terminar lanzando a quien sería titular del bien; por tanto, la coherencia imponía que se aplique la misma solución tanto al poseedor de la presunta usucapión, como al constructor. Lo más

¹²⁰ J. WONG ABAD, *La posesión precaria y el desalojo por precario en el IV Cuarto Pleno Casatorio*, pág. 153. Disponible en <http://jmwongabad.com/wp-content/uploads/2015/09/IV-Pleno-articulo.pdf>, 10-07-2017

llamativo es que la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, en tema de reivindicatoria, señala que la demanda es improcedente hasta que se resuelva la accesión si es que el demandado ha levantado edificaciones. En consecuencia, ni siquiera en un proceso plenario se podía lanzar al demandado mientras no se dilucide la accesión, sin embargo, en forma contradictoria, la misma Corte establece ahora que el proceso sumario resulta suficiente para lograr la posesión del bien. Es decir, lo que no puede hacerse en el proceso lato, empero, sí se hace en el breve. No sabemos si el Tribunal ha sido consciente de su nuevo “criterio”, lo cual implicaría que también en la reivindicatoria se deba emitir pronunciamiento de fondo, aun cuando hubiese edificaciones del demandado, por lo cual el tema de la accesión terminaría reenviándose a “otro proceso”, pero con el constructor ya lanzado. Si la Corte fuese coherente consigo mismo, todos los hechos jurídicos –preliminarmente comprobados– deberían ser títulos que paralicen el desalojo por precario.¹²¹

- La resolución extrajudicial de contrato: El Dr. Gunther Gonzáles, critica el cuarto pleno en este extremo, refiriendo que, el comprador de un inmueble, incluso con título inscrito en el registro, puede ser desalojado por “precario”, si el vendedor le resuelve el contrato en mérito de una cláusula resolutoria expresa que se concreta mediante una simple carta notarial. Sin embargo, para el autor, esta solución constituye un grave error porque “el vendedor que enajenó y entregó un bien, ya dejó de ser poseedor, en consecuencia, resulta inaudito que pretenda instar una acción posesoria para recuperar una posesión que no tiene”. Refiere, además, que la Corte Suprema había reconocido que “la resolución extrajudicial por decisión unilateral del acreedor no es prueba suficiente, por tanto, la cuestión debe ventilarse en la vía judicial si es que existe negativa del deudor (Casación N° 1051-2011-Lima18). No obstante, ahora la propia

¹²¹ G. GONZALES BARRON, “Comentario breve al decepcionante Cuarto Pleno Civil”, *Actualidad Jurídica*, N° 243, pág. 49

Corte dice lo contrario en el precedente sobre desalojo, pues se le da valor sacrosanto a una simple carta notarial del acreedor, incluso en contradicción con una inscripción registral que se presume cierta (art. 2013 del CC). En tal caso, se rompe la igualdad pues la palabra de una de las partes se toma como verdadera, mientras que la otra ni siquiera pudo expresarse.”¹²²

Por tanto, para este autor, la resolución necesita dilucidarse en una vía más compleja, siendo que se debe ventilar asuntos la gravedad del incumplimiento, la ausencia de culpa del deudor, y el cumplimiento de la prestación del acreedor, lo que no puede ocurrir en el proceso de desalojo por ser un proceso sumarísimo.¹²³

6. Modificación parcial del Cuarto Pleno Casatorio Civil por el Noveno Pleno Casatorio Civil

Los precedentes vinculantes son de observancia obligatoria por todos los órganos jurisdiccionales, sin embargo, estos se pueden inaplicar atendiendo a dos técnicas:

- a) La técnica del *distinguishing*, citando a Francesca Moretti, el Tribunal señala que “es la operación por la cual el juez del caso concreto declara que no considera aplicable un determinado precedente vinculante respecto de la situación en examen porque no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que estaría obligado a aplicar”.¹²⁴
- b) La técnica del *overruling*, representa una abrogación a la norma adscrita aceptada como precedente. Permite cambiar el precedente vinculante por uno nuevo, es decir, se modifica el precedente vinculante pero no sólo eso, sino que, además, se impone un precedente vinculante que sustituye al anterior, pudiendo ser retroactivo (la nueva regla se aplica a los casos anteriores a su emisión y a los casos futuros) y prospectivo (el nuevo precedente vinculante

¹²² *Ibidem*, págs. 50-51

¹²³ *Ibidem*, pág 51

¹²⁴ F. MORETTI, *El precedente judicial en el sistema inglés*, En F. GALGANO (Coordinador), *Atlas del Derecho Privado Comparado*, Fondo Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pág. 45, citado por Cas. N° 4442-2015-Moquegua, El Peruano 09 de agosto del 2016, pág. 66.

se aplica sólo a los casos futuros mas no a los casos anteriores a su emisión y tampoco al caso concreto que motivó su emisión.¹²⁵

Siendo así, el Supremo Tribunal en el fundamento 65 considera que, en aplicación del overruling, que permite cambiar un precedente vinculante, corresponde modificar el citado precedente vinculante contenido el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha 13 de agosto del 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 infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta”¹²⁶

¹²⁵ Cas. N° 4442-2015-Moquegua, El Peruano 09 de agosto del 2016, pág. 66.

¹²⁶ Cas. N° 4442-2015..... cit. pág. 103

CAPÍTULO III: LA CONCENTRACIÓN DEL PROCESO LABORAL ABREVIADO Y LA ORALIDAD EN EL DESARROLLO DE LA ACTUACIÓN PROBATORIA PENAL, APLICADAS AL PROCESO DE DESALOJO POR PRECARIO.

1. Definición de los principios procesales.

Los principios en la teoría general del derecho, son los pensamientos directivos que sirven de base o fundamento a la organización de un determinado orden positivo: ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de una nación.¹²⁷

Los principios procesales son aquellos criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal y sus diversos sectores, y que orientan el desarrollo de la actividad procesal.¹²⁸

Para Juan Monroy Gálvez, los principios procesales sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, y además poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado, refiriendo además que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto este los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso.¹²⁹

2. El principio de concentración y su aplicación proceso laboral abreviado.

2.1.El principio de concentración.

Este principio, persigue que las actuaciones procesales se realicen en el menor tiempo posible. Según GARCÍA VARA “la concentración pretende reunir los actos procesales unos a otros, de modo tal que en un breve lapso se cumpla con la sustentación de todo el procedimiento (...)”¹³⁰

¹²⁷ CASSO Y ROMERO, IGNACIO DE GUEVARA, FRANCISCO Y JIMENEZ ALFARO, *Diccionario de Derecho Privado*, pág. 311, citado por H. BRISEÑO SIERRA, “Los principios del derecho procesal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, pág. 24. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26700/24057>, 23-10-2017

¹²⁸ J. OVALLE FAVELA, *Teoría general del proceso*, Harla, México, 1994, 2ª ed., p. 187

¹²⁹ J. MONROY GÁLVEZ, *Introducción al proceso civil*, Communitas, Lima, 1996, p. 78.

¹³⁰ J. GARCÍA VARA, *El procedimiento laboral en Venezuela*, Editorial Melvin. Caracas, 2004, p. 28

El principal objetivo de la concentración es lograr que el proceso se desarrolle sin solución de continuidad, de ser posible en una sola diligencia, que no sólo reúna la mayor cantidad de actos procesales, sino que los mismos sean también objeto de debate rápido.¹³¹

JUAN MONROY GALVEZ, respecto al principio de concentración, señala que “cualquier organización judicial fracasaría si la participación obligada del más importante de sus personajes - el juez - ocurriese en un número indeterminado de actos procesales. Es imprescindible regular y limitar la realización de estos, promoviendo su ejecución en momentos estelares del proceso para darle factibilidad a la necesaria presencia del órgano jurisdiccional”¹³²

Finalmente, la Corte Suprema ha establecido en ejecutoria del 10 de enero de 1945 que “El juicio oral debe realizarse de manera continua. No es legal realizar audiencias diminutas, ininterrumpidas por intervalos largos”¹³³

En consecuencia, el principio de concentración, permite que los actos procesales se realicen en una sola audiencia, o en pocas audiencias con intervalos breves, permitiendo que el juicio se realice de forma continua y sin solución de continuidad.

2.2.El proceso laboral.

Para el Mg. Leopoldo Gamarra Vilchez, el proceso laboral es el conjunto de actos procesales que se desarrollan en forma progresiva, sistemática y teleológicamente, que son realizados por el juez y las partes en cumplimiento de las normas procesales, con el objeto de resolver un conflicto laboral mediante una sentencia emitida por el órgano jurisdiccional. Este proceso laboral se concreta en el conjunto de normas, principios e instituciones que constituyen la legislación procesal, por cuyo medio el Estado, ejercitando su función jurisdiccional, administra justicia laboral.¹³⁴

¹³¹ J. ARÉVALO VELA, *Tratado de derecho laboral*, Editorial Instituto Pacífico S.A.C., Lima, 2016, p. 543

¹³² J. MONROY GÁLVEZ, *Introducción al proceso civil*, cit. P. 90

¹³³ F. GUZMÁN FERRER, *Código de Procedimientos penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, pág. 455

¹³⁴ L. GAMARRA VILCHEZ, “Los fundamentos del proceso laboral en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”, *Revista Actualidad Empresarial*, N° 257, (2012), p. 4

Gonzalo Diéguez, por su parte señala que “por procesos laborales los concebidos para resolver litigios en que se invocan reglas y normas relativas al trabajo dependiente”¹³⁵

Dice Olea que el proceso laboral es una “institución jurídica para formalizar y dirimir conflictos de trabajo ante un Juez, instituido por el Estado con esta finalidad”¹³⁶

2.3.El principio de concentración en el Proceso Laboral Abreviado en la Nueva Procesal de Trabajo.

Para nuestro autor ARÉVALO VELA¹³⁷, en su libro TRATADO DE DERECHO LABORAL, el proceso abreviado es una clase de proceso que se caracteriza por su brevedad y por concentrar las etapas procesales de la conciliación el juzgamiento en una sólo diligencia que es la audiencia única.

En esta clase de proceso se sigue el procedimiento siguiente:

- a) La demanda se presenta cumpliendo los requisitos exigidos por la NLPT y por el código Procesal Civil.
- b) Si la demanda es admitida, se emite resolución emplazando al demandado para que la conteste dentro del plazo de diez días hábiles.
- c) En la misma resolución de emplazamiento se cita a la audiencia única, la cual debe ser señalada en un plazo de veinte a treinta días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda.
- d) El demandado debe presentar su contestación por escrito dentro del plazo de diez (10) días hábiles, la misma que deberá cumplir con los requisitos de toda contestación conforme a la NLPT y el Código Procesal Civil.

¹³⁵ DIÉGUEZ, Gonzalo, Lecciones de derecho del trabajo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, 4ta edición, p. 635, citado por L. GAMARRA VILCHEZ, “Los fundamentos del proceso laboral en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”, *Revista Actualidad Empresarial*, N° 257, (2012), p. 4

¹³⁶ M. ALONSO OLEA, Derecho Procesal del Trabajo, Civitas S.A., Madrid, 1985, p. 23, citado por L. GAMARRA VILCHEZ, “Los fundamentos del proceso laboral en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”, *Revista Actualidad Empresarial*, N° 257, (2012), p. 4

¹³⁷ J. ARÉVALO VELA, *Tratado de derecho labora...*, cit. p.740

2.4. Beneficios de la Nueva Ley Procesal de Trabajo en aplicación del principio de oralidad y concentración.

La Ley Procesal Laboral constituye un instrumento que plantea en conjunto una nueva concepción del proceso laboral basado fundamentalmente en la oralidad, modelo que a la luz de las experiencias del derecho comparado y a la luz de la innovación efectuada recientemente en el Proceso Penal Peruano tiende precisamente a lograr que los procesos puedan ser resueltos en forma más rápida y eficaz con el objeto de que los justiciables puedan hacer efectivos sus derechos sustanciales.¹³⁸

Los beneficios de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497 (entre otros) son los siguientes:

- Los conflictos laborales se solucionarán con celeridad en un promedio de duración de seis (6) meses agotadas todas las instancias, en la actualidad demoran varios años.
- El procedimiento es simple de fácil entendimiento y tramitación lo cual redundará en una justicia atractiva y eficiente de solución de conflictos.
- La justicia llegará en forma rápida, eficiente, fácil, atractiva.
- La nueva ley procesal del trabajo busca resolver los conflictos laborales a través de procesos judiciales breves, recurriéndose además al apoyo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación extra judicial, la administrativa y el arbitraje que proporciona el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- En las audiencias prevalece la oralidad, las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre sus escritos

¹³⁸ O. TOLEDO TORIBIO, *La reforma procesal laboral: retos y desafíos*, pág. 1. Disponible en http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:uOMkZj0eaNsJ:sistemas.amag.edu.pe/comunicados/comunicados2010/julio2010/Reforma_Procesal_Laboral_Dr_Toledo.ppt+&cd=14&hl=es&ct=clnk&gl=pe, 04-06-2017

- Los debates orales son escuchados por el Juez quien puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros que participan. El juez dicta sentencia al final de la audiencia de juzgamiento.
- La interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia, salvo que el empleador pague en efectivo al Banco de la Nación u ofrezca una fianza.¹³⁹

3. La oralidad y su aplicación en la actividad probatoria del proceso penal.

3.1.El principio de oralidad.

La oralidad constituye el más importante de los principios que informan el proceso penal. A través de ella se ponen en práctica los demás principios que orientan el proceso en todas sus etapas, entre ellos se encuentran el de contradicción, igualdad, inmediación, entre otros.¹⁴⁰

La oralidad impone que los actos jurídicos procesales constitutivos del inicio, desarrollo y finalización del juicio oral se realicen utilizando como medio de comunicación durante la segunda etapa del proceso, viene a ser por excelencia la expresión oral, el debate contradictorio durante las sesiones de la audiencia es protagonizado mediante la palabra hablada.¹⁴¹

3.2.El proceso penal

PIETRO CASTRO señala que el proceso penal es la actividad por medio de la cual es Estado protege el orden jurídico público, y castiga los actos definidos como punibles por el Derecho Penal.¹⁴²

César San Martín Castro, cita a SCHLÜCHTER, cuando señala que un efectivo encuadramiento del derecho procesal penal, permite acotar, de un

¹³⁹ *Beneficios de la Nueva Ley Procesal de Trabajo*, pág. 1. Disponible en http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/publicaciones/beneficios_nueva_ley_procesal_trabajo.pdf, 08-06-2017

¹⁴⁰ J. CANDIA FERREIRA, Colectivo de Autores. *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, citado por Y. SUEÑEZ TEJERA y G, "*La oralidad como facilitadora de los principios del proceso penal*", pág. 5. Disponible en <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/stgm.html>, 27-05-2017

¹⁴¹ F. MIXÁN MASS, *Juicio Oral*, pág. 15, citado por V. CUBAS VILLANUEVA, *El proceso penal: teoría y jurisprudencia constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2006, págs. 451-452.

¹⁴² Y. SUEÑEZ TEJERA y G. *La oralidad como facilitadora ...*, cit. pág. 1

lado, que el estudio de la formación o estructuración del proceso penal como un concreto ordenamiento jurídico corresponde a la doctrina del Derecho Procesal Penal, que es una “ciencia del ser” avocada a definir cómo los sujetos procesales deben situarse en el proceso, en su interacción procesal, para lo cual están las normas procesales penales; y, de otro lado, el Derecho Procesal Penal, en cuanto a “ciencia del deber ser”, se dedica a su interpretación y sistematización, analizando el proceso en su conjunto y subdividiéndolo en varias fases, de declaración y ejecución¹⁴³.

El derecho procesal penal o derecho penal adjetivo, es la disciplina jurídica que estudia el conjunto de reglas de procedimiento por las cuales un caso concreto debe ser investigado, debatido y resuelto por el sistema de justicia. Righi se refiere a éste como: “(...) el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado, disciplinando los actos constitutivos del procedimiento necesarios para decidir si debe imponerse una pena o una medida de seguridad”¹⁴⁴

Finalmente, el objeto del proceso penal es la pretensión punitiva, que consiste en la petición de aplicación de una pena al acusado fundamentada en la presunta comisión de un hecho punible.¹⁴⁵

3.3.La oralización en la actividad probatoria en el proceso penal.

La oralización de los medios probatorios es corolario inevitable del principio de oralidad, expresado, por ejemplo, en la circunstancia en que deberán ser leídos y sometidos a debate las declaraciones de los testigos que no asistan a la audiencia, así como se procederá a examinar la prueba instrumental,

¹⁴³ C. SAN MARTÍN CASTRO. *Derecho Procesal Penal*, Editora jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2003, 2º ed., p.6.

¹⁴⁴ RIGHI ESTEBAN y ALBERTO A. FERNÁNDEZ, *Derecho penal: la ley, el delito, el proceso y la pena*, HAMMURABI, Buenos Aires, 1996, p. 365, citado por Jorge Alfredo Palacios Montenegro, “El derecho procesal penal o derecho penal adjetivo, es la disciplina jurídica que estudia el conjunto de reglas de procedimiento por las cuales un caso concreto debe ser investigado, debatido y resuelto por el sistema de justicia”, tesis presentada para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2010

¹⁴⁵ V. MORENO CATENA, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. GIMENO SENDRA, *Introducción al derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, 4º ed., pág. 270.

dándose lectura a las piezas o documentos que ya obran en la instrucción o de los que se hubieran presentado al Tribunal por las partes.¹⁴⁶

La oralización de la prueba documental tiene por finalidad conocer el contenido de determinados documentos para el análisis y debate por las partes y, naturalmente, para que el juzgador vaya formando convicción sobre el mismo.

Según PABLO SANCHEZ VELARDE¹⁴⁷

- a) La oralización se realizará cuando indistintamente la pida el fiscal o las demás partes, pero se sigue en orden y bajo la dirección del Juzgador.
- b) La parte que pide la oralización debe indicar el folio o documento y expresará oralmente lo que considere útil o importante para su pretensión. Si el documento es muy amplio se podrá disponer de su lectura o conocimiento parcial.
- c) También se establece que los videos, sonidos o soporte informático podrán ser reproducidos según su forma habitual.
- d) Una vez concluida la oralización, el Juez concederá la palabra a las partes a fin de que se pronuncien sobre su contenido, lo que, en el fondo constituye el análisis que hace sobre la prueba actuada.

4. Defectos y deficiencias de la escrituralidad.

- a) En un sistema cuya escrituralidad prima sobre la oralidad, ocasiona que en el proceso se lesionen una serie de principios procesales, como el de inmediación, concentración y economía procesal.¹⁴⁸
- b) La escrituralidad ocasiona que los juicios son lentos, que las partes procesales se desgasten anímica y físicamente.¹⁴⁹

¹⁴⁶ M. DE LA CRUZ ESPEJO, *El Nuevo Proceso Penal*, IDEMSA, Lima, 2007, p. 630.

¹⁴⁷ P. SANCHEZ MORENO, *Introducción al Nuevo Proceso Penal*, IDEMSA, Lima, 2005, P. 139.

¹⁴⁸ E. GUARDERAS IZQUIERDO, *La Oralidad en el Proceso Civil*, p. 3. Disponible en <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1163/11.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 11-06-2017

¹⁴⁹ *Ibíd*em

- c) La escrituralidad, hace más permisible la corrupción en los Juzgados¹⁵⁰, lo que no ocurre en el sistema oral, dado su carácter concentrado e inmediato.
- d) La escrituralidad permite la inconducta procesal de las partes, siendo que en este sistema es mucho más factible entorpecer el proceso fomentando “las nulidades, los incidentes, desviar el curso del proceso hacia aspectos formales sin ninguna trascendencia, tratando de que se descuide el fondo de la controversia”.¹⁵¹

5. Ventajas y virtudes de la oralidad

- a) Plena vigencia del principio de inmediación, celeridad y concentración¹⁵²; con el sistema oral, se evitan actos procesales intermitentes, originando que el proceso se desarrolle de forma más rápida; además permite al Juez tener más contacto con las partes.
- b) Reduce la inconducta procesal de las partes.
- c) Se reduce la corrupción en los Juzgados, “puesto que la concentración de los actos procesales y el inmediato pronunciamiento del fallo, imposibilitarían efectivizarla”.¹⁵³

¹⁵⁰ *Ibíd*em p. 4.

¹⁵¹ J. MORALES GODÓ, *La oralidad en el código procesal civil peruano*, pág. 11. Disponible en revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/download/2068/2002

¹⁵² E. GUARDERAS IZQUIERDO, *La Oralidad...*, *cit.4*

¹⁵³ *Ibíd*em

CAPÍTULO IV: UNA JUSTICIA TARDÍA, NO ES JUSTICIA: EXPEDICIÓN DE SENTENCIA EN AUDIENCIA CON EJECUCIÓN INMEDIATA.

El objetivo de los procesos judiciales es resolver un conflicto de intereses; para el caso materia de investigación, para el caso del proceso de desalojo por precario es lograr la restitución del bien.

Sin embargo, uno de los principales problemas en lograr esta efectiva restitución, es que la parte vencida, no solo le basta con dilatar el proceso en la primera instancia; sino que incluso una vez dictada la Sentencia en primera instancia favorable para la parte demandante, interponen recurso de apelación, con el único fin de retrasar el cumplimiento de esta, frustrando así la ejecución de la ejecución judicial; perjudicando no sólo a la parte vencedora, sino también al propio sistema judicial, el cual sigue en marcha conociendo recursos cuyos argumentos son en la mayoría de los casos absurdos, carentes de sustento lógico y legal.

Ahora bien, el Código Procesal Civil ha regulado en el artículo I de su Título Preliminar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que comprende en un triple inescindible enfoque: a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo. b) La obtención de una sentencia de fondo, es decir, motivada y fundada en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión. c) Que esa sentencia sea cumplida, es decir, que el fallo sea ejecutoriado. El derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas implica un equilibrio razonable entre el principio de celeridad y el derecho de defensa¹⁵⁴.

Siendo así, el principio de celeridad procesal debe de efectivizarse en la solución de conflictos, para lograr que la tutela jurisdiccional se materialice en la práctica jurídica; puesto que, si el órgano judicial no logra administrar justicia de forma celeridad y oportuna - logrando el cumplimiento de su decisión - el reconocimiento de los derechos establecidos en la tutela jurisdiccional quedará en una simple teoría, violando la seguridad jurídica.

¹⁵⁴ CLAUDIA GUZMÁN, “La necesidad de que se regule la ejecución laboral privada en el Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala”, tesis presentada para obtener el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2013.

1. Ejecución anticipada de la Sentencia Impugnada.

El instituto procesal de la actuación impugnada constituye una forma de tutela diferenciada, que pone en relevancia a la tutela jurisdiccional efectiva, y que permite proteger al vencedor en un proceso judicial ante un juez de primer grado que ha expedido sentencia, en determinadas circunstancias donde sobra la base de la fundabilidad y la urgencia del derecho o del bien jurídico protegido y hacer realizable su pretensión al adelantarse los efectos de la sentencia, aún cuando no se han vencido los medios impugnatorios existentes, es decir, sin tener la calidad de cosa juzgada, considerando que la tutela jurídica no se agota con la emisión de la sentencia, sino que se extiende su ejecución, proscribiendo la morosidad en la satisfacción de un derecho material y propiciando el principio de celeridad procesal.¹⁵⁵

Juan Monroy Galvez, señala que “la actuación inmediata de la sentencia impugnada es el instituto procesal, especie de la tutela anticipatoria, por medio del cual se concede a la parte que ha obtenido una decisión favorable en primer grado, el derecho a la actuación de la decisión que lo favorece, con prescindencia de que la resolución vaya a estar o esté recurrida por la parte perdedora”.¹⁵⁶

Por otro lado, respecto a la terminología de este instituto, señala Juan Monroy, que si bien existe unanimidad en mantener lo sustancial del nombre dado a esta institución por Giuseppe Chiovenda, no parece acorde con su finalidad denominarlo ejecución provisoria o ejecución provisional; al respecto, citando a Federico Carpi, nuestro autor señala que, si bien la ejecución no es en sí provisoria, está basada en un título provisorio, razón por la que el nombre del instituto "podría, con mayor exactitud, ser sustituido por ejecutoriedad o ejecutividad provisoria"¹⁵⁷. Nuestro autor, aclara además que, “la ejecución, por alterar la realidad fáctica, nunca puede ser provisoria, aunque después las cosas

¹⁵⁵ A. AZUCENA DELGADO, *La actuación anticipada de la sentencia impugnada en el proceso civil peruano*, pág. 3-4, Disponible en <https://es.scribd.com/document/226047230/Articulo-Actuacion-Anticipada-de-Sentencia-Impugnada-en-El-Proceso-Civil>, 16-07-2017

¹⁵⁶ J. MONROY GALVEZ, “La actuación de la sentencia impugnada”, *Themis*. N° XLIII (2001) págs.30-31.

¹⁵⁷ F. CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, Giuffré, 1979. p. 3, citado por J. MONROY GALVEZ, “La actuación...” cit. 31

deban ser restituidas a su estado anterior. Lo que es provisoria es la sentencia recurrida solamente en el efecto devolutivo, cuya eficacia inmediatamente pasa a operar. Por tanto, no hay ejecución provisoria de la sentencia, sino ejecución inmediata de la sentencia provisoria”.¹⁵⁸

A mérito de lo manifestado por el Dr. Monroy Galvez, compartimos que la denominación idónea para este instituto es la de ejecutoriedad de sentencia provisoria y no ejecución provisoria de la Sentencia.

Por su parte, Macarita Elizondo Gasperí, en su artículo “La ejecución provisoria de la sentencia civil (Caso México)”, cita al autor mexicano, Rodolfo Bucio Estrada, señalando que “la ejecución provisional de las sentencias se enmarca en el principio de que las mismas tienen la presunción de que fueron dictadas por el juez competente y conforme a la ley. La ejecución provisional consiste en otorgarle al litigante que ha obtenido un derecho a su favor consignado en una sentencia, la facultad de solicitar al juez la ejecución provisional de la sentencia aún cuando haya recurso ordinario o extraordinario pendiente de resolver. Tal facultad procede a petición de parte legítima y con el objeto de asegurar provisionalmente el cumplimiento del fallo y sólo en el caso de oposición de la contraparte, ésta tiene a su vez el derecho a garantizar la inejecución mediante una contra-garantía otorgada en los términos de ley”¹⁵⁹.

Así mismo el Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha 15 de marzo del 2010, en el Exp. N° 00607-2009-PA/TC, citando a Lluís Caballol, ha referido que, dentro del contexto del proceso civil, la actuación inmediata de la Sentencia estimatoria o ejecución o ejecución provisional, es aquella institución procesal a través de la cual se atribuye eficacia a una resolución definitiva sobre el fondo, pero carente de firmeza, cuyos efectos quedan así subordinados a lo que resulte del recurso interpuesto o por interponer.¹⁶⁰

¹⁵⁸ J. MONROY GALVEZ, “La actuación...” cit. 31

¹⁵⁹ R. BUCIO ESTRADA, *La ejecución de sentencias civiles en México*, Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 141, citado por M. ELIZONDO GASPERÍ, “La ejecución provisoria de la sentencia civil (Caso México)”, ponencia Nacional por México, para las Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho procesal en Lima, Perú, octubre de 2008, disponible en: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=28&embedded=true

¹⁶⁰ L. CABALLOL ANGELATS, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 47, citado en STC Exp. 00607-2009-PA/TC, del 15 de marzo del 2010, F.J. 22

El fundamento de esta ejecución (provisional) parte de, primero, admitir que no existen obstáculos constitucionales a la misma y, al contrario, la efectividad de la tutela judicial la favorece. Ni la presunción de inocencia, ni el derecho al recurso pueden ser argumentos oponibles a la ejecución provisional, la cual encuentra su fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque en él mismo se ejecutan también sus límites.¹⁶¹

Así, Juan Montero, señala que la efectividad de la tutela judicial no puede desconocer que la sentencia, aunque no sea firme es un pronunciamiento judicial con todas las garantías y con vocación de permanencia, al que no puede privarse de toda eficacia porque contra el mismo se haya preparado el recurso, si bien ese mismo derecho a la efectividad de la tutela judicial ha de impedir la ejecución provisional cuando sea imposible o de extraña dificultad restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado si la sentencia es revocada.¹⁶²

Finalmente, es de suma importancia diferenciar entre la ejecución inmediata de la sentencia provisional con las medidas cautelares.

Al respecto, el Dr. Kleper Panduro Palacios, abogado del reconocido estudio jurídico Rodrigo, Elías & Medrano, realiza una diferencia entre ambas, dentro de las cuales están:

- ✓ En una demanda, se invoca un derecho; y, por el contrario, en una medida cautelar, solamente se invoca una apariencia de derecho, “distinguiéndose ambos institutos en el grado de cognición”.¹⁶³
- ✓ La certeza del derecho invocado únicamente se adquirirá en el proceso principal, en tanto la demanda sea declarada fundada.¹⁶⁴
- ✓ La ejecución inmediata de la sentencia no está sometida a ninguna condición, se efectiviza como si tuviera la calidad de firme; por el

¹⁶¹ J. MONTERO AROCA, *El derecho procesal en el siglo XX*. Tiran Lo Blanch, Valencia, 2000. pág. 93

¹⁶² J. MONTERO AROCA, *El derecho procesal en...*, cit. pág. 94

¹⁶³ J. MONROY PALACIOS, *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*, Palestra Editores, Lima, 2002, p. 256, citado por K. PANDURO PALACIOS, “Actuación inmediata de la sentencia en el proceso de amparo ¿regla general o excepción en el ordenamiento peruano?”, *Ita Ius Esto* (2012), pág. 228, disponible en http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/2_12-Kepler-Panduro.pdf

¹⁶⁴ K. PANDURO PALACIOS, “Actuación inmediata “Actuación inmediata de la sentencia en el proceso de amparo ¿regla general o excepción en el ordenamiento peruano?”, *Ita Ius Esto* (2012), pág. 228, disponible en http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/2_12-Kepler-Panduro.pdf

contrario, la medida cautelar dependerá siempre de lo resuelto en principal.¹⁶⁵

- ✓ Una medida cautelar puede ser solicitada varias veces dentro proceso, incluso pueden variar según las circunstancias, sin embargo, la ejecución inmediata de la sentencia, no.¹⁶⁶
- ✓ Se necesita una caución personal o real para solicitar la medida cautelar, lo que no ocurre con la ejecución inmediata de Sentencia.¹⁶⁷

2. Actuación anticipada de la sentencia impugnada en el ordenamiento jurídico peruano.

Alex Azucena, la actuación de la sentencia impugnada fue instaurado en nuestro ordenamiento civil de forma precaria a través de la ejecución anticipada de la sentencia los casos de alimentos (Art. 566 del C.P.C.), cuya sentencia se ejecuta, aunque haya una apelación.¹⁶⁸

En los procesos constitucionales, la actuación inmediata de sentencia impugnada se instauró en la acción de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento a través del art. 22, sin embargo, “su redacción generó diversas dudas sobre si realmente se estaba reconociendo dicha institución procesal sobre el procedimiento a seguir para su aplicación, tal es así que fueron las Sentencias del Tribunal Constitucional que finalmente fue dando cuerpo a este instituto procesal en sede constitucional”.¹⁶⁹

De ello se concluye que en el sistema peruano no existe una adecuada regulación de este instituto, y que, por el contrario, en materia civil ni siquiera existe un indicio de ella (salvo en el caso de alimentos). Por tanto, considerando que el instituto de la actuación anticipada de sentencia impugnada tiene como fundamento la tutela jurisdiccional efectiva, debería estar presente en cualquier otro proceso judicial, no sólo en el proceso constitucional, que contenga una pretensión urgente.

¹⁶⁵ *Ibídem*

¹⁶⁶ *Ibídem* pág.229

¹⁶⁷ *Ibídem*

¹⁶⁸ A. AZUCENA DELGADO, *La actuación anticipada...*, cit. pág. 7.

¹⁶⁹ *Ibídem*.

3. Requisitos y/o presupuestos para la actuación inmediata de una sentencia impugnada y/o no firme.

Como lo hemos manifestado anteriormente, la ejecución inmediata de sentencia impugnada, está regulada de forma precaria por nuestro ordenamiento civil, para el caso del proceso de alimentos, habiendo un vacío legal, respecto a otros procesos.

Es así, que, de acuerdo con Alex Azucena Delgado, consideramos como presupuestos de actuación de sentencia impugnada los siguientes:

- a) Que la sentencia que se emite en primera instancia tenga carácter estimatorio condenatorio, es decir, que resuelva una prestación de dar, hacer o no hacer y se manifiesta a través de una orden o un mandato; y no tenga la calidad de cosa juzgada¹⁷⁰
- b) Que la ejecución inmediata de la sentencia sea a pedido de parte, debiendo acreditar la existencia del perjuicio irreparable.¹⁷¹
- c) Que sea posible ser retrotaída al estado anterior, por cuanto puede ser revocada por el superior.¹⁷²

¹⁷⁰ *Ibidem* págs. 7-8.

¹⁷¹ *Ibidem* pág. 8

¹⁷² *Ibidem*

CAPÍTULO V: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL PROCESO DE DESALOJO POR PRECARIO NO REGULADOS POR LA CLÁUSULA DE ALLANAMIENTO FUTURO.

1. Desarrollo de la propuesta.

El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el artículo 139, núm. 3 de la Constitución Política del Perú y en artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, coincide con el aforismo jurídico “una justicia tardía, no es justicia”, surgiendo en consecuencia, la necesidad de instaurar una justicia efectiva

Una justicia efectiva, requiere una actuación y una respuesta pronta del órgano judicial, una emisión de sentencia de desalojo por precario menos alejada del inicio del proceso, una actuación inmediata de la misma que no sea gravosa para quien necesita promoverla, sin perjuicio de la restitución inmediata a la parte vencida, en caso de ser revocada.

Como lo señala la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, “la efectividad de la tutela judicial civil debe suponer un acercamiento de la Justicia al justiciable (...) estructurando procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal, tanto en su planteamiento inicial y para la eventual necesidad de depurar la existencia de óbices y falta de presupuestos procesales como en la determinación de lo verdaderamente controvertido (...) y en la práctica y **valoración de la prueba, con oralidad, publicidad e intermediación** (el énfasis es nuestro). Así, la realidad del proceso disolverá la imagen de una Justicia lejana, aparentemente situada al final de trámites excesivos y dilatados, en los que resulta difícil percibir el interés y el esfuerzo de los Juzgados y Tribunales y de quienes los integran”¹⁷³.

El proceso sumarísimo por el cual se siguen los procesos de desalojo por precario, si bien es cierto propugna la “concentración y oralidad”, ello en la práctica jurídica se ha vuelto letra muerta, quedando la celeridad procesal impregnada en un papel, sin poder efectivizarla, causando inseguridad jurídica y

¹⁷³ ART. I de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español

violando principios constitucionales y procesales como lo es la tutela jurisdiccional efectiva.

Esta modificación que nosotros planteamos al proceso sumarísimo, para que se aplique al menos en el proceso de desalojo por precario (de forma inicial, pudiendo incluso posteriormente realizar una reforma integral del código procesal civil, tal como ocurrió en España en el año 2000, aplicando el principio de oralidad a los procesos de forma eficaz), se inspira y se dirige en su totalidad al interés de los propietarios, especialmente en los propietarios registrales, que ven vulnerado el ejercicio de su derecho, al no tener el uso y disfrute del bien que les pertenece, existiendo un tercero sin título que goza de esta posesión.

Si bien es cierto, nuestros legisladores promulgaron la Ley 30201, que regula el denominado desalojo express, esta ley únicamente “protege” los contratos de arrendamiento, siendo que se consigna la cláusula de allanamiento, la cual es ejecutada en caso de morosidad o de vencimiento de contrato; sin embargo, los demás casos de precario no fueron protegidos esta ley, motivo por el cual se hace necesaria una nueva regulación que permita la obtención de justicia de manera célere y oportuna, logrando realmente que se materialice los principios de concentración y oralidad, sin mellar los derechos al debido proceso que tienen las partes.

2. Regulación propuesta para el proceso de desalojo por precario.

Art. 1.- Se tramita en este proceso la pretensión de desalojo por ocupación precaria, cuando el demandante sea el propietario del bien inmueble materia de restitución; exceptuándose los casos regulados por la Ley 30201.

Artículo 2.- Traslado y citación a audiencia única

Verificados los requisitos de la demanda, el juez emite resolución disponiendo:

- a) La admisión de la demanda.
- b) El emplazamiento al demandado para que conteste la demanda en el plazo de diez (5) días hábiles; y
- c) La citación a las partes a audiencia única, la cual debe ser fijada entre los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda.

Artículo 3.- Audiencia única

Comprende y concentra las etapas de audiencia de saneamiento y sentencia, las cuales se realizan, en dicho orden, una seguida de la otra. En esta audiencia las partes pueden hacerse representar por apoderado, sin restricción alguna.

Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el Juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas; concluida su actuación, si se declaran infundadas, el Juez declarará saneado el proceso.

El Juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los puntos controvertidos que serán materia de prueba.

A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a la cuestión de fondo; seguidamente, el Juez concederá la palabra a los Abogados para que presenten sus alegatos y expedirá Sentencia. De forma excepcional, podrá reservar su fallo por un plazo no mayor a 10 días de concluida la audiencia, bajo responsabilidad.

Art. 4.- Actuación probatoria

En el día y hora fijados, el Juez declarará iniciada la audiencia y dispondrá la actuación de las pruebas en el siguiente orden:

- a) Inspección y Pericia, respecto a la primera, cuando las circunstancias lo justifiquen, el Juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, ordenará la actuación de la inspección judicial en audiencia especial, pudiendo recibirse otros medios probatorios en el lugar de la inspección, si el Juez lo estima conveniente. Respecto a la segunda, los peritos resumirán sus conclusiones y absolverán las observaciones que hayan formulado las partes.
- b) Testimonial, con arreglo al pliego interrogatorio si lo hubiere o de acuerdo a las preguntas que formule la parte en el acto; pudiendo el Juez realizar preguntas y dándose también la oportunidad a las partes formulen en vía de aclaración;
- c) El reconocimiento y la exhibición de los documentos;
- d) Prueba documental
- e) Declaración de parte, empezando por la del demandado.

Art. 5.- Confrontación.

El Juez puede disponer la confrontación entre testigos, entre peritos y entre éstos, aquéllos y las partes y entre estas mismas, para lograr la finalidad de los medios probatorios.

Art. 6.- Prevalencia de la oralidad

Las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia. Las audiencias son sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez, quien puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes en cualquier momento.

Art. 7.- Oralización de la prueba documental

La oralización de la prueba documental tiene por finalidad conocer del contenido de los documentos, para su análisis y debate por las partes y, naturalmente, para que el Juez vaya formando convicción sobre el mismo.

- a) La oralización se realizará por su orden, iniciándola el abogado de la parte demandante y culminando el abogado de la parte demandada. Deberán indicar el folio o documentos y destacará oralmente la finalidad probatoria.
- b) Cuando los documentos o informes fueren muy voluminosos, se podrá prescindir de su lectura íntegra. De igual manera, se podrá prescindir de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenándose su lectura o reproducción parcial.
- c) Los registros de imágenes, sonidos o en soporte informático podrán ser reproducidos en la audiencia, según su forma de reproducción habitual.
- d) Una vez que se concluya la lectura o reproducción de los documentos, el juzgador concederá la palabra por breve término a las partes para que, si consideran necesario, expliquen aclaren, refuten o se pronuncien sobre su contenido.

Art. 8.- Unidad de la audiencia

La audiencia de pruebas es única y pública. Si no fuere posible realizar la audiencia en un solo día, el juez fijará la fecha de su continuación dentro de los 10 días siguientes esta continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión.

En caso se presente la interrupción del proceso, el juzgador en la resolución que admite la interrupción, fijará la continuación de la audiencia dentro de los 10 días resuelta la misma; debiendo de requerir a las partes proveer su participación a través de un apoderado, bajo apercibimiento de realizarse la audiencia probatoria sin presencia de la parte.

Art. 9.- Ejecución anticipada de sentencia impugnada.

La parte vencedora, podrá solicitar al Juez de la causa dentro de los tres días de la notificación de la Sentencia, la ejecución anticipada de la misma; debiendo acreditar la necesidad de evitar un perjuicio irreparable.

En caso la sentencia sea revocada por el Superior por un pronunciamiento de fondo, se deberá disponer la restitución de forma inmediata de la posesión del inmueble bajo apercibimiento de multa; además de solicitar el pago de una penalidad por los daños que se hubiera ocasionado al demandado por la ejecución inmediata de la sentencia; debiendo estos ser acreditados

En el caso que la sentencia sea revocada por el Superior, por formalismos procesales, inobservados por el A Quo, en los que no es responsable el demandante; se dispondrá únicamente la restitución del inmueble, bajo apercibimiento de multa.

Art. 10.- De las nulidades de actos procesales y recursos impugnatorios

Las partes podrán interponer la nulidad del acto procesal de forma oral en la misma audiencia, corriendo traslado a la parte contraria en el mismo acto; para lo cual, la parte que solicita la nulidad deberá presentar su arancel por nulidad al día siguiente de la audiencia. Debiendo ser resuelta por el Juzgador en un plazo no mayor a cinco días.

Las partes podrán interponer sus recursos impugnatorios de forma oral dentro de la misma audiencia, corriéndose traslado a la otra parte en el mismo acto; para lo cual, el apelante deberá presentar su arancel por apelación al día siguiente de la audiencia, bajo apercibimiento de rechazarse la misma.

En caso de que la apelación sea en contra del acto que resuelve las excepciones, defensas previas y/o la admisión de medios probatorios, el juzgador las admitirá sin efecto suspensivo y con calidad de diferida.

En caso de que la apelación sea interpuesta en contra de la Sentencia, el juzgador, una vez admitida, autorizará la formación del cuaderno de apelación, conjuntamente con las apelaciones otorgadas con efecto diferido.

3. Fundamento doctrinario de la propuesta

3.1. Principio de Celeridad

Jorge Yataco señala que, el principio de celeridad tiene una estrecha relación con el plazo razonable, así como con la dilación indebida de un proceso; citando además a Teófilo Idrogo, refiere que el fin supremo del derecho es alcanzar la justicia y para lograrlos deben ser dinámicos, breves, sencillos, evitando dilaciones estériles y simplificando formulismos propios del derecho procesal romano.¹⁷⁴

En un estudio realizado por la Comisión Andina de Juristas, en su texto “Protección de los Derechos humanos”, se refiere que “todo proceso debe llevarse a cabo de manera tal que evite el exceso de formalismos u otro tipo de circunstancias que origine una demora excesiva en su tramitación. De acuerdo al Comité de Derechos Humanos, esta garantía ha de ser observada en todas las fases del proceso”¹⁷⁵

El profesor Raúl Canelo Rabanal, refiere que la celeridad procesal no es un principio abstracto: muy por el contrario, es el alma del servicio de justicia. Está claro que la existencia del debido proceso se debe necesariamente a la existencia de una justicia que no puede y no debe prolongar innecesariamente el litigio; ya que la sociedad debe recomponer su paz a través del proceso en el más breve plazo; y es de su interés que el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica se dilucide prontamente.¹⁷⁶

La finalidad del principio de celeridad es la restitución del bien jurídico tutelado mediante el Poder Judicial como prestador de un servicio público que debe garantizar el derecho de acceso a la justicia a través de un proceso rápido y sin dilaciones en sintonía con las exigencias de una sociedad actual. La celeridad

¹⁷⁴ T. IDROGO DELGADO, *Principios fundamentales del derecho procesal civil*, pág. 26, citado por J. ROSAS YATACO, *Derecho Procesal Penal*, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2009, pág. 142.

¹⁷⁵ M. DE LA CRUZ ESPEJO, *El nuevo proceso...*, cit. 642.

¹⁷⁶ R. CANELO RABANAL, “La Celeridad Procesal...”, cit. 3

procesal tiene como fin brindar a los usuarios de los órganos de justicia Un proceso breve, con reglas procedimentales bien definidas, que cumplan su función instrumental de medio de ejercicio de la ciudadanía y afirmación de la dignidad humana.¹⁷⁷

3.2.Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva

Bernardis, señala que “la Tutela Jurisdiccional Efectiva es la manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar el libre, real e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes o la creación de nuevas situaciones jurídicas, que culmine en una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad”.¹⁷⁸

Por su parte, Francisco Chamorro, considera que la tutela jurisdiccional, básicamente, se podría dividir en cuatro partes: (i) el derecho del libre acceso a los tribunales; (ii) la prohibición de la indefensión por el derecho de defensa que sería el proceso debido; (iii) el derecho a una resolución; y, (iv) el derecho a hacer efectiva la resolución. Si falla alguno de esos escalones, pues falla la tutela en sí.¹⁷⁹

Luiz Guilherme Marinoni, ubica el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en la teoría de los derechos fundamentales, de modo que este tiene que ser antes visto como algo que incide sobre el Estado en su

¹⁷⁷ M. CAMPOS, *Un proceso idóneo*, Solar, Quito, 2008, pág. 136, citado por E. Galarza Villaruel, “El principio de celeridad y sus efectos jurídicos como garantía básica del debido proceso”, tesis presentada para obtener el grado de Abogado de los Tribunales de la República, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ibarra, Ecuador, 2014

¹⁷⁸ L. DE BERNARDIS LLOSA, *La garantía procesal del debido proceso*, Cultural Cusco S.A.- Editores, Lima, 1985, p.135, citado por L. VINATEA RECOBA, “Las bases de la reforma procesal”, *Ius Et Veritas*, N° 13, (1996) p. 110.

¹⁷⁹ R. BUSTAMANTE ALARCÓN, F. CHAMORRO BERNAL, L. GUILHERME MARINONI Y G. PRIORI POSADA, “Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”, *Ius et veritas*, N° 39 (2010), pág. 320

totalidad, es decir, incide sobre el ejecutivo, legislativo y judicial. Al incidir sobre estas tres esferas de poder, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva crea un deber de prestación de tutela para cada una de ellas.¹⁸⁰

Ya en el ámbito de su ejercicio, se conceptúa al derecho a la acción, o derecho a la jurisdicción como aquel que asiste a toda persona para requerir del Estado la prestación del servicio público-administración de justicia; la intervención estatal, recuérdese, tiene su cauce a través de un proceso, el cual debe reunir unas condiciones mínimas que aseguren a las partes la defensa adecuada de sus derechos. La fórmula “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, como expresión de la potestad jurisdiccional, no es más que la aplicación del derecho, por jueces y tribunales, con el propósito de dirimir conflictos y hacer efectivo el derecho declarado o constituido.¹⁸¹

4. Fundamento legal de la propuesta

4.1. Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva, Celeridad, Concentración, Oralidad y Economía Procesal en materia civil.

La Constitución Política del Perú, establece en el Art. 139, num. 3 que “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.”

Así mismo, el Art. I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, establece que “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.”

El Pacto de San José de Costa Rica, en el art. 7, num. 5 señala que “Toda persona (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable (...);”

¹⁸⁰ *Ibidem*, pág. 321

¹⁸¹ V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 2a. ed., p. 75, citado por V. AGUIRRE GUZMÁN, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, *Foro Revista de Derecho*, N°14 (2010), pág. 7

así mismo, en el art. 8, num. 1. señala que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente (...), en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El Código Procesal Civil, en Artículo V del Título Preliminar, señala que las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez (...). El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales. El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales (...) tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en el art. 6, señala que “Todo proceso judicial, cualquiera que sea su denominación o especialidad, debe ser sustanciado por bajo los principios procesales de legalidad, inmediación, concentración, celeridad, preclusión, igualdad de las partes, oralidad y economía procesal (...)”

5. Consecuencias jurídico-sociales de la propuesta.

Las consecuencias jurídico-sociales de la aplicación de esta propuesta, es que permite la aplicación efectiva de los principios de celeridad y concentración, los cuales garantizan el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, depurando la existencia de óbices; dando una pronta solución a los conflictos de los justiciables, en este caso de los propietarios.

Además de ello, permitirá que los Juzgados tengan menos carga procesal, y puedan resolver con mayor eficacia y prontitud los demás procesos judiciales.

Por otro lado, este proceso acabará con la imagen de una justicia tardía y lejana, de un proceso tedioso y dilatorio para quienes reclaman justicia, cambiando la imagen que tiene la sociedad del Poder Judicial, recuperando la confianza en él.

6. Viabilidad jurídica de la propuesta.

La posibilidad de que se ponga en marcha este proceso NO colisiona con los derechos de la otra parte; puesto que la otra parte sigue teniendo la facultad de ejercer su derecho de contradicción, (contestar demanda, interponer excepciones

o cuestiones probatorias, presentar medios probatorios), de interponer interrupción del proceso e incluso recursos impugnatorios; velando en consecuencia por la seguridad jurídica del demandado.

Lo que sí no se va a seguir “protegiendo” es el “derecho” del demandado a dilatar el proceso, presentando escritos dilatorios injustificados.

Finalmente, la actuación de la sentencia impugnada tiene sustento normativo suficiente y permite que se actúe de manera inmediata lo ordenado por el Juez con la finalidad de hacer efectivo lo resuelto por este..

Tal es así que incluso en España, en el año 2000 se promulgó la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual en su artículo 250, sanciona:

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera su cuantía, las demandas siguientes (...)

“2º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario¹⁸², por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona a poseer una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.”

Teniendo como particularidad, que este juicio verbal es un proceso plenario rápido y fundamentalmente oral. Es decir, un proceso que no limita el poder de las partes para alegar y probar y en el que pueden discutirse todos los aspectos de controversia.

Cabe resaltar que nosotros propugnamos únicamente la aplicación de este “juicio verbal” en el proceso sumario de desalojo, dejando abierta la posibilidad de una reestructuración procesal, con miras a que todos los procesos sean guiados por la oralización efectiva, incluso en procesos plenarios tal como ocurre en España.

En consecuencia, en palabras de Marinoni, si la técnica procesal es imprescindible para la efectividad de la tutela de derechos, no se puede suponer que, ante una omisión del legislador, el juez nada puede hacer. Esto por una razón muy simple: el derecho fundamental a la efectividad de la tutela

¹⁸² Concepción romana

jurisdiccional no se vuelve solo contra el legislador, sino también se dirige contra el Estado-Juez. Por ello, es absurdo pensar que el juez deja de tener el deber de tutelar de forma efectiva los derechos solamente porque el legislador dejó de establecer una norma procesal más explícita.¹⁸³

¹⁸³ LUIS GUILHERME MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Palestra, Lima, 2007, pág. 280

CONCLUSIONES

- 1) El derecho de propiedad es un derecho fundamental constitucionalmente reconocido, no ocurriendo lo mismo con el derecho de posesión. Sin embargo, siendo que la posesión es el ejercicio de hecho del derecho fundamental de la propiedad, es necesario que se proteja el mismo a través de un proceso célere y eficaz.
- 2) De la investigación realizada, si bien la norma adjetiva regula el proceso de desalojo por precario en la vía sumarísima, la cual aparentemente es una vía ágil y en la que prima el principio de concentración, este no se aplica eficazmente tal como ocurre en el proceso laboral; lo que ocasiona que los procesos de desalojo por precario sean largos, puesto que, dejan una serie de “espacios” que son aprovechados por los poseedores precarios para realizar dilaciones innecesarias en el proceso.
- 3) La aparente oralidad que se manifiesta en el actual proceso de desalojo por precario en la vía sumarísima, tampoco se aplica eficazmente como ocurre en el desarrollo de la actuación probatoria del proceso penal; sino, por el contrario, se reduce al simple contacto en audiencia del Juez con las partes, especialmente en sus declaraciones.
- 4) La concentración del proceso laboral abreviado y la oralidad de la actividad probatoria de los procesos penales, aplicados a los procesos de desalojo por precario, permite agilizar los trámites judiciales evitando dilaciones innecesarias, logrando una obtención de una Sentencia de forma oportuna, y por qué no de su ejecución, protegiendo de esta manera el ejercicio de hecho del derecho de propiedad (posesión) del propietario.
- 5) La aplicación del principio de concentración y oralidad, permite optimizar el tiempo que dispone el juez en el Despacho y por ende genera beneficios para el Poder Judicial, expresado en horas-hombre; puesto que a mayor concentración y oralización de actos procesales y menos periodos intermedios, se puede emitir prontamente una sentencia, reduciendo la carga procesal (casi siempre dilatoria) de los juzgados – economía procesal -, lo que les permitirá cumplir con las funciones del Despacho.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- BULLARD, Un Mundo sin Propiedad. Artículo contenido en: Estudio de Análisis Económico del Derecho, Lima, ARA Editores, 1996, p. 79, citado por D. VELASCO PEREZ VELASCO, Análisis económico de los derechos de propiedad.
- TRABUCCHI. Instituciones de Derecho Civil, pág.425-426, citado por E. RAMÍREZ CRUZ, Tratado de derechos reales: Derecho de propiedad – copropiedad, Editorial Rodhas SAC., Lima, 2007, 3° ed.
- GUZMÁN NAPURÍ. Introducción al Derecho Público Económico, Caballero Bustamante, Lima, 2009.
- SAN MARTÍN CASTRO. Derecho Procesal Penal, Editora jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2003, 2° ed.
- VALVERDE Y VALVERDE. Tratado de Derecho Civil Español, Tall. Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1936, 4° edición.
- CASSO Y ROMERO, IGNACIO DE GUEVARA, FRANCISCO Y JIMENEZ ALFARO, Diccionario de Derecho Privado, pág. 311, citado por H. BRISEÑO SIERRA, “Los principios del derecho procesal”, Revista de la Facultad de Derecho de México.
- CLAUDIA GUZMÁN, “La necesidad de que se regule la ejecución laboral privada en el Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala”, tesis presentada para obtener el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2013.
- DIÉGUEZ, Gonzalo, Lecciones de derecho del trabajo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, 4ta edición, p. 635, citado por L. GAMARRA VILCHEZ, “Los fundamentos del proceso laboral en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”, Revista Actualidad Empresarial, N° 257, (2012).
- RAMÍREZ CRUZ, Tratado de Derechos Reales: Derecho de Propiedad – Copropiedad, Editorial Rodhas S.A.C., Lima, 2007, 3° edición.

- SALMÓN GÁRATE y C. BLANCO VIZARRETA, “El Derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un ejemplo de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos” en G. PRIORI POSADA (ed.), Estudios sobre la propiedad. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.
- CARPI, La provvisoria esecutorietà della sentenza, Milano, Giuffrè, 1979. p. 3, citado por J. MONROY GALVEZ, “La actuación de la sentencia impugnada”, Themis. N° XLIII (2001).
- F. CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIERREZ. Instituciones de Derecho Civil Español, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1956.
- F. FERNANDEZ SEGADO, Dogmática de los derechos de la persona en la Constitución española de 1978 y su interpretación en el Tribunal Constitucional. En Derecho: Revista de la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 48.
- F. GUZMÁN FERRER, Código de Procedimientos penales, Cultural Cuzco, Lima, 1982.
- F. MESSINEO. Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, 1954, p. 203, citado por H. LAMA MORE, “El Título posesorio en el derecho civil peruano”, Revista oficial del Poder Judicial, Año 2 N°1, (2008).
- F. MIXÁN MASS, Juicio Oral, pág. 15, citado por V. CUBAS VILLANUEVA, El proceso penal: teoría y jurisprudencia constitucional, Palestra Editores, Lima, 2006
- F. MORETTI, El precedente judicial en el sistema inglés, En F. GALGANO (Coordinador), Atlas del Derecho Privado Comparado, Fondo Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pág. 45, citado por Cas. N° 4442-2015-Moquegua, El Peruano 09 de agosto del 2016.
- F. PUIG PEÑA, Compendio de Derecho Civil, Pirámide, Barcelona, 1976, 3° ed. Actualizada, 1976.
- GONZALES BARRON, “Comentario breve al decepcionante Cuarto Pleno Civil”, Actualidad Jurídica, N° 243.
- G. GONZALES BARRÓN. Derechos Reales, Jurista Editores, Lima, 2005.

- LAMA MORE, “El Título posesorio en el derecho civil peruano”, Revista oficial del Poder Judicial, Año 2 N°1, (2008).
- H. LAMA MORE. La posesión y la posesión precaria. El Nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano, Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2007
- ARÉVALO VELA, Tratado de derecho laboral, Editorial Instituto Pacífico S.A.C., Lima, 2016.
- AVENDAÑO VALDEZ, “La propiedad en el Código Civil”, en G. PRIORI POSADA (ed), Estudios sobre la propiedad, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.
- J. AVENDAÑO VALDEZ, M. MEJORADA CHAUCA, R. MORALES HERVIAS, “Discusión en torno al Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre el concepto de Posesión Precaria”, Revista ius et veritas, N° 47, (2013).
- J. AVENDAÑO VALDEZ. La Propiedad en la Constitución. En Ernesto Álvarez Miranda (dir.), constitución y proceso. Libro homenaje a Juan Vergara Gotelli. Jurista- Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2009.
- J. BARNES VAZQUEZ, La propiedad constitucional, Cívitas, Madrid, 1988. p. 546, citado por S. CARRETERO SÁNCHEZ, La Propiedad: Bases sociológicas del concepto en la sociedad postindustrial, p.1, tesis presentada para obtener el grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.
- J. CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil Español Común y Foral, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941, 5° edición, Tomo II.
- J. CASTAN TOBEÑAS, Derecho Civil. Madrid, Reus, 1950.
- J. CASTAÑEDA, Los derechos reales, Lima, 1973, pág. 96, también L. DIEZ-PICAZO, Fundamentos de derecho civil patrimonial, Madrid, 1995, págs. 548-549, citado en Cas. N° 2195-2013-Ucayali, El Peruano 14 de agosto del 2013, pág. 16
- J. GARCÍA VARA, El procedimiento laboral en Venezuela, Editorial Melvin. Caracas, 2004, p. 28
- J. MONROY GALVEZ, “La actuación de la sentencia impugnada”, Themis. N° XLIII (2001).

- J. MONROY GÁLVEZ, Introducción al proceso civil, Communitas, Lima, 1996.
- J. MONROY PALACIOS, Bases para la Formación de una Teoría Cautelar, Palestra Editores, Lima, 2002, p. 256, citado por K. PANDURO PALACIOS, “Actuación inmediata de la sentencia en el proceso de amparo ¿regla general o excepción en el ordenamiento peruano?”, Ita Ius Esto (2012)
- J. MONTERO AROCA, El derecho procesal en el siglo XX. Tiran Lo Blanch, Valencia, 2000.
- J. OVALLE FAVELA, Teoría general del proceso, Harla, México, 1994, 2ª ed.
- PANDURO PALACIOS, “Actuación inmediata “Actuación inmediata de la sentencia en el proceso de amparo ¿regla general o excepción en el ordenamiento peruano?”, Ita Ius Esto (2012).
- BARASSI. Instituciones de Derecho Civil, José María Bosch Editor, Barcelona, 1955.
- L. CABALLOL ANGELATS, La ejecución provisional en el proceso civil, Barcelona, Bosch, 1993.
- L. DE BERNARDIS LLOSA, La garantía procesal del debido proceso, Cultural Cusco S.A.- Editores, Lima, 1985, p. 135, citado por L. VINATEA RECOBA, “Las bases de la reforma procesal”, *Ius Et Veritas*, N° 13, (1996) p. 110
- L. GAMARRA VILCHEZ, “Los fundamentos del proceso laboral en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”, Revista Actualidad Empresarial, N° 257, (2012).
- LUIS GUILHERME MARINONI, Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, Palestra, Lima, 2007
- ALBALADEJO. Derecho Civil. T. III, Bosch Editor, Barcelona, 1974.
- M. ALONSO OLEA, Derecho Procesal del Trabajo, Civitas S.A., Madrid, 1985, p. 23, citado por L. GAMARRA VILCHEZ, “Los fundamentos del proceso laboral en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”, Revista Actualidad Empresarial, N° 257, (2012).
- M. CAMPOS, Un proceso idóneo, Solar, Quito, 2008, pág. 136, citado por E. Galarza Villaruel, “El principio de celeridad y sus efectos jurídicos como garantía básica del debido proceso”, tesis presentada para obtener el grado de

Abogado de los Tribunales de la República, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ibarra, Ecuador, 2014.

- M. DE LA CRUZ ESPEJO, El Nuevo Proceso Penal, IDEMSA, Lima, 2007.
- LASARTE ALVAREZ, Curso de derecho civil patrimonial, Tecnos, Madrid, 1991, 3° ed. Actualizada.
- DE PABLO CONTRERAS. Curso de Derecho Civil. Editorial Colex, Madrid, 2011, 3° edición.
- SANCHEZ MORENO, Introducción al Nuevo Proceso Penal, IDEMSA, Lima, 2005
- P. SANCHEZ VELARDE, Comentarios al Código Procesal Penal, pág. 96, citado por J. ROSAS YATACO, Derecho Procesal Penal, Jurista Editores E.I.R.L., Lima 2009.
- BUCIO ESTRADA, La ejecución de sentencias civiles en México, Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 141, citado por M. ELIZONDO GASPERÍ, “La ejecución provisoria de la sentencia civil (Caso México)”, ponencia Nacional por México, para las Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho procesal en Lima, Perú, octubre de 2008.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, F. CHAMORRO BERNAL, L. GUILHERME MARINONI Y G. PRIORI POSADA, “Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”, Ius et Veritas, N° 39 (2010).
- R. CANELO RABANAL, “La Celeridad Procesal, nuevos desafíos hacia una reforma integral del proceso civil en busca de la justicia pronta”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista 2006.
- R. COLINA GAREA. La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- RIGHI ESTEBAN y ALBERTO A. FERNÁNDEZ, Derecho penal: la ley, el delito, el proceso y la pena, HAMMURABI, Buenos Aires, 1996, p. 365, citado por Jorge Alfredo Palacios Montenegro, “El derecho procesal penal o derecho penal adjetivo, es la disciplina jurídica que estudia el conjunto de reglas de procedimiento por las cuales un caso concreto debe ser investigado, debatido y resuelto por el sistema de justicia”, tesis presentada para obtener el grado de

licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2010

- IDROGO DELGADO, Principios fundamentales del derecho procesal civil, pág. 26, citado por J. ROSAS YATACO, Derecho Procesal Penal, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2009.
- MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Introducción al Derecho procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 2a. ed., p. 75, citado por V. AGUIRRE GUZMÁN, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, Foro Revista de Derecho, N°14 (2010).
- MORENO CATENA, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. GIMENO SENDRA, Introducción al derecho procesal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, 4° ed.
- GUTIERREZ CAMACHO, “La justicia en el Perú. Cinco grandes problemas”, Gaceta Jurídica, 1° ed., (2015).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

- STC Exp. N° 3773-2004-AA/TC, del 25 de enero del 2005
- STC Exp. N° 05007-2006-PA/TC, del 21 de marzo del 2007
- STC Exp. N° 3520-2006-Lima, del 16 de mayo del 2007
- STC EXP. N.° 05614-2007-PA/TC, del 20 de marzo del 2009
- STC Exp. N° 3050-2011-PA, del 18 de enero del 2012

JURISPRUDENCIA CIVIL

- Cas. N° 3588-2000 – Puno, El Peruano, 31-08-2001
- Cas. N° 4442-2015-Moquegua, El Peruano 09 de agosto del 2016.

- Cas. N° 2195-2011-Ucayali, El Peruano 14 de agosto del 2013.

LEGISLACIÓN PERUANA

- Código Civil.
- Código Procesal Civil.
- Código Procesal Penal.
- Constitución Política.
- Nueva Ley Procesal Laboral.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

- Código Civil Argentino.
- Código Civil Chileno.
- Código Civil Español.
- Constitución Política de Argentina.
- Constitución Política de Chile.
- Constitución Política de España.
- Ley Enjuiciamiento Civil (1/2000, de 7 de enero)