

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE HUAMANGA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

**“AUSENCIA DE MOTIVACION EN LAS SENTENCIAS DE DESALOJO POR
OCUPANTE PRECARIO EXPEDIDAS POR LOS JUZGADOS CIVILES DE
HUAMANGA”**

Presentado por:

Bachiller en Derecho:

Katteryne Yessenia Naveda De La Cruz

Para optar el Título Profesional de Abogado

Asesor de Tesis:

Doctor Otoniel Ochoa Roca

AYACUCHO - PERÚ

2018

Dedicatoria:

A mis padres por estar siempre a mi lado
alentándome a seguir adelante y concluir con
mis objetivos trazados a lo largo de mi vida
y así vencer cada obstáculo que se presente
en la vida.

Agradecimiento:

A cada uno de los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNSCH por la enseñanza brindada a lo largo de este hermoso camino de aprendizaje de la carrera de Derecho en cada una de sus ramas, enseñándonos a amarla y respetarla para así contribuir al desarrollo y mejora de nuestro país. .

RESUMEN

La presente tesis toca uno de los problemas observados en el sistema de administración de justicia civil de la Región de Ayacucho, específicamente en los Juzgados civiles, en cuanto a la materia que lo hemos denominado “Ausencia de Motivación en las sentencias de Desalojo por ocupante precario expedidas por los Juzgados Civiles de Huamanga”, cuya tramitación presenta aspectos deficientes, por cuanto no existen criterios uniformes entre el conjunto de magistrados al momento de emitir sus sentencias, creando vacíos e insatisfacción por parte de los sujetos procesales. Por lo que la presente tesis realizar una descripción de la problemática generada, dando explicación a la disparidad que existe en los pronunciamientos jurisprudenciales y su falta de homogeneidad en esta materia utilizados por los magistrados en la emisión de sentencias, asimismo nos encamina a profundizar el tema y entender cómo influye la falta de una adecuada motivación suficiente en las sentencias de desalojo por ocupante precario. Por lo que en esta tesis el objetivo se busca explicar cómo influye la violación al principio de la razón suficiente conjuntamente con un escaso desarrollo jurisprudencial sobre la materia de desalojo por ocupante precario en los Civiles de Huamanga.

INDICE

INTRODUCCION	1
TITULO I	3
PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO	3
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.1 Descripción de la realidad problemática.....	3
1.2 Formulación del problema	5
1.3. Indagación sobre investigaciones preexistentes	6
1.4 Delimitación de la investigación	6
1.5 Alcances de la investigación.....	7
1.6 Objetivos de la investigación	7
1.7 Justificación, importancia y limitación de la investigación	7
TITULO II	10
MARCO TEÓRICO	10
2.1 Antecedentes de la investigación	10
2.2 Marco conceptual de la investigación:.....	13
SUB CAPITULO I	13
DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES JURIDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO	
TEORICO DE LA INVESTIGACION.....	13
1.1 Concepto de posesión.....	13
1.2 Caracteres distintivos de la posesión.....	16
1.2.1 Control sobre el bien.	16
1.2.2 Autonomía	23
1.2.3 Voluntariedad	38
1.2.4. Potencialidad de uso y disfrute	39
1.2.5 Irrelevancia del título jurídico.....	41
1.2.6 Detentación o no – posesión	42
SUB CAPITULO II	50
POSESIÓN MEDIATA E INMEDIATA.....	50
2.1 Concepto y función:.....	50
2.2La posesión mediata como relación jurídica o social de carácter	
temporal.	52
2.3 Posesión mediata e inmediata.....	54
2.4 ¿Por qué la ley reconoce la posesión mediata e inmediata?	54
2.5 La posesión mediata y las regla generales de la posesión	56
2.6 Clasificación de posesión mediata e inmediata	57
SUB CAPITULO III	60
LA POSESION: NACIMIENTO, CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA.....	60
3.1 Nacimiento de la posesión.....	60
3.2 Nacimiento de la posesión por acto unilateral.....	61
3.3 Nacimiento de la posesión por acto bilateral: la tradición.....	63
3.3.1 Concepto	63
3.3.2 Entrega y tradición.....	67
3.3.3. Formas de tradición: real y ficticia	68

3.3.4 ¿La tradición transmite la posesión?	78
3.4 Nacimiento de la posesión por herencia	80
3.5 Nacimiento de la posesión mediata	84
3.6 Conservación de la posesión.....	85
3.7 Pérdida de la posesión	88
3.7.1 Pérdida voluntaria e involuntaria.....	88
3.7.2 Regulación del código civil	91
3.7.3 El despojo	92
3.7.4 Pérdida de la posesión mediata	94
3.7.5 Casos prácticos de pérdida de la posesión	95
SUB CAPITULO IV	96
POSESION PRECARIA.....	96
4.1 Concepto técnico de la posesión precaria.....	96
4.2 El concepto de posesión precaria y su adecuación con los tratados de derechos humanos.....	101
4.3 Propuesta de definición de la posición precaria	103
4.4 Hipótesis incluidas en nuestra propuesta de posesión precaria	104
4.5 Relaciones familiares y posesión precaria.....	106
4.6 Servidor de la posesión y posesión precaria.....	109
4.7 Prueba de la posesión precaria.....	110
4.9 El proceso de desalojo por precario.....	111
4.10 Menor incidencia del desalojo por precario, mayor de la reivindicatoria.....	112
SUB CAPITULO V.....	114
LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.....	114
5.1 Concepto de motivación	114
5.1.1. Dimensiones del concepto de motivación	114
5.1.2. Motivación como justificación	116
5.1.3. Motivación como actividad	119
5.1.4. Motivación como discurso	120
5.1.5. Concepto de motivación en Colombia. Apuntes jurisprudenciales	121
5.2. La racionalidad como requisito de la motivación	126
5.2.1 Racionalidad y razonabilidad	126
5.2.2 Racionalidad de la Motivación	127
5.3. Obligación de motivar las resoluciones judiciales.....	131
5.3.1. Apuntes históricos.....	132
5.3.2. Obligación de motivación en Colombia	134
5.3.3. Importancia de la obligación de motivación	137
5.3.4 La Obligación de motivación entendida como derecho del justiciable y obligación del juzgador	138
5.4. Motivación como garantía constitucional	140
5.4.1 Protección a Derechos Fundamentales	140
5.4.2 Motivación como parte integrante del Derecho a la Tutela judicial Efectiva	142
SUB CAPITULO VI	144
LOS VICIOS DE LA MOTIVACIÓN:	144
6.1. Ausencia o falta de motivación.....	144

6.2. Defectuosa motivación.....	146
6.2.1 Motivación Aparente.....	147
6.2.2 Motivación insuficiente.....	148
6.2.3 Motivación defectuosa.....	150
6.3. Exceso en la motivación	154
6.4 La motivación en la legislación peruana	157
SUB CAPITULO VII	159
PRINCIPIO JURIDICO DE LA RAZON SUFICIENTE	159
7.1. Concepto:	159
TITULO III	161
FORMULACION DE LAS HIPOTESIS DE TRABAJO	161
3.1 Hipótesis General	161
3.2 Hipótesis específica	161
3.3 Variables e Indicadores Operacionalizacion	161
3.3.1 Hipótesis general:	161
3.3.2 Primera Hipótesis Específica.....	162
3.3.3 Segunda Hipótesis Específica	163
3.4 Identificación y clasificación de las variables	163
3.5 Operacionalizacion de variables e indicadores.....	163
3.5.1 Indicadores de la primera hipótesis específica	163
3.6 Metodología de la investigación.....	163
3.6.1 Tipo y nivel de investigación.....	163
3.6.2 Método y diseño de la Investigación	164
3.6.3 Universo, población y Muestra.....	165
3.6.4 Técnicas, Instrumentos y Fuentes de Recolección de Datos.....	166
3.6.4 Técnicas de procesamiento y análisis de Datos Recolectados.....	166
TITULO IV	167
ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS.....	167
4.1 Descripción de los resultados.	167
4.2 Contrastación de la hipótesis	187
TITULO V	188
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	188
1. CONCLUSIONES.....	188
2. RECOMENDACIONES	189
BIBLIOGRAFIA	190
ANEXOS	192

INTRODUCCION

La presente investigación titulada “Ausencia de motivación en las sentencias de desalojo por ocupante precario en las sentencias judiciales expedidas por los Juzgados Civiles de Huamanga”, buscando dar explicación sobre los factores que influyen en una insuficiente motivación en las sentencias expedidas por los magistrados de los Juzgados Civiles en materia de desalojo por ocupante precario.

Para ello la presente tesis buscara dar respuesta a los factores que influyen a que existe una insuficiente motivación en las sentencias judiciales en el desalojo por ocupación precaria regulado en el Código Civil Peruano, ya que en nuestro país desde ya algunos años atrás, se viene produciendo un intenso debate respecto del tema de la posesión precaria, conllevando a que año tras año se debata sobre dicho tema, ello a raíz de percibirse que existía ausencia de motivación suficiente en las sentencias expedidas por los magistrados, siendo esta controversia el resultado de la existencia de diversos conceptos y posturas que se sostienen en el foro, respecto de la diversidad en la forma de poseer los bienes. El presente trabajo aspira a contribuir al esclarecimiento sobre este interesante tema, que por ser de palpitante actualidad requiere de una minuciosa estudio.

Teniendo como objetivo principal el Investigar cómo influye la violación del principio de razón suficiente y el escaso desarrollo jurisprudencial sobre posesión precaria en la motivación insuficiente de las sentencias en los procesos de desalojo por ocupante precario en el Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga. Y como objetivos secundarios en primer lugar analizar Cómo afecta el principio de la razón suficiente en la motivación insuficiente en las sentencias judiciales expedidas, y de igual modo estudiar como interviene del desarrollo jurisprudencial sobre posesión precaria en la motivación suficiente de las sentencias.

Por lo que para realizar la presente tesis ha sido necesario recabar información de fuentes documentales existentes en el Poder Judicial, así como sentencias, estudiándose el ordenamiento constitucional, civil nacional, leyes especiales nacionales, y del derecho comparado referido a las sentencias de desalojo por ocupación precaria.

En cuanto a la metodología de investigación, esta será una investigación descriptiva con preeminencia normativa, doctrinaria y jurisprudencial.

TITULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÒGICO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

La figura de la posesión precaria fue regulada normativamente recién en el derecho civil peruano, a partir de la entrada en vigencia del actual Código Civil, es decir, a partir de 14 de noviembre de 1984. Esto trajo consigo una disparidad de pronunciamientos jurisprudenciales y su falta de homogeneidad en esta materia. Señalando algunos casos que ilustran el problema planteado, diremos por ejemplo que el arrendatario nunca deviene en precario frente a su arrendador, aun cuando este, luego de vencido el plazo contractual, le haya cursado el aviso respectivo, solicitando la devolución del predio, en razón de que según refieren, su ocupación no fue a título gratuito. Otros, empero, han establecido que cursado el citado aviso, el arrendatario deja de serlo y deviene en precario, en razón de que el título que tenía ha fenecido toda vez que, a tenor de lo previsto en el artículo 1704 del actual código civil, lo que puede exigir el arrendador en adelante es la penalidad convenida o en su defecto una prestación igual a lo que fue la renta, de los que se infiere que a partir de ese momento no existe la contraprestación propia del arrendamiento, la renta.

Por otra parte, los magistrados, preocupados por las diversas respuestas dadas por los órganos jurisdiccionales de diferentes instancias, respecto a los casos mencionados, los han sometido a debates nacionales a través de los plenos jurisdiccionales civiles que se vienen realizando cada año en el Poder Judicial, con el objeto de uniformizar criterios jurisprudenciales. Este tema en estudio, ha traído consigo una diversidad de opiniones, muchas de ellas opuestas entre sí, respecto de la inclusión, en la definición normativa del precario, de algunas situaciones que hasta algunos años eran jurídicamente, imposibles de imaginar.

Por otro lado, diremos que la sentencia es un acto jurisdiccional y el producto principal del sistema de justicia que consiste en la declaración del juicio del Juez sobre una controversia puesta a su conocimiento dentro de un proceso judicial, con la cual resuelve aplicando la ley que contiene un mandato general, en un mandato impositivo y concreto para un caso específico. En relación a la sentencia, en el contexto de la “administración de justicia”, una de las situaciones problemáticas es la “motivación de las sentencias judiciales”, lo cual es un asunto o fenómeno latente en todos los sistemas judiciales del mundo, que se evidencian en distintas manifestaciones provenientes de la sociedad civil, las instituciones públicas, privadas y los organismos defensores de derechos humanos. Por lo que al evidenciarse falencias y quejas por parte de los sujetos procesales frente a las sentencias de desalojo por ocupante precario materia de desalojo por ocupante precario dadas en los juzgados especializados en lo Civil de Huamanga y otras jurisdicciones en el año 2008, se realizó el Proyecto Mejoramiento de los Servicios de Justicia, en ésta actividad se propuso contratar un consultor individual para elaborar una metodología de evaluación de sentencias judiciales y otros, y aplicarla en la selección, evaluación y procesos disciplinarios de los Jueces peruanos; considerando, que si bien el Consejo Nacional de la Magistratura tiene algunos criterios para evaluar la calidad de las sentencias judiciales, sin embargo no existe una metodología que defina los criterios, indicadores, métodos y procedimientos a seguir para realizar dicha evaluación, que se traduce en una heterogeneidad de los resultados.

Comprendiendo esta situación tanto a los países de mayor estabilidad política y desarrollo económico, como a aquellos que se encuentran en desarrollo, es decir se trata de un problema real, latente y universal y realizando una comparación con otras legislaciones, podemos citar que en el Estado Mexicano, por ejemplo, el Comité Organizador de la Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema Nacional de Impartición de Justicia, ha elaborado un documento denominado “el libro blanco de la justicia en México”, en el cual se

observa que una de las 33 acciones marco para realizar la reforma judicial es “la mejora de la calidad de las sentencias de los órganos de impartición de justicia”, de lo que se infiere que la motivación de las decisiones judiciales es un rubro fundamental en el tema reforma.

Al respecto, en opinión de Pasara, existen muy pocos estudios acerca de la motivación de las sentencias judiciales, y esboza que una razón es su carácter cualitativo, que el tema es complejo y sus resultados siempre son discutibles. Por consiguiente, el diseño de mecanismos transparentes que permitan evaluar las sentencias que dictan el Poder Judicial es una tarea pendiente de gran urgencia en los procesos de reforma judicial de México.

Es importante advertir igualmente que en nuestra sociedad contemporánea los medios de comunicación desarrollan un papel imprescindible, de esta manera, determinan su influencia en la opinión generalizada de la ciudadanía. Este poder mediático es ambivalente, pues en ocasiones se muestra parcializado con determinados hechos delictivos, provocando malestar e insatisfacción, los cuales se ven reflejados en las encuestas; como la que se realizó en el año 2010 “VI Encuesta Nacional sobre la Percepción de la Corrupción en el Perú 2010”, en el cual se observa que el 38% de ciudadanos encuestados consideran al Poder Judicial como una de las instituciones más corruptas, mientras que el Congreso y la Policía Nacional obtuvieron 46% y 45%, lo cual no es un aliciente, porque lo correcto sería que la ciudadanía peruana no tenga la menor desconfianza de una institución que imparte justicia.

1.2 Formulación del problema

Dentro de ésta línea, de estudio en ésta propuesta de investigación, se busca analizar las sentencias sobre desalojo por ocupación precario, considerando que dichas sentencias analizadas presentan una motivación insuficiente teniendo como factores la violación al principio de la razón suficiente, y la escasa jurisprudencia y doctrina sobre desalojo por ocupante precario generando por ellos que las sentencias emitidas sean sentencias que no se encontraban debidamente motivadas.

1.2.1 Problema general

- ¿Cómo influye la motivación insuficiente de las sentencias en los procesos de desalojo por ocupante precario en el segundo juzgados especializados en lo civil de huamanga en el año 2008?

1.2.2 Problemas Secundarios

- ¿Cómo afecta el principio de la razón suficiente en la motivación insuficiente de las sentencias?
- ¿Cómo interviene el desarrollo jurisprudencial sobre posesión precario en la motivación insuficiente en las sentencias judiciales expedidas por los Juzgados Civiles de Huamanga?

1.3. Indagación sobre investigaciones preexistentes

Efectuado la revisión de la relación de tesis de investigación sobre el presente tema en la Biblioteca Central de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, la Biblioteca Especializada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y de la Escuela de Post Grado, se encontraron pocas tesis sobre el desalojo por ocupante precario, ya que la mayoría desarrolla aspectos específicos sobre ocupante precario, pero a nivel Nacional existe más desarrollo sobre dicho tema y sobre análisis de dichas sentencias.

1.4 Delimitación de la investigación

a. Delimitación espacial

La presente investigación se efectuará geográficamente en la ciudad de Ayacucho.

b. Delimitación temporal

La presente investigación comprenderá los expedientes sobre desalojo por ocupante precario de los años 1998-2008.

c. Delimitación Cuantitativa

La presente investigación se realizará ante el Poder Judicial de Ayacucho – Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga.

1.5 Alcances de la investigación

El alcance de la presente investigación abarca la fundamentación del desalojo por ocupante precario en las sentencias judiciales en el en el Distrito de Ayacucho.

1.6 Objetivos de la investigación

1.6.1. Objetivo general

Con esta investigación pretendo:

- Investigar cómo influye la violación del principio de la suficiente y el escaso desarrollo jurisprudencial ocupante precario, en la motivación insuficiente de las sentencias en los procesos de desalojo por ocupante precario en el Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga en el año 2008.

1.6.2. Objetivos específicos

- **OE1:** Analizar cómo afecta el principio de la razón suficiente en la motivación insuficiente de las sentencias expedidas.
- **OE2:** Estudiar como interviene el desarrollo jurisprudencial sobre desalojo por ocupante precaria en la motivación insuficiente de las sentencias expedidas.

1.7 Justificación, importancia y limitación de la investigación

1.7.1 Justificación de la Investigación:

Se trata de un trabajo que se desprende de una propuesta de investigación, que se orienta a sensibilizar a los responsables de la dirección, conducción, desarrollo, evaluación y administración de la justicia civil, porque los resultados revelarán aspectos en los cuales los operadores de la justicia no han puesto mayor empeño, y muy probablemente, también, omisiones o insuficiencias. Por ende, los resultados a obtener, se podrán utilizar

y convertir en fundamentos de base para diseñar y sustentar propuestas de mejora en la Motivación de las decisiones judiciales cuya acogida y aplicación por parte de los interesados pueden ser una respuesta para mitigar las necesidades de justicia, que últimamente gran parte del sector social peruano solicita a grandes voces, actitudes que se observan no sólo frente a los establecimientos destinados para la administración de justicia, sino de conocimiento tanto de profesionales y estudiantes del derecho, que conforman el Sistema Justicia y la sociedad en su conjunto, quienes podrán encontrar en ésta propuesta contenidos que pueden incorporar a su bagaje cognitivo.

1.7.2. Importancia de la Investigación

Los propósitos de la investigación y su alcance respectivo permitirán logros en los siguientes aspectos:

- Permitirá enriquecer el Derecho Civil sobre el tema de la adecuada y suficiente motivación de las sentencias judiciales en el desalojo por ocupante precario en el que la sociedad estudiantil, magistrados, ciudadanos y abogados tomen conocimiento de la realidad jurídica regional sobre el tema.
- Contribuirá en las futuras decisiones judiciales a determinar en forma objetiva y correcta la aplicación del principio de razón suficiente en la motivación de sentencias materia de estudio, teniendo actualmente en consideración los plenos desarrollados.
- Se enriquecerá en el tema la futura formación de los profesionales del Derecho, tomando ellos el conocimiento sobre la evolución sobre la controversia en el tema desalojo por ocupante precario, que hasta la fecha viene siendo modificado.
- Permitirá comprender las dificultades y limitaciones que existen en la adecuada motivación de sentencias judiciales en el desalojo por ocupante precario, teniendo

en cuenta la doctrina y jurisprudencia sobre el tema, a fin de dar la razón a quien la tiene realizando un desarrollo adecuada sobre la decisión frente a la controversia generada, no generando así falencias en la motivación de las sentencias.

TITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

- a. Chávez Marmanillo, Juan Gualberto. Realizo la tesis denominada proceso de desalojo por vencimiento de contrato, para optar el grado de magister en derecho civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, llego a la siguiente conclusión: 7) Finalmente, existe un factor que está en la oficina de notificaciones que actúa como un fuero independiente que, traba los trámites al no hacer las notificaciones de manera oportuna. Que, según se nos ha informado, se debe a que carece de personal competente, así como de computadoras en condiciones óptimas, con lo que volvemos al factor económico. 8) La carga excesiva que agobia a los juzgados, por la mala costumbre de los arrendatarios de no desocupar los inmuebles arrendados a la fecha de vencimiento de su contrato, obligando que se les emplace en sede judicial, sabiendo que las leyes los amparan a modo de premio, lo que es contrario a la moral.
- b. Arenas y Ramirez, (2009); *Investigo: “La argumentación jurídica en la sentencia”*, y sus conclusiones fueron: a) Existe la normativa jurídica que regula la exigencia de la motivación de la sentencia judicial, que quizás no sea la más cómoda o directa pues se estipula a través de Acuerdos y otras Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, pero de forma general no se encuentra desprotegido jurídicamente. b) Todos los jueces conocen en qué consiste la motivación de la sentencia y conocen también la normativa jurídica que lo regula. c) No existe el mecanismo directo de control para impugnar una sentencia inmotivada a través del recurso de Casación, haciéndose necesaria una vía más directa para ello, puesto que nos encontramos ante una de las principales deficiencias en que incurren nuestros Tribunales hoy en día, al transcribir literalmente en el cuerpo de la sentencia lo

acontecido en el Juicio Oral a través del acta, repetir lo planteado por los testigos sin hacer- uso de algún razonamiento lógico o haciéndolo de forma formularia y parca, no cumpliendo con lo estipulado en el Acuerdo 172 y todos los documentos que circularon junto a este, lo que es muestra de que aún hay mucho por hacer en relación a ello, pues el llamado estímulo al que se refiere en dicho acuerdo al reconocer la inexistencia de una causal de casación que permita reaccionar contra estas faltas para lograr la perfección del proceso penal, se ha traducido en el descuido de nuestros jueces a la hora de la redacción de la sentencia, lo que demuestra en cierto grado que tal requisito o exigencia no se debe dejar al arbitrio o conciencia del propio juez que redacta la sentencia, por lo que, contrario a lo establecido el artículo 79 sobre la casación de oficio, debe existir un mecanismo directo que los conmine a su cumplimiento y que pueda ejercitarse por todos los juristas. d) La motivación de la sentencia no solo consiste en la correcta valoración de la prueba, sino que esta debe hacerse en toda la sentencia siempre que el caso lo amerite. e) El problema fundamental radica en los propios jueces a la hora de materializar los conocimientos acerca de la motivación en la propia sentencia, puesto que en ocasiones es por falta de disposición, por falta de preparación, desorganización, y por ser resistentes a los cambios que se imponen o exigen a la hora de motivar una sentencia judicial. f) Aun falta preparación a los jueces en relación al tema. g) La motivación es un nuevo reto que se impone por necesidad histórica y de perfección del sistema de justicia, que solo se logra con dedicación y esfuerzo propio. h) Si la finalidad de la sentencia no es más que el registro de la decisión judicial y los argumentos que la determinan, la cual debe ser accesible al público cualquiera que sea su clase, a través de un lenguaje claro y asequible a cualquier nivel cultural, y esto se expresa solo a través de la correcta motivación de la resolución judicial, debemos tener

presente que si no se hace de la manera adecuada, sencillamente la sentencia no cumple su finalidad, que es precisamente para lo que se crea.

- c. También Mazariegos (2008), en Guatemala, investigó: *Vicios en la Sentencia y Motivos Absolutorios de Anulación Formal Como Procedencia del Recurso de Apelación Especial en el Proceso Penal Guatemalteco*, cuyas conclusiones fueron: “a) El contenido de las resoluciones definitivas...debe cumplirse con las reglas de la lógica de la motivación de la sentencia, la misma debe ser congruente para evitar resolver arbitrariamente, lo que da lugar a las impugnaciones...; b) Son motivos de procedencia del Recurso de Apelación Especial: i) El error in iudicando, motivo de fondo o inobservancia de la ley que significa omitir aplicar la norma adecuada al caso concreto por parte del Juez y la interpretación indebida o errónea de la ley que significa que el Juez al resolver el caso concreto utilizó una norma incorrecta ó le asignó un sentido distinto lo que es igual a violación de ley sustantiva cuyo resultado es la anulación de la sentencia; ii) El error in procedendo, motivos de forma o defecto de procedimiento...; y finalmente; iii). El error in cogitando que significa defectos incurridos en la motivación de la sentencia; esto se da cuando se busca el control de logicidad sobre la sentencia absurda o arbitraria, prescindir de prueba decisiva, invocar prueba inexistente, contradecir otras constancias procesales o invocar pruebas contradictorias entre otras...”.
- d. Igualmente, Gonzales, (2006), investigo “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, sus conclusiones fueron: a) La sana crítica en nuestro ordenamiento jurídico ha pasado de ser un sistema residual de valoración de la prueba a uno que se ha abierto paso en muchas e importantes materias, y seguramente pasará a ser la regla general cuando se apruebe el nuevo Código Procesal Civil. b) Sus elementos esenciales son los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, los conocimientos

científicamente afianzados y la fundamentación de las decisiones. c) La forma en que la sana crítica se está empleando por los tribunales no puede continuar ya que desgraciadamente muchos jueces amparados en este sistema no cumplen con su deber ineludible de fundamentar adecuadamente sus sentencias. Las consecuencias de esta práctica socavan el sistema judicial mismo desde que, entre otros aspectos, no prestigia a los jueces, estos se ven más expuestos a la crítica interesada y fácil de la parte perdedora y, además, muchas veces produce la indefensión de las partes pues estas no sabrán cómo fundamentar sus recursos ante instancias superiores al no conocer los razonamientos del sentenciador.

2.2 Marco conceptual de la investigación:

En el presente se desarrollara el marco conceptual de la presente investigación teniendo en cuenta los puntos tocados en la presente investigación para su mejor entendimiento.

SUB CAPITULO I

DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES JURIDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEORICO DE LA INVESTIGACION

1.1 Concepto de posesión

El art. 896 Código Civil peruano vigente, Decreto Legislativo 295, contiene la definición legal de la posesión, en la cual se señala que “*La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*”, por cuya virtud, se permite identificar si un determinado supuesto concreto se subsume en la hipótesis normativa. Por ejemplo, una situación de la vida que sea calificada como posesoria produce el efecto de arrastrar las reglas previstas para dicha institución, específicamente la defensa de la posesión que regulan los arts. 920 y 921 C.C. Por el contrario, si dicha circunstancia queda fuera de la definición, entonces el complejo normativo de la posesión no le será aplicable.

El problema, sin embargo, se encuentra en la pobreza de la definición legal, por obra de su excesiva generalidad cuando dice que la posesión es “**el ejercicio de hecho de uno de los poderes inherentes a la propiedad**”; lo que casi es lo mismo decir que se trata de un “poder de hecho” o “señorío de hecho”. Es necesario superar este tipo de nociones que nada agregan o que repiten el objeto definido con otras palabras. Si seguimos literalmente la noción legislativa, en nada se ayuda al intérprete, ni se facilita las cosas al juez. No obstante, es necesario salir de la resignación que a veces invade a la doctrina en esta materia, pues, normalmente, se piensa que la ley no puede avanzar más allá de meras generalidades, en cuanto la posesión sería “una noción propia de la conciencia general”, lo que haría casi imposible encerrarlo en alguna definición precisa. Esta lamentación no es correcta, pues de antemano le estaría colocando una cortapisa al conocimiento humano.

Por tal motivo, proyectamos una definición realmente analítica (que incluya los distintos elementos que configuran el objeto estudiado) y, además, anclada en la realidad de la vida, esto es, con utilidad práctica y aplicación en el mundo de los Tribunales. La definición propuesta es la siguiente. La sola posesión es el control voluntario de un bien, con relativa permanencia o estabilidad, destinado al beneficio propio (autónomo), cuya finalidad es el uso y disfrute en cualquier momento, sin necesidad de un título jurídico que sirva de sustento. Por lo que realizaremos un análisis de cada uno de los elementos componentes de la posesión.

En primer lugar, el control implica que el sujeto tiene injerencia efectiva sobre el bien, entendida esta como la posibilidad de interferirlo físicamente, en cualquier momento, a sola voluntad. En otras palabras, la cosa se encuentra bajo la disponibilidad y sujeción del poseedor, que puede usarla o no, por tanto, se encuentra dentro de la esfera de dominación y afectación de hecho.

Por lo que a lo señalado en el Código Civil se entiende por posesión al “ejercicio de hecho” (art. 896), entendido este como la posibilidad de control que ejercer una persona sobre

un bien, de otro modo la posibilidad de control que esta persona realiza sobre dicho bien. Por tanto, queda en claro que el término de “control” resulta ampliamente preferible para significar la idea que está detrás o subyace en la posesión. (Gonzales Barron, 2016, p.p. 34-36)

El control que se ejerce sobre la cosa permite deducir que la posesión necesita de una situación de relativa permanencia o estabilidad, porque los contactos fugaces y esporádicos no tipifican como posesión. Coligiéndose de lo señalado líneas anteriores que la posesión requiere una dominación de hecho, y esta a su vez debe extenderse en el tiempo, con la intención de conservarla y mantenerla, siendo ello suficiente para contar con estabilidad o permanencia requerida.

Tal como lo señala La Corte Suprema esta definición acoge expresamente nuestra tesis (posesión = control) citada en la Casación N° 995 – 2013 – Lima: y esta a su vez señalada y por Gunter Gonzales Barron al precisar que “tratándose de inmuebles, no solo el hecho de habitar en el bien implica el ejercicio del derecho real (sic) de posesión, sino también actos que implican que el poseionario ejerce un control autónomo del bien”.

En segundo lugar, la autonomía del control significa que el poseedor no recibe las instrucciones, las órdenes ni las indicaciones de tercero para el disfrute del bien; por la razón, la posesión se ejerce en interés o beneficio propio. Así, por ejemplo, el arrendatario es un poseedor porque tiene control autónomo sobre el bien, ya que lo ejerce en beneficio propio para sí mismo, destinado para él. El Código Civil, en efecto, descarta la condición posesoria cuando hay dependencia (art. 897 C.C.), por lo que se deduce, en sentido contrario, que la posesión necesita, en forma inexcusable, la autonomía en el ejercicio del control sobre el bien, que no solo es la ausencia de órdenes, sino el beneficio propio de la cosa, que es característica típica de la posesión.

En tercer lugar, la posesión se constituye mediante acto voluntario, descartándose que exista posesión de los incapaces, menores de corta edad, imposibilitados para actuar libremente o de los que se encuentran privados de discernimiento, aunque sea en forma temporal.

En cuarto lugar, la posesión no implica uso y disfrute actual o ininterrumpido del bien, sino solo potencial o hipotético. Quien se va de viaje por un año y asegura las puertas de su casa mantiene la posesión por cuanto el bien se encuentra bajo su control, aunque se carezca de uso y disfrute real, en tanto no se sirva de él, ni lo arrienda ni le da algún destino económico. Por tanto, el poseedor tiene control lo que otorga potencialidad en el uso y disfrute del bien, pues tiene libertad para aprovecharse de la cosa cuando lo considere conveniente, pero no se requiere que el disfrute sea efectivo en todo momento.

Y tal como lo señala Gunther Gonzales Barron se tiene que la posesión es situación de hecho, por lo que la existencia de un título jurídico es irrelevante,

1.2 Caracteres distintivos de la posesión

Para configurar la posesión se requiere: control sobre el bien (lo que requiere “estabilidad”), autonomía, voluntariedad, potencialidad en el uso y disfrute, irrelevancia de título jurídico.

1.2.1 Control sobre el bien.

El Código Peruano habla del “ejercicio (del poder) de hecho” sobre un bien (art. 896 C.C.) como elemento característico de la posesión; pero es necesario profundizar en tal concepto, pues normalmente la doctrina abusa en formulaciones vagas y tautológicas. Según una extendida y primera definición, el “ejercicio (de un poder de hecho)” comportaría un señorío físico sobre el bien; no obstante, esta perspectiva es demasiado restrictiva, y por eso se comenzó a hablar de un señorío económico sobre el bien, valorado según los criterios sociales de carácter medio. Empero, las concepciones de este tipo no ayudan mucho, pues transportan el problema del “poder de hecho” a la noción del “señorío” (físico o económico) (Sacco Y Caterina, 2000, p. 73-74).

Ejercer es un poder de hecho sobre la cosa. Pues, ya que simplemente decide el destino del bien; al actuar sobre este a fin de obtener una utilidad. Constituyendo el elemento base de la posesión, su constituyente material, exteriorizado.

1.2.1.1 Grado de control

La posesión se muestra a través de diversos cánones de intensidad. Así, un sector doctrinal opina que la posesión se identifica con la utilización del bien de acuerdo con su normal destino económico, según lo había sostenido Ihering traducido por Posada (1926) como el control de “alta intensidad”.

Otro sector, mayoritario, considera que el poder de hecho implica, en realidad, un control sobre el bien, pero no requiere que este sea especialmente “cualificado” a través de la explotación del bien, pues ello producirá problemas en la práctica, en cuanto habría multiplicidad de casos en los cuales el poseedor dejaría de serlo. Por eso, basta el mero concepto de “control de baja intensidad”, pues el sujeto que levanta muros sobre un terreno (solar) ya se le puede considerar poseedor, aun cuando no aproveche el bien según su destino (Saleilles, 1927, p. 45); o aquel que asegura su tienda comercial con cerrojos, sin utilizarla para ningún negocio, pues se encuentra a la espera de mejores oportunidades, también es poseedor. Así lo reconoce la conciencia social en ambos casos, lo que es particularmente importante para el Derecho y para tipificar las distintas situaciones jurídicas. Sin embargo, el control de “baja intensidad” puede devenir en pérdida de la posesión si no se mantiene la suficiente y duradera vinculación con el bien. Por ejemplo, si luego de cercar el terreno, el poseedor nunca más realiza actos de limpieza, vigilancia o cuidado, entonces el vínculo posesorio se disuelve; por tanto, la posesión se ha extinguido por abandono (Gonzales, 2013. p. 37).

El control implica que el sujeto puede realizar actos de injerencia sobre el bien, esto es, la posibilidad de interferir físicamente en cualquier momento, de forma libre y voluntaria; en otras palabras, la cosa se encuentra bajo la disponibilidad y sujeción del poseedor, que puede usarla o no. Se encuentra, pues, dentro de su esfera de dominación de hecho.. En tal caso, se exige una posesión de “alta intensidad”, o sea, la explotación económica de los bienes, como en el caso de la usucapión de predios rurales, por la importancia social que representa la producción en los bienes especialmente fructíferos (Dec. Leg. 1089). No obstante, este criterio debiera extenderse a todo tipo de predios, incluso urbanos, por la propia naturaleza de la usucapión. Sin embargo, la Corte Suprema, en la Casación N°995 – 2013 Lima, se opta por la “baja intensidad” en inmuebles urbanos, conforme se infiere del siguiente párrafo: “En tal sentido, el ad quem ha soslayado que la parte demandante ha presentado diversos medios de prueba en los que acredita el ejercicio de actos de control autónomo respecto al bien litigioso, incluso viene pagando arbitrios según fluye de los medios de prueba aparejados a la demanda, y, según se refiere (en su demanda), han construido un cerco perimétrico y han contratado servicio de guardianía” (finalmente, se anuló la sentencia de vista para que se emita nueva decisión con motivación suficiente) (Gonzales Barron, 2013, p. 41).

1.2.1.2 Nacimiento de la posesión

Savigny tuvo el mérito de recordar que la sola posibilidad de interferencia sobre el bien debía identificarse con el ejercicio efectivo. De esta forma, se pasa de la posesión “activa” a la concepción de la posesión como potencialidad latente o “mera posibilidad”. En buena cuenta, la posesión se obtiene, o nace, a través de control efectivo o de control por puesta a disposición.

El control efectivo implica obtener la posesión del bien como hecho material. Por el contrario, el control por puesta a disposición se realiza mediante estructuras técnico-jurídico, tales como el uso de signos (llaves) o de cláusulas de investidura (dejación y toma de posesión). El consenso permite que la posesión se adquiera mediante una conducta significativa del tradens (abdicación), sin necesidad de un acto concreto y material sobre el bien, pues el poseedor primigenio ha investido de tal condición al nuevo poseedor, para lo cual se hace uso de los actos simultáneos de renuncia y entronización; en tal caso, el nuevo sujeto ya es poseedor por puesta a disposición, siempre que no haya obstáculos para el control (Gonzales Barron, 2013, p. 42).

1.2.1.3 Reglas prácticas para determinar el nacimiento de la posesión.

Para Algunos autores no es fácil determinar si en ciertos casos se produce posesión, o no, por lo que el juicio requiere el auxilio de la concepción imperante en las relaciones sociales, lo que da lugar a los siguientes criterios, tales como: relación espacial, vinculación, posibilidad de acceso, relación de dominación (Westermann H, Westermann H.P, Gursky y Eickmann, 2007, pp. 160-161).

Estos criterios ayudan a establecer si una determinada situación califica como posesoria, lo que, en buena cuenta, exige responder favorablemente dos preguntas, en el siguiente orden. ¿la relación entre persona y cosa es de tal intensidad que los terceros deben considerarse obligados a respetar la pertenencia ajena?; si aún existen dudas, entonces: ¿la situación de hecho es merecedora de protección posesoria?

En efecto, es frecuente que el poseedor se encuentre en relación de inmediación con la cosa, pues resulta difícil suponer que alguien conserva indefinidamente la posesión desde el extranjero, sin embargo, este criterio no es concluyente, pues una persona que sale de viaje de vacaciones por dos meses, obviamente mantiene la posesión mientras aún se

encuentra en vinculación con la cosa. La ausencia de vínculo, más que la distancia física, hace que se pierda la posesión. Así, por ejemplo, si el viajero no echa un vistazo en la casa, ni siquiera con familiares o dependientes, o no realiza labores de limpieza o manutención del inmueble, entonces hace cesar la vinculación pues ya no existe intensidad alguna en la injerencia; esta ha desaparecido (Gonzales Barron, 2013, p. 44)

La posesión también queda en evidencia cuando el sujeto tiene libertad de acceso sobre la cosa. Es el caso de la persona que tiene las llaves que le permite el ingreso, por lo que, sin dudas, tiene la condición de poseedor. Lo mismo ocurre en cuanto a la maleta del pasajero que se entrega a la línea aérea; en tal caso, a pesar que la empresa tiene la posesión del continente, sin embargo, no lo tiene del contenido, es decir, del equipaje y demás elementos de uso personal del pasajero, pues carece de autorización legal para abrir la maleta (Westermann H, Westermann H.P, Gursky y Eickmann, 2007, pp. 160-161).

Por último, y como lo señala Cortes (2010) también debe tenerse en cuenta si el control de la cosa tiene la condición de socialmente reconocible, pues la posesión es un hecho público y notorio, no clandestino ni oculto. Si la conciencia social permite reconocer que una determinada situación implica pertenencia del sujeto sobre la cosa, entonces se tratará de posesión.

Estos criterios, sin embargo, varían según el tipo de cosa:

“Según las concepciones del tráfico, es menos necesario para los bienes inmuebles y los espacios cerrados que para los bienes muebles. De esta manera, el agricultor tiene posesión de la pradera de la montaña, aunque solamente la riegue una vez al año y aunque, por las circunstancias, sea inaccesible en el invierno. Igualmente, el residente de una edificación o de una vivienda conserva la posesión, aunque se ausente varios meses por un viaje al extranjero. Respecto de los bienes muebles, su posesión depende

más de la manera habitual en que son tratados. Cuando más corresponda la relación de poder a las concepciones de la vida, menos requisitos hay que exigir y viceversa; por ejemplo, se conservan en la posesión el arado en el campo o el ganado en una pradera; pero no, en cambio, el libro olvidado en un banco del parque, siempre que el poseedor anterior no sepa dónde ha dejado el libro (Westermann H, Westermann H.P, Gursky y Eickmann, 2007, p. 160).

1.2.1.4 El control requiere estabilidad

La situación posesoria debe contar con una relativa permanencia o estabilidad, pues los contactos fugaces o esporádicos no tipifican como posesión. Por ejemplo. El sujeto que pide un lapicero a préstamo, solo para estampar su firma, no es poseedor. Otro caso análogo sucede cuando alguien entra en el jardín del vecino para guarecerse bajo un árbol de los efectos del sol abrasador (Gonzales Barron, 2013, p. 45).

En efecto, no cualquier contacto físico sobre el bien puede considerarse “poder de hecho” o “ejercicio de hecho”, como lo llama nuestro art. 896 C.C. es una cuestión de sentido común que no son poseedores el cliente el negocio o del restaurante, el alumno de la escuela o de la universidad, el usuario del ómnibus, entre otras hipótesis similares. Por tal motivo, el socio del club puede ser impunemente prohibido de ingresar a los locales, por cuanto no se le considera poseedor, según la conciencia social predominante. El socio podrá formular diversas pretensiones, pero ninguna de ellas versará sobre la tutela de una posesión que no tenía. Lo propio sucede con el automovilista que apuradamente estaciona su auto en una zona privada de acceso a un edificio, pues, en virtud de este solo hecho, nadie podría considerarlo poseedor. Por tanto, los comportamientos pasajeros, privados de funcionalidad o de cualquier tipicidad social, no podrán pasar el examen de calificación de la relación posesoria (Sacco y Caterina, 200, pp.174-176). Como señala Morales (1972) estos contactos físicos no tipifican como “poder de hecho relevante” y, por tanto, se

encuentran en una escala inferior al del servidor de la posesión. No son poseedores ni servidores; Y como dice Sacco y Caterina (2000), tal vez podríamos calificarlos como simples tenedores esporádicos o tolerados, sin ninguna tutela posesoria.

¿Existe algún precepto en nuestro sistema jurídico que sirva para excluir del fenómeno posesorio a los comportamientos pasajeros o meramente tolerados por transitoriedad o intermitencia? El artículo clave, en nuestra opinión, es el 904 C.C.: "Se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera". Según esta norma, si el poseedor pierde el contacto físico con el bien por circunstancias "pasajeras", aun así mantiene la posesión. Pero, ¿qué ocurre con el sujeto que llegó a mantener el contacto pasajero con el bien? Evidentemente este no se convierte en poseedor, ni en servidor, pues el otro retuvo la posesión. En consecuencia, se trata de un mero "tenedor esporádico", sin ningún tipo de protección posesoria (Gonzales Barron, 2013, p. 47).

La interpretación que normalmente se da al art. 904 C.C. es limitada y estrecha. En efecto, es común ejemplificar esta norma con el viajero que se ausenta por un tiempo determinado de un bien inmueble que se halla bajo su posesión, señalándose que durante el ínterin, el viajero conserva y mantiene la posesión (Vasquez Rios, 1994, p. 371). En este ejemplo, el poseedor retiene la posesión "solo ánimo" por cuanto el poder de hecho se identifica con una "injerencia meramente potencial" durante la etapa sucesiva o ulterior a la adquisición de la posesión, a lo cual se une la abstención de los terceros. Por tanto, el viajero conserva la posesión porque tiene la posibilidad de interferir sobre el bien en cualquier momento. En tal caso, el viajero no está impedido del ejercicio posesorio por obra de tercero, pues el bien se halla a su disposición una vez superada la circunstancia pasajera. Esta hipótesis no es particularmente problemática, pues no hay sujetos en conflicto.

Por el contrario, el art. 904 C.C. es particularmente útil para casos en los que, efectivamente, exista un tercero con tenencia física sobre el bien, pero cuya naturaleza eventual, pasajera o meramente tolerada, no hace variar el estado posesorio precedente (Papaño, R., Kiper, C., Dillon, G., Causse, J., 2004, p. 64).

En resumen, esta norma se refiere a hipótesis en las que el poseedor no pueda controlar físicamente el bien, sea por cuestiones simplemente materiales, sea por actuaciones ajenas fugaces (Gonzales Barron, 2016, p. 48).

1.2.2 Autonomía

El poseedor es el que resuelve por sí el destino de la cosa, por tanto, las utilidades (o una parte) de una cosa le benefician a él, lo que obviamente implica que no se encuentra sujeto a instrucciones de otro. Por el contrario, es servidor el que controla el bien, pero depende de las órdenes del poseedor.

El art. 897 C.C. establece que: “No es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas”. En este caso, el servidor de la posesión ejerce el poder de hecho, pero no es poseedor, por lo que carece de tutela posesoria. Por tanto, el servidor de la posesión y el poseedor inmediato coinciden en que ambos detentan físicamente el bien, pero se diferencian en las diversas funciones atribuidas a cada uno. En la posesión inmediata hay autonomía (obviamente, no absoluta) para gozar y disfrutar del bien; en cambio, el servidor de la posesión, es un detentador sin interés propio, bajo instrucciones y en dependencia social o jurídica del principal (Fuenteseca, 2002, p.109); pues, en buena cuenta, actúa en beneficio ajeno.

El servidor de la posesión es un dependiente, un subordinado, que actúa en nombre del auténtico poseedor, o que recibe órdenes. En esta figura se encuadran los empleados de una empresa con relación a los bienes recibidos para llevar a cabo su labor; el obrero de construcción civil respecto del predio donde trabaja y a las herramientas puestas a su disposición; la empleada del hogar con referencia a los útiles de la casa, el soldado o policía en cuanto a las armas recibidas, etc. En todos estos ejemplos, el verdadero poseedor es el principal o el empleador; pero no todas las hipótesis son tan claras, como ocurre en el caso del constructor que realiza una obra por encargo (art. 1771 C.C.), pues, de una interpretación literal del art. 897 C.C, el constructor no podría encuadrarse dentro de la figura del servidor de la posesión, pues este exige “dependencia” como requisito primario para subsumirse en el supuesto de la norma (Ramirez, 1996, p.481).

En suma, es necesario tener en cuenta las siguientes reglas adicionales con relación al servidor de la posesión (Papaño, R., Kiper, C., Dillon, G., Causse, j., 2004, p. 47-48).

- i. Es indiferente si el servidor ejerce el poder con amplia libertad (director de sucursal, operario que trabaja en su casa, etc.) o bajo estrictas órdenes del principal (dependiente de tienda, chofer, etc.).
- ii. Es indiferente si la relación del servidor es de cortesía o si se apoya en una relación jurídica.
- iii. Es indiferente si el bien pertenece al poseedor o a otro.
- iv. Es indiferente la duración de la relación entre el poseedor y el servidor.

Por su parte, la figura del servidor de la posesión produce dos efectos fundamentales:

- a) El primero, de carácter negativo: el servidor no posee, es un tenedor. Si bien es cierto que en el aspecto material, tanto poseedor como servidor detentan la cosa, sin embargo, el primero lo hace con autonomía y relativa independencia, según el caso; mientras que el segundo actúa

en dependencia social del primero, por lo que su actuación se hace en beneficio ajeno, en interés de otro y sin el poder de decidir sobre la cosa; b) y/o empleador del servidor. En el Derecho romano se decía que los detentadores para otro actuaban bajo la causa de “conservación de poder ajeno”, esto es, su objetivo es mantener en forma pacífica la posesión de otro, por lo que este último retiene la situación del poseedor (Gonzales Barron, 2016, p. 50).

1.2.2.1 El servidor como dependiente social o familiar

Sin embargo, el código civil alemán (par. 855), fuente de inspiración de la figura, no hace mención a la palabra “dependencia”, sino más bien al que “ejercita por otro al señorío de hecho” o que se encuentra “en relación semejante” (Gonzales Barron, 2016, p. 50). Esta definición influye al constructor (independiente) respecto de los materiales proporcionados, lo cual es más cercano a la realidad del tráfico, en cuanto difícilmente puede tipificarse como “relación posesoria” la vinculación existente entre una persona que recibe instrucciones de otra, y en el cual, los bienes han sido recibidos exclusivamente para cumplir el encargo del comitente, por tal motivo, conserva la condición de poseedor exclusivo. Nuestro código, lamentablemente, se ha dejado influenciar por la traducción exacta del término alemán *Besitzdiener*, que literalmente significa “servidor de la posesión” sin embargo, las traducciones literales no siempre llegan a captar el real contenido de los vocablos jurídicos. En efecto, la exactitud literaria podría llevar a pensar que el “servidor” se identifica, solo, con el trabajador dependiente; sin embargo, esa visión restrictiva debe rechazarse por no encontrarse a tono con los antecedentes dogmáticos, lógicos e históricos de la figura (Gonzales, 2016, p. 51).

Recuérdese la génesis histórica del precepto, pues el *Besitzdiener* fue concedido en un Código promulgado en 1896, cuando ni siquiera existía el Derecho del Trabajo, por lo que mal puede entenderse el término “servidor” en clave o sentido laboralista. Por lo demás, basta que el detentador actúe por cuenta ajena, en el interés o nombre de un tercero, para

descartar su condición de poseedor, sin necesidad de acreditar la existencia de un vínculo laboral (Gonzales, 2016, p. 52).

La amplitud del concepto de servidor expuesto por el BGB, también debe aceptarse en nuestro sistema jurídico, por lo cual se comprende en tal concepto, por ejemplo, el niño con respecto de los juguetes que le haya dado su propio padre. ¿Puede considerarse que en este caso existe una relación de dependencia? Sí, siempre que el término “dependencia” no se circunscriba a la de origen laboral, sino que comprenda al ámbito familiar y social.

En el mismo sentido, el art. 1168 del Código Civil Italiano reconoce la figura del “tenedor por razones de servicio u hospitalidad”, que no goza de ningún tipo de protección posesoria. Según la doctrina más autorizada, hay razón de servicio cuando el detentador desarrolla una labor a favor del poseedor (empresa que detenta una oficina de otra empresa poseedora para limpiar el piso) o cuando el poseedor desarrolla una labor en beneficio del detentador (paciente que detenta por largos meses la habitación de una clínica) (Sacco y Caterina, 2000, p. 195). Las razones de hospitalidad sirven para negar protección a un sujeto que tiene el control del bien, pero que no merece tutela posesoria. En tal sentido, se ha dicho que la hospitalidad implica un consenso a la injerencia ajena, madurada por el propio placer de gozar de la compañía del huésped, y también por la sensibilidad a la necesidad de otras personas. Normalmente, la doctrina y jurisprudencia italiana reconocen que los otros miembros de una misma familia del poseedor (conyugue, hijos) son detentadores “por razones de hospitalidad”, aunque el asunto es discutido. Téngase en cuenta que el reconocimiento de un poder autónomo a los varios miembros de una misma familia no tutela ningún valor que pueda convencer al intérprete; y además, conlleva ciertamente una multiplicación no deseada de las fricciones judiciales. Sin duda, esta es la solución preferible, por lo que los familiares que ingresan al predio, tienen la condición de

alojados u ocupantes por benevolencia y gracia del principal, en consecuencia, tipifican claramente como servidores de la posesión.

Este fundamento de la doctrina italiana resulta decisivo para asumir una postura sobre las relaciones familiares *ad extra* (en relación con terceros). En efecto, imaginemos lo absurdo que significaría alquilar un bien a un arrendatario, quien posee en tal condición y por ese hecho nunca puede convertirse en propietario, sin embargo, los hijos de ese mismo arrendatario, que ingresaron al predio por efecto de ese vínculo jurídico, sin embargo, resultarían poseyendo en condición de dueño. En tal caso, se derrumbaría por completo la seguridad jurídica en el uso y disfrute de los bienes, pues nunca un propietario tendría la certeza de mantener el dominio, ya que sin él saberlo, y sin poder controlarlo o impedirlo, resultaría que los alojados o huéspedes de los arrendatarios terminarían convirtiéndose subrepticamente en propietarios (Gonzales, 2016, p. 52).

La ocupación por razón de servicio, hospitalidad, benevolencia o por deber legal o moral son hipótesis propias del servidor de la posesión, porque en todos esos casos existe dependencia social o familiar; pues, incluso la dependencia puede ser jurídica, como en el caso de los hijos menores de edad; o, simplemente social cuando se trata de hijos mayores de edad. Nótese que el término “dependencia” se utiliza en el sentido de que el servidor se encuentra objetivamente bajo el bien. Los Tribunales italianos han tenido oportunidad de pronunciarse sobre un caso cuya discusión giraba, precisamente, en torno a la naturaleza de la detentación de los familiares (Tribunal de Salerno, 09 de octubre de 1980) (Pola, 2006, p. 25): “El mero hecho de la convivencia de terceras personas, a consecuencia de la hospitalidad a ellos concedida por quien posee el bien, no hace existir de por sí un poder sobre la cosa que pueda ser configurado como posesión autónoma sobre el mismo bien y, por tanto, no es válido para la adquisición por usucapión”.

La decisión es absolutamente razonable, pues “de esa forma se mantiene en su estricto lugar a los usuarios de cosas que gozan de tal facultad por buena voluntad, deber moral o deber legal. Sobre este último punto vale señalar que la existencia de un deber jurídico (por ejemplo: asistencia entre conyugues, o entre padres o hijos) no cambia la condición de servidor de la posesión, pues la obligación opera intra familia, y no con los terceros, como sería el caso del arrendador. En buena cuenta, el propietario de la casa es ajeno a los deberes familiares; y en su ámbito, el único poseedor es el inquilino; sin embargo, este puede ceder o permitir el uso de la cosa por deberes legales o morales, pero ello opera en el interior de su familia. Allí se agota el deber, por lo que no tiene repercusión en la esfera externa.

Un buen ejemplo de la bondad de esta doctrina se aprecia en el alegato de los arrendatarios que solicitan la nulidad de las actuaciones en el proceso de desalojo cuando no se ha emplazado a su conyugue. En realidad, ese fundamento debe rechazarse, pues el único poseedor es el arrendatario-poseedor inmediato, por lo que el poseedor mediano no necesita enfrentarse a todos los ocupantes del bien. Lo contrario generaría la eterna duda de no saber cuántos sujetos deben emplazarse con el desalojo. En algunos casos, nuestra Corte Suprema ha sido demasiado flexible con los ocupantes, y ha declarado la nulidad del proceso cuando no se emplaza al conyugue del demandado, sin embargo, ello solo protege la ocultación de datos para sacarlos a flote en el momento estratégico de pedir la nulidad del proceso. Tampoco es argumento convincente que el actor conozca la existencia de la conyugue, pues, de igual forma, no hay interés relevante en su participación en el litigio, cuyo debate se centra en la posesión. Así, la Casación N° 2166 – 2009, de 03 de agosto de 2010 discute consideraciones irrelevantes, tales como que la demanda debió dirigirse no solo contra el hermano del actor, sino contra la cuñada. Si bien el art. 587 C.P.C permite emplazar a los terceros, ello ocurre cuando se produjo cesión de la posesión, lo que no ocurre en este caso, pues evidentemente el arrendatario se mantiene como poseedor.

Tampoco es atendible el art. 65 C.P.C, referido a los patrimonios autónomos, pues dicha norma solo aplica a los bienes compartidos, entre los que no se incluye una relación meramente obligacional de arrendamiento” (Gonzales Barron, 2013, p. 54).

Por otro lado, distinto es el tema de la relación familiar ad intra, pues la detentación que ejerce un pariente, sea conyugue, conviviente o hijos puede fundarse en el deber legal de asistencia y auxilio, por lo que no se trata de un servidor, pues la detentación está protegida por las normas del Derecho de familia, que obviamente interfieren en la situación jurídica, haciéndola devenir en posesión. En efecto, un numeroso grupo de sentencias de la Corte Suprema, tales como la Casación N° 3191 – 2010 – Cusco, de 07 de junio de 2011), N° 336 – 02 - Lima y N° 3135-99-Lima, señalan que el deber de alimentos o la asistencia entre conyugues constituye causa justificada de la detentación, que por tal motivo se convierte en posesión. Nótese que, en este caso, la protección se da en la relación interna de los familiares (Gonzales Barron, 2013, p. 56).

Por lo demás, es usual que, al interior de la relación familiar, el propietario del bien, que también posee, solicite la desocupación al pariente no – titular, quien se resiste a ello. En tal circunstancia, debe entenderse que el rebelde, por efecto de su negativa a seguir las instrucciones, muta su condición jurídica, y pasa de servidor a poseedor. Es el caso del padre e hijo que habitan conjuntamente la misma casa; pues, si bien en principio se encuentran en relación de poseedor y servidor, sin embargo, luego el segundo se convierte en poseedor autónomo por rechazo al padre. Se produciría, entonces, una coposesión. También cabe que luego de la rebeldía, el padre manifieste su aquiescencia o mera tolerancia al hijo, y este lo acepte, con lo cual se convertiría en precario. Aquí surgiría una dificultad dogmática en cuanto padre e hijo ocupan la casa, pero uno es concedente – poseedor mediano y el otro es precario – poseedor inmediato, lo que da origen a una co-

posesión anómala; el padre es mediató, en parte, y directo, en parte; mientras el hijo es inmediato, en parte (Gonzales Barron, 2013, p. 56).

1.2.2.2 El segundo pleno civil de la corte suprema y el servidor de la posesión

Un caso nacional de relevancia permitió discutir la condición de los hijos ingresados en el predio por autorización de su padre, cuya situación jurídica era de arrendatario. En tal hipótesis, si el padre es inquilino, ¿qué condición tienen los hijos? Según los propios términos de la demanda, la hija “se encuentra en ocupación del predio desde la fecha de su nacimiento en 1943”, es decir, ella posee por obra y voluntad de su padre, quien era arrendatario del predio. La Casación N°2229 – 2008 – Lambayeque, de 23 de octubre de 2008 dictado por al Segundo Pleno de la Corte Suprema, niega que el padre y la hija tengan la condición de “poseedores a título de propietarios” (Fundamento N° 58), pero es oscura respecto de la situación de la hija, pues indica textualmente que: “en cuanto a la hija (...), la misma no tiene calidad de poseedora, toda vez que viene ocupando el inmueble en virtud a la extensión del derecho de uso del que goza su señor padre, en mérito a lo dispuesto por el artículo 1028° del Código Civil” (Fundamento N°57, segundo párrafo) (Gonzales Barron, 2013, p. 57).

Esta última afirmación es incorrecta, pues el derecho de habitación es uno de carácter real, y no nace por virtud de un contrato de arrendamiento. La razón es simple: el arrendamiento es un contrato típico que genera una cesión en uso con efecto obligacional (art. 1666 C.C.), mientras que la habitación es un derecho real que nace de un contrato atípico (puede tener otras causas de constitución) que produce un derecho real. Por el contrario, una simple alojada, como la hija del inquilino, no posee en calidad de habitador, pues ni siquiera su padre lo hace, cuyo título es más débil, constitutivo solo de un derecho obligacional (arrendatario); en consecuencia, la hija, que se encuentra en situación de dependencia, no puede tener mejor condición que el propio cedente. En resumen, la hija no

posee como si fuese titular del derecho de habitación, pues su situación depende de la del padre, que solo tiene un derecho obligacional, y no real, por lo que un derivado no puede estar mejor que el originador; es más, la hija ni siquiera es poseedora por su dependencia social (Gonzales Barron, 2016, p. 57).

Sobre el particular, se ha pretendido impugnar la condición jurídica de la hija, pues se señala que una persona mayor de edad no puede ser catalogada de servidor:

“Por ello, creo que, en general, los hijos no poseen el bien que ocupan conjuntamente con sus padres cuando son menores de edad, pues ocupan o residen en él, lo hacen en virtud del interés de los padres, quienes tienen el derecho -y el deber- de tener a sus hijos bajo su protección y cuidado. Sin embargo, cuando estos adquieren la mayoría de edad, salvo los incapaces, y estos continúan viviendo en el mismo inmueble conjuntamente con sus padres, en principio – salvo excepciones- usan el bien en interés propio, para satisfacer, no la necesidad o requerimientos de los padres, sino su propia necesidad de vivienda, no continúan residiendo en el mismo bien para beneficio de los progenitores – quienes lo consienten por afecto, o por su sentimiento natural de los padres --, por ello considero que son poseedores y no detentadores, como se menciona en la sentencia materia de análisis”(Lama, 2009, p.37).

Uno puede preguntarse, luego de leer la anterior opinión, “¿la condición de servidor de la posesión tiene relación con la minoría o mayoría de edad de los hijos? ¿Acaso la dependencia solo opera cuando el hijo es menor? La concepción de Lama More sobre el servidor de la posesión, y la posesión inmediata, adolece de graves defectos de base:

- i. El servidor puede ser mayor o menor de edad, eso es irrelevante. Es más, los ejemplos típicos del dependiente laboral hablan a las claras de personas con capacidad de ejercicio. Por tanto, no hay razón alguna para que el tema se

pretenda dilucidar por virtud exclusivo de la mayoría de edad, ya que este hecho nada significa en orden de mantenerse como servidor o no.

- ii. Es absurdo pensar que los hijos mayores son “poseedores” por ese simple hecho, ya que es bien conocido que el tipo de posesión se funda en la causa jurídica, esto es, en cómo se inició la detentación con el bien. El arrendatario posee como tal, y no como dueño, por su causa de posesión (contrato de arrendamiento); y el vigilante no es poseedor, sino servidor, por su causa o razón justificativa de posesión (contrato de trabajo), no por su mayoría o minoría de edad. Lo mismo ocurre con los hijos, pues su detentación tiene como causa la benevolencia o tolerancia, o el cumplimiento de un deber moral o legal, pero no un título propio en relación con la cosa, y eso los cataloga como servidores.
- iii. La característica fundamental del servidor de la posesión es su dependencia social, familiar, laboral, mercantil, jurídica o de facto, cualquiera que esta sea. Si una persona arrienda un bien es poseedor inmediato, pero todos los otros individuos que ingresan con él, están en relación de dependencia, pues detentan el bien por virtud de la buena voluntad, hospitalidad, afecto o liberalidad del arrendatario. Esta es una típica dependencia posesoria, en cuanto el poder de hecho de los ocupantes nace por benevolencia del poseedor. En consecuencia, los hijos mayores o menores son servidores si es que están dentro del contexto social de hospitalidad o cumplimiento de deberes nacidos por la familiaridad.
- iv. Tal vez se piense que los hijos mayores de edad no reciben instrucciones, y por ello no son servidores. Una vez más aquí hay un error conceptual. Es cierto que ellos probablemente no reciban instrucciones de sus padres, pues ya gozan de capacidad de ejercicio, pero ese elemento no es relevante para configurar la figura del servidor. En realidad, el solo hecho de que el hijo haya entrado a

poseer por gracia del padre, ya lo coloca en situación subordinada. Téngase en cuenta que esta situación de dependencia se enlaza con la causa posesoria (benevolencia del padre), y obviamente no se necesita acreditar la existencia real de las instrucciones.

- v. Otro equívoco es considerar que el hijo mayor tiene un interés propio en la posesión, cuál es, satisfacer su necesidad de vivienda, y que ese solo hecho ya lo descarta de su condición de servidor. Falso. Por ejemplo, el vigilante que ocupa la casa con toda su familia, y satisface con ello un interés propio de vivienda, ¿acaso no es servidor? Lo propio acontece con el huésped, cuya situación jurídica se origina con el contrato de hospedaje, y que a pesar de tener un interés propio en contar con residencia temporal, sin embargo, no tiene autonomía y sigue instrucciones (el gerente del Hotel puede ingresar en cualquier momento a la habitación o realizar una verificación diaria; o tomar medidas especiales de seguridad; por su parte, el huésped tiene el deber de declarar las personas que ingresan, etc.). por tanto, la condición de servidor se determina por la falta de autonomía del detentador, aun cuando pueda tener un interés propio en la ocupación del bien.
- vi. Un último argumento de carácter consecuencial. Si el hijo mayor de edad se convierte automáticamente en poseedor, pues entonces habría que reputarlo como poseedor inmediato, igual que su padre arrendatario, porque no podría tener mejor situación posesoria que este. Siendo así, en una hipotética demanda de desalojo habría que considerar a todos los poseedores inmediatos, con el consiguiente aumento del conflicto en forma absolutamente innecesaria, pues con ello no se tutela principio fundamental alguno, conforme lo ha denunciado

la doctrina italiana. La consecuencia no es aceptable, por tanto, la premisa se descarta” (Gonzales Barron, 2013, p. 60).

Nótese que la posesión se adquiere por acto unilateral (apropiación o despojo) o por acto bilateral (entrega o tradición), y así lo establecen los arts. 900 y 901 C.C. ahora bien, ¿cómo la hija adquirió la posesión? Si ella nació en el predio que su padre ocupaba como inquilino, es obvio entonces que nadie le entregó el predio, y menos todavía pudo realizar un acto de despojo cuando en realidad su padre ya gozaba de la posesión. Por tanto, en el caso planteado en el Segundo Pleno, la hija simplemente se limitó a conservar el statu quo de detentadora por benevolencia de su padre, y si tenemos en cuenta la relación de subordinación existente, entonces la situación se reconduce claramente a la del servicio de la posesión.

Otra opinión, sobre la misma sentencia, dice lo siguiente:

“Si un padre es dueño y poseedor de un vehículo y se los presta a su hijo por un tiempo determinado, el padre sería poseedor mediató y el inmediato. El hijo tendría el bien temporalmente instrucciones al hijo para que use el vehículo de una manera determinada, como sería el caso de llevar a la madre de compras o para recoger a sus hermanos del colegio, el hijo viola y/o excede las instrucciones impartidas, se convertiría en un poseedor – ilegítimo – del vehículo.

Trasladando el ejemplo del vehículo a la casa, es difícil sostener que el hijo sea un poseedor inmediato de la casa, porque no la usa temporalmente y en virtud de un título. Además, el padre también usa la casa, por lo que sería jurídicamente inaceptable que el padre sea un poseedor inmediato (porque el hijo sería inmediato) y que a la vez el padre posea directamente el mismo bien.

La figura del servidor de la posesión podría encajar en el caso del hijo. Las órdenes no tienen que ser precisas sino que pueden ser abiertas y generales. Podrá señalarse que el hijo tiene un mandato general dado por el padre. Si bien el hijo no usa el bien de acuerdo con instrucciones detalladas emitidas, sí lo hace conforme a una instrucción general del padre. Así, el hijo no puede hacer determinadas cosas que el padre no permite.

La figura del servidor de la posesión como lo señala Avendaño en aspectos grises sobre la coposesión y prescripción adquisitiva, ofrece el inconveniente del exceso de las instrucciones otorgadas por el padre. Como en el caso del vehículo, si el hijo no usa el bien como le indica el padre, se convertiría en poseedor ilegítimo, lo que lo colocará como coposeedor del padre”

El comentario del profesor Avendaño Arana no puede compartirse por los siguientes fundamentos:

En primer lugar, el servidor de la posesión no cambia su condición por cuestiones subjetivas o por incumplir las instrucciones de su principal. Imaginemos que un propietario contrata a un pintor para retocar las paredes de su casa, pero este último se dedica a recibir a sus amigos en el predio ajeno. ¿Cambió su calidad posesoria? Por supuesto que no; las circunstancias subjetivas o el comportamiento concreto no cambian la situación objetiva del poseedor, ya que lo relevante es la causa de posesión, esto es, cómo entro a poseer, lo que colorea e identifica su posición jurídica. Otro caso: un inquilino que a partir de determinado momento dice actuar en calidad de propietario, pues sub – arrienda el predio, construye unas habitaciones sin pedirle autorización al dominio, entre otros actos. Es claro que la actuación concreta del poseedor, o su intención subjetiva, no cambia su condición, pues lo contrario implicaría una absoluta falta de seguridad jurídica. El cambio del título posesorio solo ocurre

excepcionalmente, y para ello se necesitan actos notorios, manifiestos, inequívocos, públicos y oponibles al poseedor. No bastan los meros comportamientos sobre el bien, equívocos o no – oponibles, o los deseos psicológicos.

En segundo lugar, el padre que le presta el automóvil a su hijo por un fin de semana, no celebra contrato de “préstamo” (*rectius*: *co-modato*), ya que se trata de una relación que solo queda en el ámbito social o familiar, pero no llega a la esfera jurídica; por tanto, el hijo no es “poseedor”, sino un detentador esporádico, por lo que el padre conserva la posesión cuando existe impedimento pasajero (art. 904 C.C.). es obvio que en tal caso el padre mantuvo la posesión exclusiva, por lo que el hijo no puede adquirir una posesión que otro mantiene, en consecuencia, el hijo es un detentador esporádico, pero no poseedor; es más, ni siquiera llega a la condición de servidor porque carece del control sobre el bien.

En tercer lugar, se sostiene que el hijo pierde la condición de servidor si incumple las instrucciones del padre, y se convierte en coposeedor ilegítimo. Sin embargo, el hijo no deja de ser servidor por incumplir las instrucciones, pues su causa de detentación siempre es la dependencia social y familiar que lo vincula con el padre, al margen de los hechos concretos, y salvo que haya rompimiento absoluto.

No obstante lo expuesto, debemos reiterar que si bien los familiares del poseedor son servidores, sin embargo, esta calificación tiene efecto particular en las relaciones *ad extra*, esto es, con los terceros. En tal sentido, el arrendador que intenta la recuperación del inmueble por virtud del desalojo, solo necesita emplazar al arrendatario – poseedor inmediato, pero no a todos sus parientes. Por el contrario, en las relaciones *ad intra*, esto es, al interior de la familia, el poseedor puede encontrarse sumido en deberes legales respecto del conyugue conviviente, padres o hijos, de tal

manera que ellos, según las circunstancias, podrían tener causa jurídica suficiente que justifica la ocupación del bien (ejemplo: deber de alimentos), al margen de la calificación jurídica de los parientes. En la Casación N° 3135 – 99 - Lima, se negó que un padre pudiese desalojar a su hijo menor de edad a través de la patraña de plantear la demanda en contra de la madre. En buena cuenta, la mamá y el hijo son servidores en la esfera jurídica ad extra, frente a terceros, sin embargo, pueden mantenerse en la detentación en la esfera ad intra, es decir, en la relación interna (Gonzales Barron, 2013, p. 63).

1.2.2.3 Servidor y protección posesoria extrajudicial

Es obvio, pues, que el servidor de la posesión no cuenta con los remedios de protección posesoria – interdictos - , pues carece de la condición prevista en el art. 896 C.C. Sin embargo, en el BGB se permite que el servidor pueda ejercer la auto – tutela extrajudicial frente al despojo de un tercero. En nuestro Código (art. 920 C.C) no se dice nada sobre dicho tema, sin embargo, en vía interpretativa podría admitirse tal posibilidad en favor del servidor. Así, tratándose el despojo de un acto ilícito per se, parece excesivo requerir que sea el mismo poseedor que se defiende a través de las vías de hecho contra el tercero; por tanto, más lógico suena admitir que el poseedor, o cualquiera otra persona que actúa en su interés, queda autorizado para repeler el ataque antijurídico. En buena cuenta, si el ofensor se pone al margen del sistema jurídico, entonces no resulta equitativo exigir que sea solo el agredido quien se defienda. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la legítima defensa (en este caso, de la posesión) le corresponde al agraviado (poseedor) y a los terceros (art. 20-3 Código Penal Peruano), por tanto, el servidor de la posesión realiza un acto permitido por la ley cuando repele la agresión ilegítima en beneficio de su principal.

Por otra parte, en el caso de la perturbación o despojo producido por el mismo poseedor en contra del servidor, entonces este último no puede oponerse a la decisión del principal o empleador, pues carece de una situación protegible sobre el bien (Gonzales Barron, 2016, p. 64).

1.2.3 Voluntariedad

La doctrina hace una atinencia importante: la injerencia inicial, necesaria para fundar la situación de hecho, requiere propiamente de un acto voluntario. En cambio, en la fase de injerencia sucesiva, cuando no se realizan actos singulares de aprovechamiento (por ejemplo: el poseedor cercó el lote de terreno, pero nada más), se entiende que el poseedor mantiene al voluntad de posesión basada en el acto inicial de interferencia o de apropiación, siempre que no pierda la vinculación mínima con la cosa (Sacco y Caterina ,2000, p.84).

En tal sentido, el ejercicio de la posesión se constituye en acto voluntario del poseedor, por lo cual se descartan aquellas hipótesis en las cuales puede haber contacto físico sobre la cosa, pero en las que el sujeto no tiene conocimiento de tal hecho. Por ejemplo: la persona dormida a quien se le introduce un reloj robado sin que lo advierta, simplemente no es poseedora. Lo mismo ocurre con los niños pequeños que carecen de capacidad natural (de entender y querer), pues no son poseedores de los bienes que tienen bajo su control fáctico. La opinión contraria sería absurda, en tanto, si se reconociese la capacidad para disponer de la supuesta posesión que ostentan. Por ejemplo: un pequeño “entrega voluntariamente” su bicicleta a un desconocido, solo porque este se lo pide. Si le reconocemos capacidad de poseer al menor, entonces, por lógica consecuencia, también le deberíamos conceder capacidad de tradición. Este efecto es inadmisibles, pues la conciencia social repudia que un sujeto con plena capacidad pueda aprovecharse de la ingenuidad, falta de experiencia y ausencia de discernimiento de los pequeños. Si bien es cierto que el niño actúa movido por su voluntad

favorable, sin embargo, esa intencionalidad no es válida para el Derecho, por lo que en lugar de tradición se ha producido un despojo (acto unilateral de toma de la posesión por el desconocido). En suma, si no hay capacidad para la possessio, entonces tampoco la hay para la traditio (Gonzales, 2013, p. 65).

La voluntad posesoria se manifiesta normalmente mediante comportamientos, por lo que se trata de una manifestación tácita, en cuya virtud, los actos externos permiten deducir o inferir la intención del sujeto (Valencia 1982, pp. 31-32).

Por supuesto que la voluntad puede “expandirse” (longa manu) por medio de la representación. De esta forma se evitan los abusos en perjuicio de las personas jurídicas, que constituye un instituto técnico-jurídico (ficción) para un fin valioso, pero cuya falta de voluntad directa haría que sus bienes queden en situación de vacancia posesoria. Por tanto, la mejor solución es dotarles de protección, pues, finalmente, siempre encontramos seres humanos bajo el velo de las corporaciones, los que, en última instancia, recibirán la tutela jurídica prevista por el sistema.

En conclusión, como lo sostiene Gonzales Barron (2013), la posesión es un hecho jurídico voluntario, pues requiere que el sujeto tenga la intención de sujetar la cosa para sí, en forma autónoma, y ello implica una voluntad que se objetiva en la dominación de los bienes.

1.2.4. Potencialidad de uso y disfrute

La posesión no implica uso y disfrute actual e ininterrumpido del bien, sino solo potencial o hipotético. Quien se va de viaje por un año y asegura las puertas de su casa mantiene la posesión por cuanto el bien se encuentra bajo su control, y retiene la vinculación, pero no lo usa ni disfruta, pues no se sirve de él, ni lo arrienda ni le da algún otro destino económico. Por

tanto, el poseedor cuenta con la potencialidad de usar y disfrutar el bien en cualquier momento, cuando lo considere conveniente, pero no requiere que el disfrute sea efectivo en todo instante.

La posesión y el uso no son sinónimos, ni conceptos que se subsuman el uno dentro del otro. Así, un poseedor no necesariamente usa el bien (ejemplo: el sujeto que tiene en el depósito un juego de ajedrez que no lo aprovecha hace varios años); y, viceversa, un usuario podría no ser poseedor (por ejemplo: el sujeto que se sentó en la banca del parque para descansar) (Gonzales Barron, 2013, p. 67). Las nociones de “uso” y “posesión” no son coincidentes ni se implican entre sí, la doctrina se muestra conforme con esta tesis:

“El uso, en primer lugar, reside en el aprovechamiento directo de las cosas. El término alude a la circunstancia inmediata por la que las cosas se reditúan, se emplean, el objeto de cumplir con alguna de sus finalidades prácticas o económicas. El ordenamiento lo tiene en cuenta en múltiples pasajes, sin ir más lejos, a la hora de perfilar el contenido de buena parte de los derechos reales; es el *ius utendi* tantas veces referido. Sin embargo, no existe, propiamente hablando, un instituto genérico de uso – no confundir con el derecho real homónimo – donde se integra cualquier tipo de fórmula que acredita la mera utilización de las cosas; exactamente, porque para el legislador carece de sentido jurídico si se lo desvincula de aquellas otras figuras que lo toman por base (usufructo, anticresis, arrendamiento, comodato, etc.).

La posesión, en cambio, muestra un concepto más elaborado. Básicamente, consiste en la detentación de las cosas, en tenerlas a disposición, pero sin que se requiera usarlas de un modo ininterrumpido e inmediato. Así, se sigue siendo poseedor aunque no se esté usando en un preciso momento de la cosa, o aun cuando otra persona, especialmente autorizada, por ejemplo, un arrendatario, lo venga haciendo. La posesión se entiende, en esta dirección, como algo más que el simple uso, y ese algo más es la distinta

realidad que contempla: el derecho, el poder que yo tengo sobre una cosa no puede depender ni obligar a que lo utilice en todo instante; incluso podría poseer cosas de las que no estuviera facultado a usar, como de ordinario ocurre con el depositario o el acreedor al que se le ha dado algo en prenda” (De Reina Tartiere, 2010, p. 1-2).

Esta es la solución que se impone, además, por necesidades sociales y económicas, en cuanto resultaría inaceptable que una persona pierda la posesión por salir de viaje, o por cerrar su tienda comercial hasta que mejore su situación económica o por solo dejar el bien inactivo hasta evaluar las distintas posibilidades de disfrute. Si fuera así, entonces el bien quedaría vacante, sin poseedor, y cualquier persona podría ocuparlo sin cometer despojo. Por el contrario, en todos esos casos basta que el sujeto mantenga firmemente el control del bien, lo que, por lógica derivación, produce la potencialidad de usarlo y disfrutarlo, sin exigírsele más; por lo menos, mientras no se trata de algunas hipótesis especialmente relevantes, como la usucapión agraria.

El art. 896 C.C. señala que el poseedor ejerce de hecho uno o más poderes inherentes de la propiedad, pero ello debe entenderse como potencialidad o circunstancia hipotética, pues sería absurdo imponer la efectividad en todo momento (Gonzales Barron, 2013, p. 68).

1.2.5 Irrelevancia del título jurídico

La posesión implica una situación fáctica de sujeción que se manifiesta sobre un objeto de la realidad externa. No es relevante la existencia de un título jurídico que la sustente. Por tanto, son tan poseedores el propietario, el arrendatario, el usurpador o el ladrón, siempre que compartan una sola característica: mantengan la cosa bajo su alcance y voluntad. Por ello, el Código Civil habla de “ejercicio de (un poder de) hecho” (art. 896), en consecuencia, descarta la necesidad de contar con un acto originario fundado en derecho.

No obstante, debemos precisar que las diferentes situaciones posesorias no son valoradas de la misma forma; por tanto, el poseedor con título válido y eficaz es catalogado como “legítimo”, y recibe un tratamiento jurídico muy diferente de aquellos otros que ingresan en la clase de los ilegítimos. En buena cuenta, la posesión es una figura de alcance general, que siempre tiene un substrato común que lo identifica; sin embargo, la gran variedad de hipótesis da lugar a diferentes categorías. Por ejemplo, el propietario y el usurpador son poseedores; y por esa virtud tiene una base normativa común que los integra (tutela posesoria, reembolso de mejoras, suma de posesiones), pero otra que los diferencia, pues el poseedor ilegítimo debe reembolsar los frutos percibidos o que debió percibir y responde por la pérdida producida hasta por caso fortuito, salvo catástrofe general (Gonzales Barron, 2013, p. 69).

1.2.6 Detentación o no – posesión

El concepto de posesión se encuentra contenido en el art. 896 C.C. pero no el del detentador. Por el contrario, el Derecho romano reconoció la posesión natural, tenencia o detentación, que no otorga tutela alguna, por lo se diferencia de la posesión. En buena cuenta, el poseedor tiene a su favor los remedios de protección posesoria, pero el detentador, no. En el ámbito posesorio, el concepto antitético (negativo) es la no-posesión.

Ahora bien, es cierto que la detentación, que no produce efectos posesorios, sin embargo, no llega al nivel de convertirse en la nada, pues tanto uno como el otro existen en el mundo fenoménico, son hechos reconocibles en el ámbito social, por lo que si bien el art. 896 C.C. es el marco que tipifica la posesión, empero, también permite construir un fenómeno de menor entidad. Así, la detentación se define como el contacto físico voluntario del hombre sobre la cosa, pero que no llega a configurar una situación posesoria, ni le confiere la protección asignada a esta, por su menor magnitud, intensidad o falta de autonomía (Gonzales Barron, 2013, p. 71).

1.2.6.1 Clases de detentación

Las principales hipótesis de detentación son las siguientes:

a. Detentación con control del bien.

- i. El servidor de la posesión puede tener un relativo poder de decisión sobre la cosa, pero le falta el requisito de la autonomía, en cuanto se encuentra sujeto a dependencia jurídica, social o familiar.

La detentación que implica control del bien otorga la potestad de proteger extrajudicialmente la posesión (de otro), por tanto, se trata de una hipótesis de legítima defensa (de la posesión) por obra de tercero con interés. Por el contrario, el detentador sin control del bien no puede defender la posesión ajena, pues en tal caso, él mismo se convertiría en poseedor, pues desde la falta absoluta de injerencia efectiva sobre el bien pasaría a convertirse en controlador del bien, sin vínculo con otro, por tanto, en poseedor, salvo que este lo ponga a disposición del anterior poseedor en forma inmediata (Gonzales Barron, 2013, p. 72).

b. Detentación sin control del bien

- i. El detentador oculto se limita a tener contacto físico con el bien, pero sin llamar la atención externa de terceros, pues, consciente o inconscientemente, se busca mantener el hecho en la esfera de la clandestinidad. Por ejemplo: un invasor que llega a una casa de playa durante los meses de invierno, sabiendo que sus dueños no la habitan en esa estación del año. Si el invasor no genera acto externo alguno, limitándose a un aprovechamiento subrepticio del bien, sin darle contexto social, entonces el sujeto ni siquiera llega a ser poseedor, y menos aún se encuentra habilitado para la usucapión.
- ii. El detentador tolerado, se produce cuando el sujeto mantiene contactos de poca magnitud sobre el bien, pero con la voluntad favorable del poseedor, que acepta la

interferencia del tolerado por su mínimo alcance. Esta figura encuentra su base normativa en el art. 904 .C.C por cuya virtud, el poseedor mantiene su situación aunque el ejercicio de actos posesorios quede impedido por circunstancias de naturaleza pasajera, esto es, en mérito de actos realizados por mera tolerancia. El contacto físico tolerado (“mero tolerado”) no es igual que la “posesión por tolerancia”, pues la primera es detentación, mientras la segunda es posesión. La detentación por tolerancia se presenta, por ejemplo, cuando un vecino ocupa la plaza de estacionamiento ajena, por ciertos momentos al día, pero con aceptación tácita del propietario. En cambio, la posesión por tolerancia se presenta si la misma plaza de estacionamiento ha sido entregada al vecino para que la use y cuide, por tanto, tiene control autónomo del bien, es decir, posesión. En la “mera tolerancia” falta relativa permanencia o estabilidad en la tenencia de la cosa, pues se trata de situaciones transitorias o intermitentes (Gonzales Barron, 2016, p. 73).

- iii. El detentador sin control efectivo, se limita a usar el bien, pero no intenta obtener la exclusividad. Es el caso del contacto físico esporádico o fugaz, por su breve duración, o por contacto equívoco, pues el sujeto mantiene contactos poco significativos con el bien, que no denotan la intención de apropiarla para sí. Por ejemplo: el sujeto que ingresa todos los días a la finca de su vecino para contemplar las flores. En alguna doctrina se considera que estos contactos presuponen una actitud tolerante del poseedor, pero ello no es cierto, pues los actos de tolerancia implican la voluntad favorable del poseedor frente a la injerencia del detentador equívoco; y en realidad la figura de la equivocidad se presenta sin que el poseedor tome conocimiento de la situación.

1.2.6.2 El poseedor precario no es detentador

El tiempo reciente se ha sostenido que el poseedor precario es un simple detentador, pero no poseedor (Morales, 2013, p. 13-26). No obstante el esfuerzo teórico desplegado, tal postura no puede compartirse bajo ningún punto de vista.

En primer lugar, basta señalar que un detentador, como ocurre, por ejemplo, con el servidor de la posesión (art. 897 C.C.), carece de protección posesoria, por una obvia cuestión lógica: la posesión solo se reconoce con la finalidad de otorgar protección posesoria (art. 921 C.C.), mientras que el no poseedor (detentador) no goza de ella. Si las dos situaciones jurídicas (posesión y detentación) permitiesen la protección posesoria judicial (de los interdictos, según (art. 921 C.C.) o la extrajudicial (art. 920 C.C.), entonces, ¿cuál sería la diferencia entre ambas? Por tanto, nadie puede discutir que un no poseedor carece de tutela posesoria, pues el art. 603 C.P.C. señala claramente que el interdicto de recobrar procede cuando el poseedor es despojado sin proceso previo, por tanto, el no poseedor (detentador) sí puede ser despojado sin proceso previo, y , en tal caso, no cabe acudir al interdicto de recobrar, por lo que no tiene tutela posesoria. Pues bien, si el “tolerado” (concepto del profesor Morales para referirse al precario) fuese un detentador, entonces podría ser lanzado alegremente a la calle, por medios extrajudiciales, y sin reclamo alguno de su parte, en tanto no sería poseedor (Gonzales Barron, 2013, p. 74).

Sin embargo, una postura de este tipo no es aceptable, pues daría lugar a la siguiente paradoja: ¿para qué hemos discutido tanto sobre el proceso judicial de desalojo por precario, si los precarios son detentadores, y ellos pueden ser lanzados sin proceso? El resultado sería que todos los miles de procesos judiciales por ocupación precaria que se ventilan en los tribunales no tendrían sentido, pues el propietario podría arrojar al precario-detentador a la calle. Sin más, y este no podría plantear un interdicto de recobrar (art. 603 C.C.) (Westermann H, Westermann H. P, Gursky y Eickmann, 2007, p. 266)

En segundo lugar, no es posible olvidar que el art. 911 C.C. señala claramente que el precario es “poseedor” y no “detentador”, máxime cuando la postura contraria pretende modificar la condición jurídica establecida por la ley con un débil argumento (en realidad, inexistente), que se centra en las opiniones de autores italianos y portugueses, que por muy respetables que sean, están comentando sus códigos, y no el nuestro, que es radicalmente diferente en cuanto a la teoría posesoria, conforme lo veremos después. En buena cuenta, ¿la ley italiana o portuguesa es criterio interpretativo de la ley peruana, cuando aquellas tiene una premisa posesoria distinta? La respuesta es obvia (Gonzales Barron, 2013, p. 76).

En tercer lugar, el contradictor sostiene que el “tolerado” (precario) es detentador, pero esta construcción teórica cae desde su propia base, si tenemos en cuenta que el Derecho italiano acoge una teoría posesoria diversa, con diferente terminología, de tal suerte, que el “poseedor tolerado” peruano (art. 911 C.C.) se identifica con el “detentador tolerado” italiano, pues ambos tienen protección posesoria. En buena cuenta, ¿un “detentador” con protección de poseedor no es, sustancialmente, un poseedor? La respuesta es afirmativa, por lo cual carece de sentido fomentar una discusión cuando las figuras jurídicas son análogas, pero con diverso nomen iuris. Por tanto, si importamos las categorías hay que hacerlo en su totalidad, por tanto, si asumimos la condición del precario como “detentador-tolerado” (a la italiana entonces debemos reconocer que este goza de protección posesoria (Fuenteseca, 2002, p. 212Ç), y, siendo así, ¿qué ganamos diciendo que no es poseedor si en la práctica es poseedor, pues tiene la protección de tal? Por tanto, este es un típico caso de debate sobre conceptos dogmáticos, pero con el que nada cambia.

Por lo demás, el sustento de los autores portugueses es todavía más débil, pues estos ni siquiera se ponen de acuerdo sobre el concepto del “tolerado” que aparece en su Código Civil, por tanto, ese Derecho no puede tomarse como ejemplo o inspiración.

En cuarto lugar, es necesario tomar precauciones frente a conceptos claramente diferentes, pero que pueden llevar a fáciles confusiones: el “poseedor tolerado” y el “mero tolerado”.

El “poseedor tolerado” se identifica con el precario, que en nuestro sistema es poseedor – pero que en el sistema italiano recibe el nombre de “detentador tolerado”, aunque con protección posesoria, por lo que prácticamente es lo mismo-, por lo cual se requiere del proceso de desalojo para lanzarlo de su situación actual – protegida por interdicto, en caso de despojo-; en cambio, el “mero tolerado” no es poseedor, por tanto, puede ser lanzado impunemente sin reclamo alguno. ¿Cuál es la diferencia entre uno y otro? Muy simple: la brevedad, fugacidad o la discontinuidad del “mero tolerado” frente a la estabilidad del “poseedor tolerado” (Gonzales Barron, 2013, p. 79).

Enseguida probaremos nuestras afirmaciones.

El “mero tolerado” se presenta en la siguiente hipótesis: A es poseedor de un libro y B se lo requiere amistosamente para fotocopiarlo y devolvérselo inmediatamente, a lo que el primero accede. B no es poseedor, pues el contacto con el bien es solo esporádico, provisional, para un fin breve y específico, por lo que A conserva la posesión. Precisamente esa es la razón del art. 904 C.C. por cuya virtud, el poseedor mantiene su condición aunque el ejercicio de la misma esté impedido por circunstancias pasajeras. ¿Y cuál es esa circunstancia pasajera? Si el poseedor presta el bien para sacar fotocopias, o si tratándose de un vehículo lo cede para dar una vuelta, o en el caso de un inmueble ni se permite que un amigo se hospede hasta el día siguiente por lo avanzado de la noche, o si el vecino autoriza a pasar por su jardín para ganar tiempo, entre muchos otros casos análogos, entonces el sujeto que permite esos actos de intrusión de mínima magnitud, conserva la posesión; mientras el intruso con autorización es un “mero tolerado”, que en ningún momento llega a

controlar o decidir el destino del bien. Por tanto, es evidente que en tales casos, B nunca es poseedor, pues A mantiene la posesión cuando está impedido de ejercerla por breve tiempo o por actos esporádicos (art. 904 C.C.). La pregunta es si el desalojo por precario está pensado para situaciones tan intrascendentes como los ejemplos antes descritos; y la respuesta, obviamente, es negativa. Los poseedores demandados ante los tribunales no son los “meros tolerados”.

En cambio, el “poseedor tolerado” se presenta en hipótesis radicalmente diferentes: A cede el bien para que B use y disfrute de él por razones de amistad, familiaridad o simple benevolencia, por tiempo indefinido, y hasta que A decida poner fin a la situación en forma unilateral. Imaginemos el caso de un ex esposo que sigue ocupando el bien de propiedad de su anterior conyugue, y se mantiene por cinco o diez años. Nadie podría decir que una persona que se encuentra en ocupación por tanto tiempo, sin recibir órdenes, con pleno disfrute de la cosa, es un simple detentador y se le puede lanzar a la calle sin proceso judicial. Otros ejemplos: el padre que deja a su hijo en ocupación indefinida de un inmueble, y así transcurren décadas, ¿es mero detentador? Eso implicaría aceptar una postura contraria a la realidad, pues tal hijo o ex conyugue son claramente poseedores (tolerados), pues controlan el bien, usan y disfrutan a su gusto, no reciben órdenes del tolerante; por tanto, su situación típica claramente como posesión, según el art. 896 C.C.

El “mero tolerado no es poseedor tolerado, sin perjuicio de que se puedan producir algunas confusiones en caso extremos, lo que no es nuevo en el Derecho. Por ejemplo, A presta su inmueble a B para que se aloje por dos noches, por lo que se inicia como “mero tolerado”, pero este permanece por diez años con la aquiescencia o licencia tácita de A. en tal caso, el mero tolerado inicial (art. 904 C.C.) ha pasado a convertirse en poseedor tolerado (art. 896 C.C.), o sea, en precario (art. 911 C.C.).

En caso que el profesor Morales se hubiese referido al “mero tolerado”, entonces su construcción teórica carecería de relevancia, pues dicho sujeto no tiene protección posesoria, por lo que no se necesita del desalojo, ni de los tribunales, ni de los abogados para que el poseedor recupere el ejercicio; por lo que bastaría un lanzamiento extrajudicial por acto de propia autoridad del poseedor, que nunca ha perdido esa condición (Gonzales Barron, 2013, p. 81).

En conclusión, el “poseedor tolerado” peruano es poseedor precario (art. 911 C.C.), que solo puede ser lanzado por virtud del proceso de desalojo; en cambio, el “mero tolerado” (art. 904 C.C.) no cuenta con ninguna defensa para mantenerse, por lo que el poseedor puede lanzarlo extrajudicialmente con total impunidad (art. 603 C.P.C), por tanto, si el precario es detentador –como sostiene el contradictor-, entonces, ¿para qué discutimos el concepto de “precario” que deben asumir los tribunales, si los precarios pueden ser lanzados a la calle sin proceso? (Lama, 2014, p.86); en todo caso, el debate es superfluo, pues el “poseedor tolerado” de nuestro sistema jurídico no se diferencia del “detentador tolerado” italiano, pues, al margen de la disquisición terminológica y dogmática – que de nada sirve, para estos efectos-, en realidad ambos cuentan con protección posesoria, lo cual termina identificándolos , siempre que se trate - reiteramos- del “detentador tolerado”, y no del “mero tolerado”, que es la nada en el ámbito posesorio (Gonzales Barron, 2013, p. 81).

1.2.6.3 Mera conjunción, sin detentación

Por su parte, los contactos físicos involuntarios, como ocurre con la persona dormida a quien le colocan un reloj en el bolsillo, no califican como detentación, por lo que se trata de una “simple conjunción”. Esta misma situación fue denominada “relación de lugar” o “yuxtaposición local”, según Savigny o Ihering, respectivamente (Gonzales Barron, 2013, p. 82).

1.2.6.4 Refutación de las teorías de Savigny y de Ihering, sobre detentación

En tal sentido, la tesis de Ihering sobre la tenencia, entendida como posesión sustancial, pero degradada por el ordenamiento jurídico, no tiene sustento alguno, pues, construye la figura a través de la posesión (ser), pero que por cuestiones coyunturales se le niega tal calificación (ser, sin ser). Este es el error, pues la tenencia o detentación es una *fattispecie* ajena a la posesión, que nunca ha llegado a ser tal ni llegará a serlo, es un concepto negativo (no-ser). Es la no-posesión. En buena cuenta, no es lo mismo el sargento que nunca alcanzó el grado de general, que el general degradado por mala conducta. Para este, sin embargo, todas las hipótesis se reducen a ser generales degradados, es decir, son posesión, pero la ley dice lo contrario. Absurdo.

La tesis de Savigny sobre la tenencia tampoco es aceptable. En efecto, según el jurista germano, la posesión se caracteriza por el *corpus* y el *animus domini*, mientras que la tenencia solo tendría *corpus*, pero le faltaría la intención de actuar como propietario. Esta doctrina no fue cierta ni siquiera en el Derecho romano, pues resulta hoy ampliamente admitido que la posesión solo requería del *animus possidendi* (Fernández, 2011, p. 352).

Las tesis posesorias clásicas se encuentran superada, pero en el Perú se les sigue enseñando como vigentes. Una muestra clara de nuestro subdesarrollo cultural (Gonzales Barron, 2013, p. 83).

SUB CAPITULO II

POSESIÓN MEDIATA E INMEDIATA

2.1 Concepto y función:

Una de las necesidades perentorias del ser humano es asegurar el disfrute de los bienes que conforman la riqueza material, para lo cual se dispone de diversos instrumentos jurídicos que aseguran tal fin. Uno de ellos es la adquisición de la propiedad, pero no todos están en condición

de realizar una inversión de este tipo, razón por la que cabe acudir a un título temporal que garantice el uso del bien por determinado lapso temporal; así ocurre con los negocios jurídicos de arrendamiento o constitución de usufructo, por ejemplo.

En estos casos, el sujeto A entrega el bien al sujeto B, con el fin que este use o disfrute en forma temporal, por virtud de una relación jurídica o social, y luego de vencido el plazo de la relación, entonces B está obligado a devolver el bien. Durante ese interin, ambas partes mantienen la condición de poseedores. El que recibe el bien es el “poseedor inmediato” o “intermediario posesorio”; mientras que el tradens, es decir, quien realiza la tradición y tiene el derecho exigir la devolución, es el “poseedor mediato”. Puede considerarse como intermediarios de la posesión al usufructuario, al arrendatario, al comodatario, al precario, etc (Gonzales Barron, 2013, p. 87).

El reconocimiento legal de la posesión mediata tiene como fundamento la existencia de un estado posesorio superior, no de carácter espiritual o ficticio, sino fundado en la circunstancia que la posesión permite la actuación de diversas facultades o funciones, entre ellas, la de aprovechar los frutos o conservar la cosa por persona interpuesta, lo que también denota posesión. En suma, si bien existe un fenómeno de mediación entre el poseedor mediato y el bien, esta relación aparece siempre bajo el ropaje de control o poder de hecho actual, y no de una simple expectativa de poder futuro. Según Wolff, la entrega en concepto de arrendamiento, comodato, prenda, etc., no representa una renuncia del poder o señorío, sino una atenuación de este, por tanto, la devolución del bien a favor del poseedor mediato no significa la constitución de un nuevo poder, sino, la confirmación de uno ya existente.

En consecuencia, la posesión mediata es posesión, y no mera espiritualización, como a veces se sostiene. Por lo demás, debe recordarse que la posesión mediata, a lo largo de la historia, siempre ha sido reconocida como auténtica posesión, por lo que no existe dudas que

las sociedades, en distintos momentos históricos, han valorado positivamente este tipo de poder sobre las cosas materiales; en cambio, la inmediata, aun en muchos sistemas jurídicos actuales, no llega a ser posesión. Por lo demás, en el mismo Derecho romano se decía en forma muy expresiva que una cosa es “poseer” y otra es “estar en posesión (o en detentación)”. La primera es la contemporánea posesión mediata; y la segunda es la inmediata.

Por otro lado, el poder del poseedor inmediato es de carácter “derivado” (deriva del sujeto que le entrego el bien, aunque este no sea el titular de derecho) y “limitado”, en relación con el contenido del derecho superior (Gonzales Barrón, 2013, p. 88).

2.2 La posesión mediata como relación jurídica o social de carácter temporal.

Como habrá podido advertirse, “el elemento clave de la mediación posesoria es la relación jurídica o social, por cuya virtud se entrega un bien en forma temporal, por lo que también nace el deber de restituirlo luego de vencido el plazo. Por el contrario, no es intermediario la posesión el ladrón, pues en tal caso falta la “conexión o vínculo jurídico” entre las partes concernidas, y resulta obvio que la posesión del ladrón no deriva de la del propietario. La misma situación se presenta entre el que halla un bien perdida en la vía pública, pues no existe vínculo alguno entre el que sufre la pérdida y el hallador. Tampoco hay posesión mediata cuando el título es definitivo, y no temporal, como ocurre con la compraventa, aun cuando el contrato se anule, pues, en tal circunstancia, el comprador será reducido a un poseedor ilegítimo, pero ello no quita que siempre tuvo el animus de quedarse con la cosa para sí, con exclusión de los demás.

La relación que vincula al poseedor mediato e inmediato no necesariamente es jurídica, en tanto la posesión mediata puede originarse también en negocio ineficaz, o incluso nulo, requiriéndose solamente un acuerdo de voluntades reconocibles en el ámbito material, es decir, resulta suficiente un traspaso posesorio consentido de carácter temporal, cuya extinción implica

la devolución de la cosa. En buena cuenta, las partes deben reconocer que la posesión tiene como causa el consentimiento, por lo que subsiste la pretensión de restitución amparada en una gestión de negocios sin poder o en el enriquecimiento injusto. Muhl propuso, justamente, distinguir entre una mediación posesoria “contractual” y otra “extracontractual”.

Con mayor precisión podría decirse que la posesión mediata requiere solamente de un contacto social, o de una relación social; por lo que es este esquema se subsumen, no solo las relaciones provenientes de negocios nulos, sino además las relaciones meramente sociales, sin juridicidad alguna (“pacto de caballeros” o “pacto de precario”). Lo esencial no es la subsistencia válida de una relación jurídica, sino el modo en que el modo en que el poseedor inmediato se comporta en relación con el mediato, quien se reserva la capacidad de influir sobre el bien por encima de la voluntad del poseedor inmediato (Wilhelm) (Fuenteseca, 2002, pp. 86-87).

Por último, la posesión mediata es susceptible de varios grados, por lo que puede resultar la siguiente serie: arrendador (“poseedor mediato” de segundo grado)- arrendatario (“poseedor mediato” de primer grado)- subarrendatario (“poseedor inmediato”). Según Wolff, puede suceder que la misma persona se halle a la vez en varios grados de la escala posesoria, si, por ejemplo, el subarrendatario adquiere la finca, se convierte en poseedor mediato en nombre propio (en segundo grado) y sigue siendo poseedor inmediato en nombre ajeno.

En buena cuenta:

“la construcción expuesta por la doctrina alemana consiste añadir más grado cuando mayor sea la distancia entre el poseedor inmediato y el mediato. Así, el subarrendatario sería. Por ejemplo, poseedor inmediato, el arrendatario ocuparía la posición de poseedor mediato de primer grado, el usufructuario que arrendo sería el poseedor mediato de segundo grado y, finalmente, el nudo propietario “sería el poseedor mediato de tercer grado. E incluso, cada

uno podría ceder o” transmitir su respectiva posición, presumiéndose, según Schliewen, que solo el poseedor mediato más alejado es poseedor propio”

Esta figura se denomina en la doctrina alemana escala posesoria o edificio de posesiones; mientras que los portugueses hablan de superposiciones de posesiones “siempre que la misma cosa sea poseída en los términos de derechos con ámbito distinto” (Leitao, 2009, p. 130).

2.3 Posesión mediata e inmediata

El derecho alemán discute si los poseedores mediato e inmediato constituyen dos posesiones distintas, cada una con sus peculiaridades; o si se trata de una sola posesión cuyas funciones se dividen entre varios sujetos. En esta disputa, tal vez sea preferible la tesis contemporizadora de Ernst, quien niega la existencia de una posesión doble, pero admite que ambas partes sean poseedoras desde un punto de vista distinto.

El camino más simple para explicar este fenómeno se halla en el ejemplo del arrendador (poseedor mediato) y el arrendatario (poseedor inmediato). Aquí se aprecia claramente la división de la posesión en funciones, es decir, pese a no ostentar la tenencia material del bien, sigue desempeñando un papel posesorio en cuanto no se desvincule del bien; por tanto, el poseedor mediato es un auténtico poseedor, pero dentro de un concreto ámbito (Leitao, 2009, p. 77). No obstante, el tema parece agotarse en una cuestión dogmática, de escaso relieve práctico.

2.4 ¿Por qué la ley reconoce la posesión mediata e inmediata?

La finalidad principal de esta “clasificación es conferir tutela posesoria a las dos partes de la relación, esto es, al poseedor “mediato” y al “inmediato”. En el Derecho romano, muchos de los poseedores inmediatos eran simples “tenedores” o “poseedores naturales” (por faltarles animus domini, según Savigny; o porque la ley degradaba la relación a una simple tenencia

por razones utilitarias, según Ihering; o porque no tenía la intención de poseer para si con exclusión delos demás, esto es, les faltaba *animus possidendi*, según una actual doctrina), desprovistos de la protección posesoria. Sin embargo, también en el Derecho romano se admitieron hipótesis de mediadores que tenían la condición de poseedores, como el precarista, el secuestrario, el acreedor prendario, el enfiteuta; y a los que Savigny denomino “poseedores derivados”.

Por tanto, la citada clasificación no es una creación del Código Civil alemán, sino una derivación de las bases jurídicas que ya existían en el Derecho romano, incluso desde la etapa clásica según la doctrina expresada por Gayo. Ello no impide reconocer que la terminología precisa corresponde al Código Alemán, por lo cual es necesario realizar un somero análisis de su contenido y antecede antes en efecto, el primer proyecto del BGB había admitido la tutela posesoria del arrendador y del arrendatario, por lo cual la “tenencia” romana contaba con una protección análoga a la “posesión”. En ese estado de cosas, ¿valía la pena mantener una distinción sin mayores efectos prácticos? A juicio del profesor alemán Ernst, esta situación obligo a que el segundo proyecto decidiera llamar al tenedor como poseedor, en virtud a la protección posesoria a la conferida. Al haberse decidido aceptar distintos grados posesorios sobre un mismo bien, quedo pendiente el nombre de quien no ejercía el poder de hecho sobre el bien, pero que aun así se tipificaba como poseedor. La cuestión fue meramente terminológica, y se le llamo “poseedor mediato”. En consecuencia, es posible sostener que la posesión mediata no constituye una originalidad del Derecho alemán, pues sus antecedentes se ubican claramente en el Derecho romano.

Entonces, ¿Por qué se introdujo esta clasificación en el BGB? siguiendo al mismo Ernst, la cuestión fue practica: si se decidió otorgar tutela posesoria al tenedor (= “poseedor inmediato”),

entonces había que rebautizar al poseedor (= “poseedor mediato”) (Gonzales Barron, 2013, p. 93).

2.5 La posesión mediata y las regla generales de la posesión

EL Código Civil Peruano dedica “muchas reglas a la posesión, pero ninguna en forma específica a la posesión mediata, salvo la que define a la figura (art. 905 CC). la pregunta evidente es si tales normas generales comprenden tanto a la posesión mediata como a la inmediata. La cuestión no puede resolverse en forma dogmática, o mediante argumentos tales como “donde la ley no distingue, tampoco puede hacerlo el intérprete”. En tal sentido, es necesario evaluar los intereses subyacentes en la norma, y su eventual aplicabilidad a las hipótesis de posesión intermediada o directa. Es necesario, pues, avanzar hacia algunas reglas derivadas de la naturaleza de esta modalidad posesoria.

Una primera regla, en línea de principio, es equiparar la posesión mediata con la inmediata, para efectos de la protección posesoria, es decir, tanto uno como el otro pueden utilizar los interdictos o la defensa extrajudicial.

Una segunda regla es que los otros efectos de la posesión favorecen a la mediata, por su condición posesoria superior, entre lo que se incluye, el derecho de apropiación de frutos cuando el poseedor, además, tiene buena fe. Es decir, la regla por la cual el poseedor de buena fe retiene los frutos, se aplica al mediato, pero no al inmediato, en tanto este último rige su disfrute por la relación jurídica de mediación.

Una tercera regla señala que el poseedor mediato debe respetar al inmediato, y no puede despojarlo en forma arbitraria. ¿A qué se debe ello? Simplemente a la tutela que merece el que detenta el control físico directo sobre el bien. En esa situación, el poseedor mediato no puede justificar sus acciones por el hecho de ser “poseedor”, pues, aun siéndolo, deberá reponer en la

situación anterior (o abstenerse de inquietar) al poseedor inmediato” (Gonzales Barron, 2013, p. 93).

2.6 Clasificación de posesión mediata e inmediata

Existen diversos sistemas posesorios en el Derecho comparado, sin embargo, se aprecia un progresivo acercamiento entre todo ellos, pues, finalmente, los fines pretendidos por el legislador, con mira a la convivencia pacífica, son los mismos.

En efecto, la posesión moderna es un concepto ampliada con relación a la figura que recibía idéntico nombre en la antigüedad. Es el caso, por ejemplo, del contrato de arrendamiento, que hoy goza de tutela posesoria en prácticamente todos los sistemas jurídicos contemporáneos; por el contrario. Durante la vigencia del Derecho romano, el arrendatario era un detenedor, un poseedor natural, desprovisto de protección especial, por lo que el propietario podía despojarlo de forma impune.

¿Cuál es la razón de este profundo cambio en la mentalidad jurídica? Muy simple: la sociedad avanza hacia modos de vida en los que se excluye la violencia, por lo cual, primero se cuestiona, y luego se rechaza absolutamente que el ocupante pacífico de una cosa material pueda ser privado de la tenencia sin garantía alguna, por la sola fuerza física, sin seguridad, con el peligroso problema de la explosión indiscriminada de la violencia entre el grupo de los propietarios y el de los tenedores o cultivadores. En buena cuenta, la posesión moderna aumenta la hipótesis protegida, con el fin de mantener y conservar la paz y estabilidad de las relaciones sociales. En todo caso, si alguien pretende obtener la posesión, entonces debe acudir al sistema institucionalizado de justicia para que resuelva el conflicto en un proceso.

Para lograr la finalidad de defensa de la paz social, en sistemas jurídicos modernos adoptan diversas soluciones, pero cuyos propósitos son similares. El Código Civil Alemán, siguiendo

en parte por el peruano de 1936 y 1984, introduce la posesión mediata e inmediata, con el cual el arrendatario termina protegida como un poseedor. El Código Italiano, por el contrario, mantiene la distinción romana entre posesión y detentación, basada en la intención de comportarse como titular de un derecho real, pero en la segunda figura crea un sub-tipo: el detentador con interés propio, que cuenta con protección posesoria; y lo diferencia del mero ocupante por razones de servicio u hospitalidad. En resumen, el mismo objetivo se logra con medios distintos: el arrendatario es protegido por el modelo alemán como poseedor inmediato; e igualmente es protegido en el modelo italiano como detenedor con interés.

Sin embargo, la clasificación de posesión mediata e inmediata origina inconvenientes de orden teórico y práctico, que se fundan, básicamente, en la idea de superposición de posesiones; y esa es la razón por la cual muchos ordenamientos jurídicos nacionales la rechazan (Gonzales Barrón, 2013, p. 96).

En primer lugar, si existen dos poseedores, ¿Qué pasa si el inmediato consiente el despojo de un tercero? ¿Puede actuar el mediato en la vía de los interdictos cuando el inmediato preste su conformidad? La respuesta positiva, pues el mediato se encuentra en condición posesoria preferente, por lo que la decisión del inferior no puede sobreponerse al del poseedor superior.

En segundo lugar, veamos la hipótesis inversa: si existen dos poseedores, ¿Qué si el mediato consiente del despojo de un tercero? En tal caso, el inmediato queda sin sustento jurídico, pues el solo puede existir mientras se mantenga la posesión mediata, pero esta ya cesa por voluntad del poseedor superior. En teoría, si no hay mediata, tampoco hay inmediata, y este, aun cuando fuese despojado por tercero, contra su voluntad, nada puede hacer. Sin embargo, no parece aceptable que el inmediato pueda ser desposeído arbitrariamente sin defensa alguna, pues. En tal caso, bien puede decirse que el mediato, al consentir, ha despojado al inmediato.

En tercer lugar, si existen dos poseedores, ¿Qué pasa si el mediato pierde la posesión por desvinculación absoluta del bien? ¿El inmediato puede convertirse en poseedor autónomo, pero en que concepto? Parece difícil suponer que se le puede atribuir la condición de poseedor con animus domini, pues su intención y comportamiento no se han modificado en lo absoluto, sin embargo, ¿puede haber inmediato sin mediato? Esa desvinculación se produce, por ejemplo, si el mediato hace veinte años no cobra renta, no está habido, no paga el impuesto predial ni contesta los múltiples requerimientos del inmediato. La cuestión parece resolverse de la siguiente manera: si la desvinculación del mediato no implica cambio alguno en el inmediato, entonces se entiende que este actúa en defensa de aquel, por lo que la posesión mediata se conserva; en cambio, si el inmediato se rebela frente al mediato ausente, entonces este pierde la posesión, y aquel se transforma en poseedor pleno.

En cuarto lugar, si existe varios poseedores, y uno de los mediatos muere, por lo que la hereda su hijo, que, además, es inmediato; en tal caso, ¿el hijo puede tener ambas cualidades? ¿Una sola persona puede ser mediato y mitad mediato? Tratándose de una co-titularidad subjetivamente compleja parece que debe admitirse la hipótesis, sin que se produzca consolidación, pues ello presupone confusión absoluta de derechos.

En quinto lugar, un propietario arrienda un inmueble a tres inquilinos, pero, poco tiempo después, uno de los arrendatarios compra el bien, pero en ocupación junto con los otros inquilinos que decidieron no participar en la compra. ¿Se mantiene la posesión primigenia de los poseedores inmediatos? Los ocupantes, ahora, no son de idéntico grado, por lo que se descarta la co-posesión, a pesar que todos ellos comparten el uso y disfrute del bien. Pero, si no son coposeedores, ¿Qué son? Parece que se configuran una co-posesión atípica o anómala.

Los problemas jurídicos pueden seguir multiplicándose, a pesar de que nuestra doctrina no se ocupa de ellos. Por tanto, la conclusión es que no basta copiar figuras y clasificaciones. Hay que entenderlas (Gonzales Barron, 2013, p. 98).

SUB CAPITULO III

LA POSESION: NACIMIENTO, CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA

3.1 Nacimiento de la posesión

El nacimiento de la posesión “requiere de un acto de injerencia o interferencia decisiva, que permite el control o dominio de un sujeto sobre alguna parte concreta del mundo externa. Este acto de injerencia puede ser unilateral o bilateral. La adquisición unilateral se funda en el solo acto de voluntad del adquirente de la posesión, sin pedir permiso o autorización al anterior señor de la posesión, si es que lo hubiese. En cambio, la adquisición será bilateral cuando se produzca una doble actuación: la del precedente poseedor, quien voluntariamente traslada el poder de hecho al nuevo poseedor, y la del nuevo poseedor, quien recibe el control sobre el bien. El Código Civil reconoce ambos modos de adquisición de la posesión en el art. 900, pero denomina a la adquisición bilateral como “tradición”, de acuerdo con la secular tradición romanista (Gonzales Barron, 2013, p. 259).

Por cualquiera de los dos medios se necesita obtener el mismo resultado: lograr la posesión. Anteriormente, esta se ligaba con una manifestación de poder efectivo, empero, Savigny tuvo el mérito de recordar que la sola posibilidad de entrometerse sin obstáculos sobre el bien debía ser identificado con el ejercicio efectivo. De esta forma, se pasa de posesión “activa” a la concepción de la posesión como potencialidad latente o “mera posibilidad”. En buena cuenta, la posesión se obtiene a través de control efectivo o de control por puesta a disposición.

El control efectivo implica obtener la posesión del bien como hecho material. Por el contrario, el control por puesta a disposición se realiza mediante complejas estructuras técnico-

jurídicas, tales como el uso de signos (llaves) o de cláusulas de investidura (dejación y toma de posesión). El consenso permite que la posesión se adquiriera mediante una conducta significativa del tradens (abdicación), sin necesidad de un acto concreto y material sobre el bien, pues el poseedor primigenio ha investido de la condición al nuevo poseedor, para lo cual se hace uso de los actos simultáneos de renuncia y entronización; en tal caso, el nuevo uso ya es poseedor por puesta a disposición, sin obstáculos.

Según esta línea de análisis, la dominación tiene dos elementos:

- i. La injerencia, por lo menos eventual, del sujeto sobre el bien: es el elemento más visible y característico;
- ii. La omisión de los terceros: requisito meramente positivo, por el que los terceros están excluidos de toda injerencia (Sacco y Caterina, 2000, p. 75-76).

La injerencia debe ser actual y efectiva en el momento inicial de la posesión (¿se necesita un acto concreto o efectivo de toma de posesión!), pero puede ser potencial o eventual en la fase ulterior (¿una vez tomada la posesión no se necesita actos continuados y reiterativos para mantenerla!). Esta cuestión fue apreciada ya en el Derecho romano” (Justiniano, 1968, p. 303).

3.2 Nacimiento de la posesión por acto unilateral

El acto unilateral consiste en la aprehensión material de un bien específico, en la que solo interviene la voluntad y acción del nuevo poseedor.

La aprehensión opera, sea cuando el bien se encuentre en vacancia posesoria, es decir, no es objeto de posesión por sujeto alguno, sea cuando se realiza en contra de la voluntad del poseedor actual, por lo que se consuma a través de un acto de despojo (Gazzoni, 1998, p. 212). En cualquiera de los casos, se trata de una conducta de injerencia material sobre la cosa mediante un comportamiento comisivo, pues nunca puede ser suficiente una simple intención

o deseo psicológico. Se requiere el acto externo, observable por los sentidos que denota, eso sí, el ánimo de apropiarse de la cosa y de ingresarla al círculo de influencia del poseedor.

El acto unilateral de la posesión se necesita corpus y animus possidendi, pues se requiere un hecho decisivo de interferencia de la realidad que conlleva la toma de posesión del bien; y, asimismo, la intención de actuar en tal sentido. Un sujeto dormido, sonámbulo o un niño muy pequeño carecen de la voluntariedad necesaria para aprehender, por lo que el bien, en tales casos, sigue en situación de vacancia posesoria (Enneccerus, Theodor y Wolf ,1971, p. 69). No obstante, debe aclararse que solo se requiere la voluntad natural o discernimiento; no se necesita la voluntad propia para la autorregulación de intereses privados, esto es, la capacidad de obrar o ejercicio, pues la aprehensión no es negocio jurídico.

El Código regula el acto unilateral de toma posesoria mediante la “extraña” norma contenida en el art. 900 CC, cuya redacción ciertamente llama la atención. En efecto, la disposición señala que esta modalidad adquisitiva se produce solo en los casos establecidos por la ley, lo que ha interpretado en forma literal sería claramente un error (Salvatierra, 2003, p. 93), pues la sola aprehensión unilateral sobre un bien da lugar al nacimiento ex novo de la posesión del ocupante, sin necesidad de formalismo o de autorregulación legales. Se trata, por tanto, de un hecho de la realidad, sin necesidad de tomar en cuenta su legitimidad, pero que trae como consecuencia la innovación de la posesión en cabeza del sujeto ocupante, aun cuando este sea ilegítimo.

El acto de aprehensión, si bien voluntario, no es negocio jurídico, pues los efectos son atribuidos directamente por el ordenamiento jurídico: nacimiento de la voluntad, sin que sea relevante el propósito perseguido por esa voluntad.

En teoría se reconoce, además de la aprehensión física, una modalidad “ficta”. Por ejemplo; los peces entran en posesión del pescador solo por caer en la red tendida por él; igual ocurre

con los animales apresados en la trampa del cazador, aunque este no se halle cerca del lugar. En puridad, sin embargo, esta modalidad no debe entenderse como “ficticia”, por cuanto el pescador o el cazador han realizado actos materiales notorios para coger las piezas y tomar posesión de ellas, aunque no sepan el momento exacto de la ocurrencia. Esta era la solución del Derecho romano, pues no importaba si la trampa o los lazos habían sido puestos en el propio fundo del cazador o en el pleno campo. El Derecho moderno mantiene la misma solución, bajo la premisa de que las cosas han ingresado en el ámbito de una organización, que, como tal, representa la esfera de dominación del poseedor (Westermann H, Westermann H. P, Gursky y Eickmann , 2007, p. 190), por lo cual, cuando los objetos caen en el ámbito creado por el propio sujeto, entonces ingresan en su posesión (buzón de correo, trampa de animales, etc.). no se exige una apropiación corporal de la presa, puesto que la posesión del cazador puede comenzar en su ausencia; Por tanto es erróneo creer que la acción física inmediata sea una condición absoluta de la aprehensión (Ihering, 1926, p. 191-192).

En conclusión, el arts. 900 debe modificarse con la siguiente redacción alternativa, de mayor simplicidad, pero acorde con l materia regulada (Gonzales Barron, 2011, pp. 90-91): *la posesión se transfiere por la tradición o aprehensión.*

3.3 Nacimiento de la posesión por acto bilateral: la tradición

3.3.1 Concepto

La tradición es un acto bilateral, voluntario, causalmente enlazado, mediante el cual el poseedor procede (tradens, transferente) pone el control del bien al poseedor sucesivo (accipirns, adquier ente). Y como menciona Wolf no existe tradición que no concluya en la puesta en posesión, por lo que el resultado exige que el accipiens cuente con el corpues y animus possidendi. Sin control del bien, ni voluntad destinada a ese efecto, no se produce la tradición.

Por ejemplo, se celebra una compraventa, y se acuerda que el vendedor entregara al día siguiente la mercadería en el domicilio del comprador; sin embargo, llegado el momento, el domicilio el vendedor espera inútilmente la llegada del comprador, por lo que decide dejar el bien en el jardín externo de la casa, de acceso a cualquier viandante; en tal caso, no hay tradición. Distinta situación se produce si el convenio prevé en forma expresa tal solución, irrazonable por lo demás, en tanto, el vendedor puso a disposición la cosa tal y como se pactó, por lo que hay tradición. Lo mismo sucede si el bien, muy pequeño, es ingresado bajo la puerta de la casa del comprador, pues entro en su esfera de dominio; sin embargo, aquí el problema podría encontrarse en la prueba del hecho.

La tradición puede reputarse la hipótesis normal para el desplazamiento de la posesión, así como, el contrato (causal) es el modo normal para la circulación de la propiedad; por tanto, la entrega viene a ser el modo natural para la circulación de la posesión (Sacco y Caterina, 2000, p. 236). Esta primacía se nota en el art.900 CC: “La posesión se adquiere por la tradición, salvo las casos de adquisición originaria que establece la ley”

La tradición implica consenso bilateral, expreso o tácito, y de una ejecución material; aun cuando consenso no puede calificarse como negocio jurídico o “acuerdo contractual” (arts. 140 o 1351 CC), en tanto no versa sobre la creación o modificación de relaciones jurídicas, sino de un acto debido que tiene como causa nula o sin causa. La tesis simples, fácilmente verificables, no-retroactivas y carentes de un programa establecido de antemano por voluntad de los sujetos; por ello, las normas sobre los vicios de la voluntad, por ejemplo, no le son aplicables, y de esa forma se descarta que la tradición sea negocio jurídico (Sacco y Caterina 2000, p. 236).

Wolf señala que la tradición se produce por entrega material, mano a mano; o por entrega virtual (la doctrina alemana prefiere llamarla “por simple convenio”), cuando el adquiere, virtud del consenso, se halla en la situación de controlar el bien, a sola voluntad. Por ejemplo:

se considera sujeto del poder de hecho al que recibe las llaves de una casa, aunque no haya entrado en contacto físico con el inmueble; pues, quien ha recibido las llaves tiene un poder de hecho consistente en la mera posibilidad de la injerencia. El comprador de la casa es poseedor cuando obtiene las llaves, mientras un ladrón de las llaves no tiene el poder de hecho sobre el inmueble, salvo que este se precipite a abrir la puerta y penetrar en el inmueble (Sacco y Caterina. 2000, p. 46). ¿Cuál es la diferencia entre el comprador y el ladrón de las llaves? Muy simple: el consentimiento del precedente poseedor en el caso del comprador. En este mismo ejemplo, Wolff considera que la relación de hecho se basa en el “vinculo jurídico”, al cual se suma la conexión física entre la persona y el bien representativo (“las llaves”) de otro (“inmueble”). La aprehensión física por parte del adquirente no es necesaria para el perfeccionamiento de la tradición, pero si lo es la posibilidad de disponer físicamente del bien en cualquier momento, sin embargo, ellos es consecuencia del consenso.

Si el bien se desplaza desde un niño pequeño o incapaz absoluto hacia un tercero, entonces el cambio posesorio se produce igual, pues la posesión es un hecho, pero no en virtud de tradición, sino mediante dos actos aislados, uno, la pérdida de posesión; otro, acto unilateral de toma posesoria. Por tanto, es evidente que la tradición requiere de un consenso bilateral causalmente enlazado: el primero es causa del segundo. Por su parte, en la detención tolerada (por ejemplo: préstamo de lapicero para escribir un número telefónico), se produce un consenso a la injerencia ajena, pero no significa una verdadera entrega (art.904 CC), pues el tolerante retiene la posesión, mientras el detentor se limita a ocupar o retener el bien en forma pasajera hasta que el poseedor revoca su acto social de tolerancia. Sin embargo, si el detentor reíste la devolución física del bien ante el requerimiento del poseedor, entonces se produce un auténtico despojo (Sacco y Caterina, 2000, p. 241), y el detentador temporal pasa a convertirse en poseedor ilegítimo.

El código presupone el consenso y el traspaso posesorio en el artículo 901 CC: “*La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por el o por la ley y con las formalidades que esta establece*” (Gonzales 2016, p. 99). Sin embargo, la norma exige, además, que la tradición cumpla con “*las formalidades que esta (la ley) establece*”. ¿A qué cosa se refiere? Un autor nacional ha opinado que la referencia alude a las actas de embargo o de subasta en la tradición judicial o en los documentos estimados como solemnes por la ley, como la escritura pública de anticresis o de donación (Cuadros, 1995, p. 344). Por otro lado, se indica que las formalidades *ad-solemnitatem* del negocio jurídico (art. 140-4 CC) (Salvatierra, 2000, p. 99). No obstante, ambos criterios son errados. La tradición opera con el simple consenso bilateral y la consiguiente puesta a disposición de la cosa. No puede confundirse el pleno factico en que discurre la posesión (y sus vicisitudes, como es el traspaso posesorio), con el pleno jurídico de la transmisión de derechos. Aunque la donación sea un contrato formal, la falta de forma solo ataca la validez del negocio, pero no revierte los efectos factuales como es el tránsito de la posesión en virtud del consenso. En tal sentido, el “acuerdo” de traslación de la posesión no tiene formalidad alguna que cumplir, por cuanto se trata de la circulación de bienes en el plano de los sucesos de la realidad. Lo contrario implicaría la mayor de las incoherencias: ¡la producción de un mero hecho se subordina al cumplimiento de “formalidades legales”! Por tal razón, resulta poco menos que absurdo poco menos que absurdo sostener que la tradición (¡un hecho!) tenga formas solemnes propias de determinados negocios jurídicos.

No hay interpretación razonable por el cual pueda salvarse el requisito de las “formalidades legales” en la tradición, cuando esta un hecho y no un título formal. En consecuencia, el art. 901 debería reformarse con el siguiente tenor: *La tradición es el acto voluntario bilateral por el cual se produce el traspaso de posesión mediante la entrega efectiva o la puesta a disposición material del bien según los usos o convenio, a favor de quien debía*

recibirli o de la persona autorizada por el o la ley, o por los medios legalmente previstos para que se le repute producida (Gonzales, 2016, p. 111).

3.3.2 Entrega y tradición

El Derecho romano distinguía entre la entrega y la tradición; la primera solo implica cambio posesorio; la segunda, por el contrario, es acto dispositivo que produce la transferencia de la propiedad, en su origen, mediante el traspaso de la posesión. Por tanto, el término “tradición” solo podría utilizarse para los actos dispositivos que se consuman con la entrega de cosas; pero no para la simple entrega material. Por ejemplo: la transferencia de propiedad de bienes muebles se produce con la tradición (art. 947 CC), pero la cesión de uso en arrendamiento se consuma con la entrega. La tradición tendría, de esta forma, un significado técnico muy preciso (Cuenca Casa, 1996, p.31). En efecto, la tradición romana no es sinónimo de entrega. La primera es acto dispositivo, la segunda es acto material. La primera puede ocurrir con traspaso posesorio o no, la segunda sí lo requiere. La primera es productora de los derechos reales, la segunda es la consumación de los derechos obligacionales. La diferencia trata de asegurar la coherencia mediante la radical separación entre acto dispositivo y acto obligacional, por lo que en un contrato no es idóneo para transmitir la propiedad, conforme lo sostiene erradamente, según la autora en los sistemas francés e italiano.

No obstante la visión romanista de las cosas no exige que debamos mantenerla necesariamente en el presente, máxime cuando nosotros o contamos con una norma como el art. 609 del Código Civil Español. En tal sentido, en el Derecho moderno, la tradición ha pasado a tener una importancia de carácter meramente instrumental con respecto al contrato, que hoy se identifica como el portador, actual o en potencia, según el sistema, de la eficacia traslativa. Así opina el civilista español Vila Ribas, incluso en referencia de su propio Código

(Cuenca Casa, 1996, p.251). En mi opinión, este es el criterio correcto, por varios motivos adicionales:

- i. La importancia del contrato, en desmedro de la tradición como acto dispositivo propio, se encuentra en la actual preponderancia del sujeto y su libertad para actuar en el tráfico mediante su propia voluntad o mediante las conductas que objetivan esa voluntad. Por el contrario, la tradición como acto dispositivo que concreta voluntad y hecho material preponderante, se encuentra en declive.
- ii. Se trata de la corrección que siguen las legislaciones modernas, como la alemana, en la cual se considera que la tradición es el modo de transmitir la posesión. En tal sentido, se dice: “Por tradición’, en el sentido de parágrafo 929, hay que entender en todo caso, en principio, y únicamente según la concepción originaria del legislador un cambio posesorio que se produce de manera consensuada entre la parte que pierde la posesión y la parte que la obtiene”((Westermann H, Westermann H. P, Gursky y Eickmann, 2007, p.193).
- iii. Es la corriente de nuestro propio Código Civil, pues la tradición se considera medio para trasladar o desplazar la posesión (art. 901 CC); y no solo la propiedad. Por lo demás, en nuestro sistema es difícil sustentar la diferencia entre acto dispositivo y acto obligacional, pues la transmisión de la propiedad se produce por efecto del solo consenso (art. 949 CC) (Gonzales, 2013, p. 113).

3.3.3. Formas de tradición: real y ficticia

La tradición convierte al *accipiens* (adquirente) en poseedor. La forma más notaria de tradición es la “real o efectiva” (art. 901 CC), que consiste en producir la entrega material de

la cosa (Navarro, 1996, p. 91), que se desplaza de la esfera del sujeto que da a la esfera del sujeto que recibe.

La “entrega de llaves del inmueble o del almacén donde se encuentran las cosas son hipótesis de tradición real, pues resulta evidente que las llaves proporcionan al accipiens la denominación de tales cosas, por lo que se entiende que ya se tienen en posesión material (Navarro, 1996, p. 97), Esta conclusión es correcta siempre que el cedente o *tradens* haya dejado la cosa, libre de obstáculos, por lo cual el sujeto que recibe las llaves tiene, ahora, la plena disponibilidad. Por tanto, si el cedente entrega las llaves, pero él retiene la posesión física, o esta le corresponde a un tercero, entonces no se ha producido tradición, pues la cosa no está disponible para el receptor o *accipiens*.

Un interesante problema surge cuando el *tradens* entrega las llaves equivocadas, pero el inmueble se encuentra vacío o a disposición del *accipiens*. En tal caso, debe entenderse que la tradición se entiende efectuada con la voluntad inequívoca del primero para abdicar de la posesión, en conjunción con el acto material de poner la cosa a voluntad del segundo. En tal sentido, prima la esencia (voluntad y acto material), antes que la forma (llaves como signo); por tanto, el *accipiens* podrá romper y cambiar las cerraduras, sin cometer despojo, pues el *tradens* ya renunció a la posesión, la cual quedó a merced del *accipiens*. (Gonzales Barron, 2013, p. 114)

Como lo señala Ramírez(1996), al lado de la tradición real se encuentran variadas formas de tradición ficticia, tales como la *traditio brevi manu* y el *constituto possessorio* (art. 902-1 CC), de la cesión de la pretensión de entrega o de restitución (art. 902-2 CC) y de la tradición documental (art. 903 CC). La Ley General de Sociedades regula una quinta modalidad: la tradición escrituraria (art. 25).

La primera, *traditio brevi manu*, consiste en que el poseedor mediato renuncia a su señorío, y al poseedor inmediato cambia su condición posesoria, convirtiéndose en poseedor exclusivo. Esta figura opera automáticamente, sin necesidad que haya consenso bilateral específico sobre ese extremo. La razón es simple: si el poseedor superior transfiere su derecho al poseedor inmediato, es obvio que aquel renuncia al derecho y a la voluntad de poseer en tal condición (Sacco y Caterina, 2000, p.243). Por ejemplo: el arrendatario compra la cosa inmueble que ya viene poseyendo. En este caso no es necesaria la entrega de la cosa, por cuanto el adquirente la posee. Por tal razón, se entiende efectuada una tradición ficticia.

Westerman y otros (2007) La *traditio brevi manu* se considera en el Derecho alemán como un subrogado (equivalente) de la tradición, que opera por mero acuerdo.

La segunda, *constituto possessorio*, se origina en la relación de mediación posesoria, constituyendo en poseedor mediato al adquirente, a pesar que nunca ha tenido contacto físico con el bien. Para que ello ocurra se necesita un conceso bilateral expreso, nacido con virtud de dos relaciones jurídicas entre las partes: primera, aquella en donde el poseedor del bien dispone de este; segunda, aquella en donde el poseedor primigenio retiene el bien a título temporal con la obligación de restituírselo al adquirente, con lo cual nace una relación de poseedor mediato o inmediato. Por ejemplo: el propietario vende un bien inmueble, y simultáneamente se conviene con el comprador en celebrar un contrato de arrendamiento, por el cual el vendedor (ex - propietario) permanece en la posesión del bien en su nueva calidad de arrendatario. No es necesario que el vendedor le entregue el bien al comprador, para que este, a su vez, se lo vuelva a entregar al vendedor, ahora convertido en arrendatario. Para evitar este inútil circuito, se entiende que el vendedor ha efectuado una tradición ficticia a favor del comprador (Gonzales Barron, 2013, p. 116).

El *constituto possessorio* es un supuesto típico de adquisición de la posesión mediata, y en ella se busca ahorrar el siguiente *iter* posesorio: existe un contrato de compraventa, por lo que el bien debería ser entregado por el vendedor al comprador, y como además existe una segunda relación jurídica, por la que el vendedor retiene el bien en calidad de poseedor inmediato (arrendatario, comodatario, depositario, etc.), entonces el comprador debería nuevamente entregarle el bien al poseedor inmediato (ex - vendedor). A final, y luego de dos trasposos posesorios, la situación sería idéntica a la primigenia, por lo cual se busca la simplificación mediante un simple convenio o acuerdo entre las partes (Badenes, 1995, pp. 451-452). Pero Wolf señala que no es necesario que la relación de mediación posesoria se base en un negocio jurídico válido de arrendamiento o comodato, pues el adquiriente puede haber obtenido una pretensión de entrega incluso si el contrato es nulo, por cuanto lo importante es que el hecho sea socialmente reconocible como tal, es decir, el inmediato se sienta obligado a restituir la cosa al mediato. La razón es simple: la posesión es hecho, no derecho.

Wolf señala que el *constituto* requiere que el enajenante sea poseedor, pues, de lo contrario, ¿qué posesión se desplazaría? Las ficciones de tradición no son ficciones de posesión.

Westermann y otros señalan que el *constituto* se considera en el Derecho alemán como sustituto de la entrega a través de la creación de una relación de mediación posesoria. Nótese que no se trata de una equivalente de la tradición sino de un sustituto, es decir, de una figura distinta, que la reemplaza, pero que surte los mismos efectos.

El tercer mecanismo, cesión de la pretensión de entrega o de restitución, se produce “*cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito*” (art. 902 – 2 CC). Esta modalidad presupone la posesión de un tercero. El ejemplo clásico es el siguiente:

X ha dado un arrendamiento un inmueble a Z, pero lo vende a Y. Para Y, la tradición se entiende efectuada con el mero convenio de cesión de la pretensión de entrega del bien, o más precisamente de la restitución que Z debía a X, y que ahora se lo debe a Y. Esta cesión debe comunicarse por escrito a Z, en una regla análoga a la cesión de derechos (Gonzales Barron, 2013, p. 118).

Wolf dice que por regla general, se trata de un sistema de traslado de la posesión mediata que opera cuando se enajena una cosa arrendada, depositada o pignorada; por tanto, se transfiere el derecho del poseedor mediato, y asimismo se cede la pretensión que correspondía al mediato en mérito del contrato de arrendamiento, pignoración o depósito.

En buena cuenta, el transferente del bien es poseedor mediato, por tanto, el adquiriente recibe la misma condición. Este es otro supuesto de adquisición de la posesión mediata, a través de la “transmisión de la pretensión de entrega o de restitución”, la que no puede ser confundida con la *traditio brevi manu*, que produce, que produce un fenómeno totalmente inverso: se pone fin a la posesión mediata. Por el contrario, si el transferente no es poseedor, entonces el adquiriente no recibe posesión alguna, ni siquiera ficticia. Por ejemplo: un bien inmueble es controlado por un usurpador, quien tiene la condición de poseedor exclusivo; en este caso, si el propietario – que no es poseedor – vende inmueble, entonces el adquiriente no podrá convertirse en poseedor aunque comunique la transferencia al usurpador. Esta solución se basa en la regla: quien no tiene algo (posesión), no puede transmitirlo (Gonzales Barron, 2013, p. 119).

Sin embargo es usual sostener, con fuente lo precedentes romanos, que la cesión de la acción reivindicatoria suple la entrega del bien cuando esta es imposible, por encontrarse en poder de un tercero. Esta interpretación tiene un problema de orden lógico en el sistema legal

de título y modo (tradición), la falta de entrega impide que el comprador sea propietario; sin embargo, ¿cómo podría convertirse en titular de la acción reivindicatoria por cesión, si todavía no es propietario? Para salvar esta dificultad, podría entenderse que la tradición (modo) es sustituida por la cesión de la acción reivindicatoria, con lo cual, en la práctica, ya no tenemos un sistema de título y modo, pues basta que en el título se consigne una cláusula de cesión a fin de lograr la transferencia dominical, lo que significaría la adopción de un sistema consensual encubierto. La misma incoherencia se aprecia también en el sistema jurídico alemán, que reconoce como sucedáneo de la entrega, la cesión de la pretensión derivada de la propiedad, “si el enajenante no es poseedor mediato, sino que por ejemplo, ha perdido la cosa o le ha sido robada, la propiedad se transmite sin que el adquirente obtenga posesión alguna para la transmisión del derecho sobre cosas muebles”. Empero, no se puede negar que esta solución cumple un fin práctico relevante, pues permite la transferencia de la propiedad de bienes cuyo titular carece de la posesión, sea que la cosa se encuentre en posesión autónoma de un ladrón o usurpador, contra quien, en pura teoría, se dirigiría la pretensión de reivindicación; o sea que la cosa no sea poseída por nadie, en cuyo caso no hay una pretensión transmisible (Westermann H, Westermann H. P., Gursky y Eickmann, 2007, pp. 556.567).

La doctrina considera que es necesario la cesión de la pretensión de entrega como pacto distinto del negocio de transmisión, sin embargo queda la duda sobre tal exigencia en el caso de la “cesión de la pretensión derivada de la propiedad” o cesión de la pretensión reivindicatoria, pues tal figura no pasa de ser una ficción, en cuanto bien podría ocurrir que el transferente desconozca que la cosa ya no se encuentra en su posesión (ejemplo: A vende a B, pero el bien está arrendado a C, sin embargo antes de la venta, el bien le fue robado a C, con lo que se ha perdido la posesión mediata e inmediata), o bien podría ocurrir que nadie sea poseedor, pues el ladrón arroja la cosa, por lo que es imposible ceder una pretensión contra nadie.

Asimismo, es bueno mencionar que la “cesión de la posesión mediata” o “cesión de la acción reivindicatoria” (según la interpretación que se adopte del art. 902 – CC, esto es, como solo mecanismo de traslado de posesión mediata y/o de cesión de la pretensión derivada de la propiedad) solamente tiene importancia en los sistemas de transferencia de la propiedad que requieren la tradición, pues, justamente, la norma citada pretende facilitar la transferencia dominical aun cuando no exista tradición real. En cambio en los sistemas consensuales, dicha norma carece de sentido, pues con tradición o sin ella, se ha producido la transmisión de propiedad por mérito del solo contrato. Por tanto, el art. 902 – 2 CC, sea cual fuese la interpretación que se adopte, tendrá importancia en el caso de los bienes muebles en donde sí se adopta la teoría del título y modo, pero carecerá de relevancia para los inmuebles, tal como dice Gimenez Roig.

Algunos casos interesantes son los siguientes:

i. Cesión parcial de la pretensión de entrega: A entregó el bien en depósito a B, luego A vende acciones y derechos a C, pactándose que la restitución del depositario deberá hacerse conjuntamente a favor de A y C. en realidad, A cedió solo la coposesión mediata.

ii. Cesión de la pretensión de entrega y *constituto possessorio*: A arrendó a B, y luego A vende a C, pero con el añadido que A se quedará en posesión del bien como arrendatario y C como arrendador, por lo que B se convierte en subarrendatario. Por tanto, en la relación entre A y C se produce la *constituto posesorio*, pero con el fin de originar una posesión mediata de segundo grado; mientras tanto, en la relación entre C y B se produce la cesión de la pretensión de entrega.

Un tema interesante es determinar el efecto de la comunicación que debe realizar al tercer. ¿Es constitutiva de la tradición, o solo constituye un requisito de eficacia ya válidamente realizada? La literalidad del art. 902 – 2 CC permite sostener que la consumación de la tradición

se realiza con la transferencia del bien en poder de tercero, mediante la cláusula de cesión de la pretensión de entrega; mientras que la comunicación solo es un presupuesto de eficacia con relación al tercero, por lo que solo a partir de tal hecho la pretensión es exigible frente a él. Es decir, la eficacia se circunscribe a liberar al deudor, no notificado, si es que este restituye el bien al poseedor mediato primigenio, justamente por desconocimiento de la transferencia. Pero, la tradición se entiende realizada (Westermann H, Westermann H. P., Gursky y Eickmann, 2007, p.570).

. Ahora bien ¿quién realiza la notificación, el enajenante o el adquirente? La ley no lo dice, pero es de suponer que lo haga el titular del derecho, es decir, el adquirente. Sin embargo, ¿qué pasa si lo hace el enajenante? El tema formal no debe exagerarse, por lo que en dicha circunstancia, debe entenderse que el enajenante ha actuado en calidad de mandatario del adquirente. Sin embargo, ¿qué pasa si lo hace el enajenante? El tema formal no debe exagerarse, por lo que en dicha circunstancia, debe entenderse que el enajenante ha actuado en calidad de mandatario del adquirente, por virtud de un mandato tácito derivado del contrato de transferencia, por lo que la tradición ya es eficaz frente al tercero. En todo caso, debe insistirse en que la norma en cuestión solo busca simplificar la entrega, a fin de lograr siempre el tránsito del dominio; sin embargo, en ningún caso el art. 902-2 CC elimina la obligación del transferente de poner en posesión del bien al adquirente. Es decir, el vendedor – por ejemplo no podrá sostener que ha cumplido su obligación contractual sin haber entregado nada, y por el solo efecto de la cláusula de cesión.

La cesión de la pretensión de entrega también se considera un sustituto de la tradición, como el *constituto possessorio*, pero no un subrogado, pues se trata de una figura distinta de la tradición, pero con efectos análogos.

El cuarto mecanismo de tradición ficta, documental (art. 903 CC), o con más precisión “cartular”, conforme veremos luego, es aplicable a la entrega de las mercaderías en viaje objeto de transporte terrestre, marítimo o aéreo, la que es reemplazada por la entrega del documento representativo de las mercaderías.

La doctrina del Derecho mercantil dice sobre el particular:

“Lo que ocurre es que, con el envío de los documentos, se transfiere la posesión de las mercancía al comprador en armonía con la función propia de los títulos representativos, a cuya clase pertenece el conocimiento de embarque. Si la prestación del vendedor se concentra en la entrega de los documentos al comprador, esto quiere decir que la entrega de los documentos representativos equivale a la entrega de la mercadería misma. La posesión del conocimiento del embarque vale tanto como la posesión de la llave del almacén en que las mercaderías estuviesen depositadas. Los documentos representan, a todos los efectos jurídicos, a las mismas mercaderías embarcadas, de tal modo que quien dispone de los documentos dispone de las mercaderías. Poseer el título significa, por tanto poseer la cosa y disponer de ella, aunque sea mediatamente, es decir, a través de la posesión efectiva que tiene el capitán del buque” (Garrigues, 1987, pp. 278-279).

La tradición documental opera exclusivamente con títulos valores de tradición, es decir, representativos de las mercaderías en viaje o almacenadas (conocimiento de embarque, carta de poder, certificado de depósito, warrant), por lo que en realidad no basta cualquier documento referido a la entrega de un bien, sino el título circulatorio de los bienes por lo que en puridad esta figura debería denominarse tradición cartular.

¿Cuál es la diferencia entre la tradición ficticia por conocimiento al tercero (art. 902-1 CC) y la tradición documental o cartular (art. 903 CC)? Una visión superficial del fenómeno haría pensar que ambas son hipótesis similares, por cuanto en ellas existen poseedores mediatos

que transfieren los bienes, y, por ende, el adquirente se convierte en el nuevo poseedor mediato. Si bien esta analogía es cierta sin embargo, no puede olvidarse la existencia de una diferencia muy importante: la posesión mediata de cualquier bien requiere la comunicación al poseedor inmediato, haciéndole conocer la existencia de un nuevo poseedor mediato. Esta comunicación surte los efectos de la entrega. En cambio, la tradición documental no requiere la citada comunicación, pues el deudor (transportista, poseedor inmediato) solo restituye las mercaderías al que ostenta el título, por lo que le resultan irrelevantes las sucesivas transmisiones de los bienes, pues, finalmente, termina liberado de responsabilidad con la entrega al sujeto acreditado con el título. Si no existiera la tradición documental, entonces las mercaderías en viaje solo podrían ser objeto traspaso posesorio con la hipótesis general del art. 902-2 CC, esto es, con la comunicación al tercero, esto es, a la empresa naviera, terrestre o aérea encargada del traslado. Esta situación conllevaría una innecesaria dilación en el tráfico comercial, y, por ello, la práctica de los negocios ideó hace mucho tiempo que las mercaderías se entiendan representadas por títulos valores, una de cuyas funciones es evitar la notificación de la cesión al deudor de la obligación, en este caso al transportista (Alonso, 1994, p. 153). Recuérdese que la doctrina de los títulos valores permiten “objetivar un crédito”, a través de su desvinculación de la relación obligatoria causal, sin importar quién es el acreedor de la prestación, por lo cual no se requiere la notificación al deudor de cada transmisión del título. De esta manera, se facilita grandemente la circulación de los títulos, y la movilización del crédito y de la riqueza. (Bonfanti, 1970, p.9)

También existen mecanismos de tradición ficta previstos en leyes especiales. Es el caso de la “tradición escrituras” establecida en el art. 22, in fine, LGS, por la cual se entiende efectuada la entrega de bienes inmuebles aportados al momento de otorgarse la escritura pública, operando la tradición ficticia (art. 25 LGS. Nótese que esta norma señala la entrega se reputa efectuada al otorgarse la escritura, por lo que no se trata de una simple presunción

relativa de haberse realizado la entrega, sino de un mecanismo de tradición ficta, siendo apreciación equivocada por parte de Elias Laroza(2000, pp.79-80). ¿Cuál es la diferencia entre una “presunción” y la “tradición ficta”? Muy simple: la tradición ficta, no, pues al haberse establecido una ficción mandato legal, entonces resulta irrelevante si la tradición real se produjo o no.

Ahora bien, como señala Navarro Castro, para que realmente se trate de una modalidad especial de tradición, y no anómala, que concluye en la puesta en posesión del adquirente, se requiere que el socio aportante sea poseedor al momento de otorgarse la escritura.

Como resumen, la tradición ficticia como señala Wolf solo opera en el ámbito del desplazamiento corporal de la cosa, pero constituye una ficción de posesión, pues en todas sus hipótesis se advierte que el *accipiens* finalmente goza del poder de hecho sobre el bien, sea mediato o directo. En buena cuenta, la tradición (medio) es ficticia, pero no la posesión (resultado) no lo es. La ficción se constituye, entonces, en una operación abstracta simplificadora, pero no inventa la realidad, ni cambia las cosas.

3.3.4 ¿La tradición transmite la posesión?

La transmisión es un concepto aplicable a la fase dinámica de los derechos, cuya naturaleza permite que el sujeto – titular, pueda transferirlo o cederlo a otro, quien de esa forma se convierte en el nuevo sujeto – protagonista del derecho. Todo lo contrario ocurre con un hecho, que es realidad material, por lo que no es objeto de cesión o transmisión (Gonzales Barron, 2013 p.114).

En tal sentido, la tradición como “modo derivativo” de adquisición de la posesión, no pasa de ser una metáfora. La posesión, como hecho, no se transmite (aplicable a las realidades jurídicas abstractas), sino se obtiene o se logra (aplicable a las realidades materiales). Por tanto,

en estricto, “la posesión del adquirente no es la del poseedor anterior, sino una nueva posesión propia”. No hay fenómeno de traslación, sino mera unión de dos hechos (Soligo, 2008,p.38)...

Por ello, no es extraño que desde el Derecho romano se hable de “accesión de posesiones”, y no de transmisión, para los casos en los que un primer poseedor realiza tradición al segundo poseedor; por tanto, el plazo anterior se suma al plazo posterior, aun cuando se trata de hechos distintos, en el que uno se incorpora metafóricamente al otro, “accede” a él, se une; pero no se trata de una misma situación jurídica que ha cambiado de manos, como en caso de los derechos (Gonzales Barron, 2013 p.127).

El derecho vivo, sin embargo, supera esta concepción teórica, pues, la práctica jurídica indica que la posesión se concibe como un valor patrimonial autónomo, con sustantividad propia, que es negociable y cedible por negocio entre particulares. En efecto, se ha discutido la validez de un contrato, cuya única finalidad es lograr el desplazamiento posesorio, llamado impropriamente “sesión o traspaso de posesión”. Un sector dogmático lo une en duda, pues el contrato versa sobre relaciones jurídicas, y no sobre hechos como la posesión. Sin embargo, la respuesta debe ser afirmativa, en el sentido que el acuerdo tiene como finalidad lícita desplazar la materialidad de la cosa en forma voluntaria, sin sobresaltos, por medio del tradición que implica consenso bilateral, por lo que se trata de un contrato que pretende un concreto efecto jurídico en la relación entre las dos partes: lograr el nacimiento de una nueva posesión sin cuestionamiento sobre su origen pacífico, sin violencia, ni acto de despojo. Por lo demás, dicho contrato ya ha obtenido una relevancia tipicidad social por su recurrencia (Soligo, 2008,p.52). Se trata, por tanto, del contrato de tradición, cuyo único efecto jurídico- por lo que si crea relación jurídica (art. 1351 CC)- es lograr la entrega consensuada de la cosa; esto es, su único fin es consumir la tradición.

3.4 Nacimiento de la posesión por herencia

Como señalan Westermann y otros autores normalmente se reconocen dos sistemas históricos sobre la adquisición de la posesión a través de la herencia, cuya finalidad es proteger la situación posesoria que había obtenido el causante.

El primero, propio del sistema romano, establece que la muerte del causante permite la continuación posesoria del heredero aceptante, siempre y cuando este llegue a poseer los bienes hereditarios, por lo cual se entiende que lo mantiene en su poder luego del fallecimiento del de cuius. El Derecho romano considera la posesión como noción corporal (corpus), por lo que se hace difícil concebir que un sujeto sea reputado poseedor por ficción o mandato legal, sin que hubiese el poder físico sobre la cosa. “Repugnaba al espíritu romano, lógico y claro, una posesión desprovista de toda materialidad, ni aun aplicada a los herederos necesarios” (Fornieles, 1950, p. 212).

El segundo. En cambio, propio del sistema germánico, como opina Mariano citando a Gomez Diaz (2010), señala que la posesión del causante se transmite a los herederos, sin interrupción desde la muerte, por lo que no es relevante que el heredero ocupe el bien, o no; e incluso se le reputa poseedor a pesar de la detentación afectiva de la que goza otro sujeto en ese transcurso.

En el primero, se necesita que los herederos lleguen a poseer los bienes hereditarios y acepten la herencia, con lo cual se entenderá que los poseen sin interrupción desde la muerte de su antecesor. En el segundo, el poseedor muere y transmite su posesión a los herederos sin necesidad de corporeidad, en forma automática luego de la muerte, ipso iure. Nótese la gran diferencia teórica, pues en aquel sistema se necesita la posesión del causante y también la del causa-habiente; y probablemente también un título jurídico que justifique el carácter de “bien hereditario” sobre el cual se ejerce la posesión. En el último sistema, basta la posesión del causante, nada más, sin necesidad de posesión del causahabiente.

El problema surge si luego del fallecimiento del causante, un tercero ocupa los bienes. La posesión era del causante, pero el despojo lo sufre el heredero. Para este fin práctico sirve la figura de la “posesión civilísima”, pues permite que el heredero reacciones a pesar de no haber tomado posesión del bien: “Su finalidad no es otra que evitar un vacío en la posesión de los bienes desde el momento del fallecimiento del causante hasta el de la aceptación por el heredero; se perfila como lógica consecuencia de la sucesión del heredero en la personalidad jurídica-patrimonial del de cujus”(De Reina Tartiere, 2010, p. 45)

Distinto es el caso del causante que en vida sufre el despojo o perturbación, por cuanto el causahabiente será heredero de la pretensión posesoria, que como elemento activo de la herencia también le pasa a él como parte integrante de la sucesión.

El Código Civil Español tomó la idea subyacente en esa figura, y la reguló en el art. 440, por cuya virtud, los bienes de la herencia se transmiten al heredero sin interrupción desde el mismo momento de la muerte del causante, en caso de adherirse la herencia. Esta figura -de sucesión de la posesión- da lugar a la ficción que los juristas españoles denominan “posesión civilísima” (Dualde, 1959, p. 13), pues el sujeto como lo señala Fourieles no necesita poder de hecho sobre el bien, pues le basta su calidad jurídica de heredero. En virtud de la “posesión civilísima”, por ejemplo, el heredero deviene en propietario y poseedor, sin necesidad de juicio, ni aprehensión material sobre las cosas. De esta forma, el heredero está habilitado para plantear un interdicto, sin necesidad de probar su posesión; o de adicionar la posesión ad usucapionem que venía ejerciendo el causante, sin contar con posesión efectiva logra sumar el plazo de la prescripción adquisitiva, siempre que no haya un tercero que rompa esa continuidad meramente ideal.

El Derecho italiano también prevé solución análoga en el art. 1146 C.C, por tanto, la posesión continúa en cabeza del heredero con efecto desde la apertura de la sucesión. Esta regla tiene una importante repercusión para favorecer la usucapión del heredero del poseedor. Así

lo han sostenido los Tribunales de ese país (Corte de Casación, sentencia N° 147 de 30 de enero de 1963) (Pola, 2006, pp. 38.39): “En virtud del principio de la *successio possessionis* la posesión de los sucesores a título universal va acumulado con aquel del originario poseedor, a los fines de la adquisición por usucapión del fundo”.

En Argentina, el problema se encuentra en la confusión de la sucesión del heredero en la posesión, y la posibilidad de este para recurrir las acciones posesorias, incluso antes de haber tomado la posesión. Ello se originaría por la redacción oscura del art. 3418 del Código de Vélez Sarsfield. En tal sentido, se propugna que el sucesor ejercite las acciones posesorias con las que contaba el antecesor, pero ello no justifica las pretensiones surgidas luego de la apertura de sucesión (Adroque, 1986,p.p. 31-32). Por tanto, se niega que la posesión se transmita por causa de muerte; por lo que en realidad estamos en presencia de un concreto efecto legal (que no regula el Código Peruano) referido a la particular protección posesoria de la que goza el heredero luego de la muerte de su causante, pero nada más.

En buena cuenta, la adquisición de la posesión por herencia no debe buscar que el heredero se convierta por pura ficción en poseedor, sino, en defender al causahabiente mediante los mecanismos de protección de la posesión, aunque él técnicamente no tenga tal condición. El heredero no es poseedor, solo se protege la situación posesoria del causante (Gonzales Barron, 2013, p. 134).

El Derecho peruano vigente no contempla una norma como aquella del sistema francés, español, italiano o germano, referido a la adquisición de la posesión por herencia. Por tanto, es difícil llegar a esas mismas conclusiones. Sin embargo, es posible construir un resultado análogo en ciertos casos. En efecto, como señala Gomez Diez si luego de la muerte del causante, el heredero se encuentra en la posibilidad de interferir sobre la cosa a su voluntad, aun cuando no asuma de manera efectiva el poder de hecho, entonces, aunque no realice aprehensión material, empero, tiene la voluntad de poseer, por lo que debe considerarse que

conserva la posesión, en vista del contexto objetivo que le permite mantener el control. Como decía el jurista romano Paulo, la posesión se refiere solo animo; y el heredero lo mantiene por la sola intención de aprovecharse de la cosa. Pero, si el heredero no conoce el bien o no tiene la intención de aprovecharse de él, entonces la posesión no nace.

Una aislada sentencia de la Corte Suprema reconoce la posesión de los herederos, por esa sola condición, aunque no tuviesen control de hecho sobre el bien. Es decir, judicialmente se creó una posesión de ficción que, sin embargo, no está sustentada en norma alguna (sucesión en la posesión de tipo “germánico”). Tal vez los Tribunales se dejaron llevar por las ansias de hacer justicia para el caso concreto, pues, efectivamente, resultaba inicuo que el padre, fallecido, que estaba cerca de consumar la usucapión, sin embargo, no pudiera hacerlo por el hecho fortuito de su muerte, ya que los herederos no ocupaban el bien y, por ende, toda la posesión transcurrida se debió perder en forma irremediable. La citada resolución dice lo siguiente (Casación N° 1449-2003-Moquegua, emitida el 28 de marzo de 2007 y publicada en el diario oficial el 01 de octubre de 2007):

“QUINTO: Que, siendo ello así, debe tenerse presente que por disposición del artículo 660 del Código Civil al fallecer el causante, todos sus bienes, **derechos** y obligaciones de los cuales era titular en vida pasan a ser ahora de sus herederos; por tanto, el derecho de posesión que el causante ejercía sobre el predio materia de la demanda, paso ipso iure, sin solución de continuidad a los herederos de aquel, por tal razón, resulta irrelevante acreditar cuál de los herederos efectivamente estuvo en relación directa del predio para los efectos de la prescripción adquisitiva de dominio, pues por ficción legal, los demás herederos que no están en relación efectiva con la cosa, conservan la posesión mediata o posesión legal sobre los bienes hereditarios. SEXTO: Que, el hecho que la demandada esté en posesión del predio materia de la demanda y que haya obtenido su declaración de propietaria del predio en el procedimiento administrativo de prescripción

adquisitiva que se tramitó de acuerdo a las normas previstas en el Decreto Legislativo número 667; en modo alguno constituye una valla jurídica para preterir el derecho de los demás herederos que no están en posesión efectiva de la cosa; por el contrario, por efecto del derecho de petición de herencia, los herederos tiene expedito el derecho que les confiere la ley para concurrir junto a la demandada en la propiedad del inmueble materia de la demanda, bien que les fue transmitido desde el momento mismo de la apertura de la sucesión; SÉPTIMO: Que, en consecuencia, queda claro que en el presente caso se ha aplicado indebidamente el artículo 923° del Código Civil al sostenerse que no se ha demostrado el derecho de propiedad del causante, ya que por efecto de la sucesión hereditaria, no solo se transmiten derechos de propiedad, sino otros derechos como el que se tiene explicado en los considerandos precedentes; razón por las cuales debe ser de aplicación en el presente caso lo previsto en el artículo 664° del mismo cuerpo de leyes”.

Al margen de las razones de equidad invocadas en la sentencia del Máximo Tribunal, lo concreto es que el sistema legal peruano no contempla la posesión civilísima; y si la sola posesión, sin ningún título, es un hecho, entonces resulta claro que no puede transmitirse ni heredarse, porque no se trata de un derecho objeto de sucesión (art. 660 C.C.). Sin embargo, pese a ser otro tema, sí resulta admisible que el heredero sea considerado poseedor por la especial situación en la que se encuentra respecto de la cosa, eventualmente sujeta a su libre disponibilidad.

3.5 Nacimiento de la posesión mediata

El Código Civil no regula separadamente los modos de adquisición de la posesión mediata, y, por ello, la materia se halla refundida en forma genérica dentro de los arts. 900 a 903 C.C. sin embargo, es posible reconocer las hipótesis propias de la adquisición de la posesión mediata en cuanto esta se constituye al crearse una relación jurídica en donde una de

las partes recibe en forma temporal un bien, con la respectiva obligación de restitución (art. 905 C.C.). Igual sucede cuando, ya constituida la relación jurídica, la parte activa de la relación es objeto de transmisión a un tercero.

Podemos resumir los modos de adquisición de la posesión mediata en los siguientes casos, teniendo en cuenta lo señalado por Wolf:

- i. Un poseedor se convierte en poseedor mediato cuando entrega el bien por título generador de la obligación de restitución. Esta tradición genera una posesión inmediata, y asimismo constituye la respectiva posesión mediata.
- ii. Constituto Possessorio, típico mecanismo de tradición ficticia por el cual un poseedor exclusivo se convierte, en virtud de convenio, en poseedor inmediato; mientras tanto, recíprocamente la contraparte queda investida de la posesión mediata. Este tema ha sido estudiado supra.
- iii. Un no-poseedor adquiere simultáneamente para sí la posesión inmediata, y para otro la mediata, por ejemplo: el que en calidad de tutor acepta la tradición de un bien.
- iv. Un poseedor mediato puede trasladar esta condición a otro sujeto, quien pasará a convertirse en poseedor mediato. Es la hipótesis de la llamada “tradición por comunicación a tercero” o por “transmisión de la pretensión de restitución” (art. 902-2 C.C.) (Schulz, 1860, p. 423) y de la tradición documental (art. 903 C.C.), ambas estudiadas supra.

3.6 Conservación de la posesión

Luego de la adquisición de la posesión, esta se conserva mediante la sola posibilidad de injerencia sobre el bien. En efecto, en el Derecho romano ya se decía que la posesión se adquiere con el corpus et ánimo, pero puede conservarse solo con el ánimo. Esta doctrina es plenamente válida en la hora actual, aun cuando sea necesario aclarar que la falta de necesidad del corpus significa que el poseedor no necesita de injerencia actual sobre el bien, pero siempre

se necesita una injerencia potencial, a lo cual se le añade la abstención de los terceros. En aplicación de cuanto se ha dicho, el sujeto conserva la posesión aunque haya perdido el contacto físico sobre el bien, siempre que se encuentre en grado de retomar el contacto en cualquier momento. Por ejemplo, una persona deja la bicicleta a un lado de la calle para tomarla poco después, en cuyo caso ha conservado la posesión. Otro caso: se conserva la posesión en aquellos períodos de tiempo en los cuales el bien sea temporalmente excluido para ser sometido por el hombre (por ejemplo: fundo ubicado en una zona montañosa accesible solo en verano) (Sacco y Caterina, 2000, pp. 81.83). En cambio, si un tercero adquiere el poder sobre el bien, entonces el sujeto habrá perdido la posesión.

Por el contrario, la imposibilidad de injerencia es incompatible con la conservación de la posesión, pero ello debe entenderse como pérdida de toda vinculación, incluso potencia, sin que exista la mínima posibilidad de injerencia. Ejemplo: el sujeto deja caer involuntariamente el bien y se pierde en un camino público. En tal caso, la pérdida de vinculación con la cosa, significa que la posesión ha cesado (Gonzales Barron, 2013, p.139).

El art. 904 C.C. es la única norma del Código prevista para regular la conservación de la posesión. Según este precepto, si el poseedor pierde el contacto físico con el bien por circunstancias “pasajeras”, igual mantiene la posesión. Entonces, surge la siguiente pregunta: ¿qué ocurre con el sujeto que mantuvo el contacto físico pasajero con el bien? Evidentemente si el impedido temporal retiene la posesión, entonces es lógico inferir que el detentador pasajero no se convierte en poseedor, ni en servidor, por lo que carece de todo tipo de protección posesoria. Es muy común citar el caso del viajero que conserva y mantiene la posesión durante su ausencia (Vasquez, 2003, P. 173). En este ejemplo, el poseedor retiene la posesión solo animo por cuanto el “poder de hecho” se identifica con una “injerencia meramente potencial” durante la etapa sucesiva o ulterior a la adquisición de la posesión, a lo cual se une la “abstención de los terceros”. Por tanto, el viajero conserva la posesión en cuanto mantiene esa

posibilidad de injerir sobre el bien en cualquier momento; puede decirse figuradamente que la cosa se halla bajo el señorío de su voluntad (Castañeda, 1958, p. 371). Como puede advertirse del citado ejemplo, así como de cualquier otro análogo, la posesión se conserva aunque el poseedor pierda pasajeraamente el contacto físico con el bien, siempre que no exista injerencia de tercero.

Sin embargo, ¿la única hipótesis del art. 904 C.C. es aquella por la cual el poseedor está impedido de ejercer acto de posesión, sin intervención alguna de tercero? En nuestra opinión, la norma también incluye el caso de un tercero con tenencia física sobre el bien, pero la naturaleza eventual, pasajera o meramente tolerada de su detentación no hace variar el estado posesorio primigenio. El 904 señala que el ejercicio de la posesión “está impedido”, lo cual presupone que el poseedor no puede controlar físicamente el bien por una cuestión de hecho, pero también por la intromisión no relevante de un tercero ajeno, por lo cual, quedan excluidas del ámbito posesorio las detenciones pasajeras o toleradas. En estos casos, existe un tercero que impide provisoriamente el ejercicio físico de la posesión, mientras en el caso del viajero no existe ningún tercero, simplemente hay una abstención del ejercicio de hecho, pero con la posibilidad de regresar al control físico en cualquier momento.

Por tanto, la interpretación que normalmente se hace del art. 904 C.C. resulta injustificadamente limitada. Así, pues, es común ejemplificar la norma con el viajero que se ausenta por buen tiempo del inmueble que se halla bajo su posesión, señalándose que, durante el ínterin, el viajero conserva y mantiene la posesión (Vasquez Rios, 2003, p. 173). En tal caso, el poseedor retiene la posesión solo animo por cuanto el “poder de hecho” se identifica con una “injerencia meramente potencial” durante la etapa sucesiva o ulterior a la adquisición de la posesión, a lo cual se une la “abstención de los terceros”. Por tanto, el viajero conserva la posesión porque “tiene la posibilidad de interferir sobre el bien en cualquier momento”. En el caso del viajero, no está impedido del ejercicio posesorio por alguna interferencia ajena, pues

el bien se halla “a su disposición”, y nada le impide tomar en cualquier momento el control físico del bien. Por tanto, la ausencia de tercero implica que los problemas no son particularmente relevantes. En efecto, ¿si no existe un tercero que interfiera sobre el bien, entonces qué conflicto real se puede presentar cuando la ley sanciona la conservación de la posesión? La respuesta es obvia.

Por el contrario, el art. 904 C.C. es útil para casos en los que, efectivamente, exista un tercero con tenencia física sobre el bien, pero en donde la naturaleza eventual, pasajera o meramente tolerada de su detentación no hace variar el estado posesorio (Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 2004, p. 64). Es una cuestión de sentido común que no son poseedores el cliente del negocio o del restaurante, el alumno de la escuela o de la universidad, el usuario del transporte terrestre, entre otras hipótesis similares.

3.7 Pérdida de la posesión

3.7.1 Pérdida voluntaria e involuntaria

Deben distinguírseles supuestos de pérdida voluntaria, de los de pérdida involuntaria de la posesión.

La pérdida voluntaria ocurre por acto bilateral, esto es, a través de la tradición (modo adquisitivo de la posesión para quien recibe, pero, al mismo tiempo, causa de pérdida de la posesión para el que entrega), o mediante acto unilateral, también llamado “abandono” o “derección”.

La doctrina distingue entre el “abandono” y la “renuncia”. El primero es la voluntaria dimensión del poder de hecho sobre el bien; mientras el segundo es la manifestación de la voluntad de no querer más el poder de hecho. En el abandono (o derección) faltan los dos elementos de la posesión, esto es, el sujeto no quiere ser poseedor (falta de voluntariedad) y, además, deja de ejercitar el poder de hecho. Normalmente, este abandono conlleva también la pérdida de la propiedad –si el poseedor era dominus–, por cuanto sería ilógico admitir que el

propietario-poseedor tenga la intención de ser titular para los efectos de conservar el dominio, pero tenga la intención opuesta de poner fin a la posesión. Solo en casos excepcionales el abandono de la posesión no originara la pérdida de la propiedad; por ejemplo: cuando la propiedad no pueda ser extinguida por acto voluntario unilateral o cuando el abandono requiera una forma negocial solemne. Por otro lado, la renuncia es una manifestación de la voluntad destinada a abdicar de la posesión, por lo cual, en este caso -a diferencia del abandono-, solo existe pérdida del animus possidendi, lo que igualmente conlleva la pérdida de la posesión en cuanto ello representa un beneficio para terceros. Esta figura es relevante, especialmente, en sede de posesión mediata, por cuanto aquí el poseedor no tiene contacto físico con el bien, por lo que el cese de su posesión puede producirse a través de la renuncia, mediante la sola ausencia del animus. Sin embargo, si el elemento material ha permanecido intacto, el retorno del animus en el sujeto, reconstituye la posesión (Sacco y Caterina, 2000, pp. 249-251).

La "pérdida involuntaria de la posesión se produce cuando el bien queda fuera del ámbito de poder fáctico del poseedor sin voluntad del poseedor. Aquí se incluyen los bienes extraviados, los animales escapados, los bienes robados, los bienes entregados por incapaces naturales, etc. "La cosa que haya quedado fuera de la posesión del poseedor inmediato, sin su voluntad, se llama técnicamente cosa extraviada". De por sí, el extravío asigna a los bienes un escudo protector: el hallador del bien deberá comunicarlo a la autoridad competente, y si no lo hace su posesión será ilegítima (art. 932 CC). La irreversibilidad de la pérdida, según un juicio social probabilístico, determina la pérdida de la posesión y la disociación entre la propiedad y la posesión. Existen dudas respecto de la situación jurídica presentada durante el periodo que desde el extravío del hasta que un tercero lo encuentre y ocupa ¿qué ocurre en el ínterin? Por ejemplo: si una joya cae de los bolsillos del poseedor, la pregunta inmediata es si la posesión se pierde en el instante de la caída o ello solo opera cuando un tercero toma control del bien.

Ninguno de los dos extremos son razonables: el primero significaría entender el “poder de hecho” como un mero contacto físico con el bien; mientras el segundo implicaría entender el “poder de hecho” en una forma tan espiritualizada que llega a perder verdadero contenido; así es pues, el poseedor que perdió un bien hace dos años, y cuyo paradero desconoce, seguiría siendo poseedor por el solo hecho de que ningún tercero halla el objeto. Piénsese en las cosas perdidas en el mar o en una zona de difícil de acceso, ¿seguirían en poder de la persona que las perdió? Indudablemente una solución de ese tipo sería una intolerable ficción. Por ello, la mejor solución pasa a descartar los extremos y entender que el extravío del bien conlleva a la pérdida de la posesión cuando no exista una posibilidad razonable de que el poseedor pueda encontrar el objeto. ¿Existe alguna base normativa para esta solución? En nuestra opinión, ese precepto es el Art. 904 CC, por el cual se establece la pérdida de la posesión. Por tanto, el momento inicial del extravío no significa el cese inmediato de la relación posesoria, pero una vez transcurrido un tiempo que implique una razonable posibilidad –según un juicio social probabilístico- de no encontrar el objeto, entonces queda consumada la pérdida de la posesión.

Por su parte, si un incapaz absoluto (por falta de discernimiento) “entrega” el bien a un tercero, entonces no se habrá producido una tradición, sino despojo del tercero. Igualmente, si el mismo incapaz absoluto hace dejación de la cosa, entonces no se tiene un abandono, sino extravío. Con respecto al requisito de la voluntariedad, vale aquí recordar todo lo señalado en sede de definición de la posesión, es decir, se considera “acto voluntario” el realizado con capacidad natural para entender y querer, por tanto, no es necesaria la capacidad plena para contratar. Por ejemplo: el niño con discernimiento o el mayor de edad declarado incapaz por prodigalidad podrán realizar perfectamente actos voluntarios de entrega o dejación de bienes.

La distinción entre “pérdida voluntaria” o “pérdida involuntaria” de la posesión no es meramente académico; por el contrario, tiene importantes efectos prácticos. En primer lugar, la pérdida involuntaria de la posesión (bienes robados, perdidos, etc.) impide que se verifique

la transmisión de propiedad a non domino, prevista en el art. 948 CC. En segundo lugar, los bienes extraviados (perdida involuntaria de la posesión) obliga al hallador a ponerlos a disposición de la autoridad (art. 932 CC) (Gonzales Barron, 2013, p. 146).

3.7.2 Regulación del código civil

La norma civil habla impropriadamente de “extensión de la posesión” (art. 922 CC), lo que se presta erróneamente a que esta norma se interprete en el sentido de que la posesión es un derecho susceptible de extinguirse por determinadas causales. Por tanto, lo correcto hubiera sido utilizar la frase “la pérdida de posesión”, en cuanto la referencia alude a un hecho que se juzgue de acuerdo con valoraciones puramente fácticas. Por ejemplo: es impropio decir que el ladrón “extinguió” la posesión de agraviado mediante su acto ilícito; allí, simplemente, existe una cuestión factual que conlleva la pérdida de la posesión.

Al margen del problema terminológico, el art. 922 CC menciona los siguientes eventos productores de la pérdida de la posesión.

- i. La tradición, esto es, el acto voluntario (bilateral) de dejación de tenencia y nacimiento en el accipiens del poder de hecho sobre el bien.
- ii. El abandono, esto es, el acto voluntario (unilateral) de abdicación del poder de hecho y/o del animus posesorio.
- iii. La ejecución de resolución judicial.
- iv. La destrucción total o “pérdida” del bien.

La desordenada fórmula utilizada por el legislador de 1984 hace extrañar el art. 848 del Código de 1936, por el cual la posesión se pierde con el abandono del bien o cuando se pierde el ejercicio de hecho. Con mayor precisión técnica podría decirse que la posesión se pierde cuando se produce la renuncia del poseedor (falta de animus possidendi, pero con la salvedad expuesta supra) o cuando se pierde el poder de hecho (falta de corpus). Esta

solución implica dar la razón, una vez más, al genio jurídico romano, en cuanto la posesión se pierde simplemente “a falta de corpus o del animus, cualquiera de ellos”.

En todo caso, la hipótesis de pérdida de la posesión no contemplado en el art. 922 CC (por ejemplo: la renuncia, con la salvedad ya expresada) deberán producir el mismo efecto, pues la falta de previsión normativa exige traer en auxilio la definición de posesión (art. 896 CC), por tanto, si una determinada situación no cumple los requisitos de la definición legal, entonces ha dejado de ser posesión, o con mayor precisión, se ha perdido. En tal sentido, el listado del art. 922 CC debe considerarse enunciativo.

3.7.3 El despojo

El artículo 922 “no contempla el despojo, pero el asunto no es dramático luego de haberse concluido que el listado es meramente indicativo, y no taxativo. Por tanto, no cabe pensar que el poseedor despojado mantiene la posesión, más bien de corte espiritual. Una solución de este tipo sería extraña al Derecho romano, para la cual la posesión se pierde tan pronto como deja de existir cualquier de los elementos que la integran. Sin embargo, sería común en los ordenamientos germanos, o inspirados por este, en tanto la Gewere se conserva idealmente durante el año y día siguiente al despojo. Según García Valdez casas, en el año siguiente a la privación posesoria, habrá una situación de interrogante que solo se cierra con el ejercicio o la falta de ejercicio del interdicto. Hasta que el año transcurra, el antiguo poseedor podrá recurrir transcurrir a la defensa posesoria, y, si la ejerce con éxito, debe entenderse como continuo poseyendo, con todo sus consecuencias jurídicas, como son la usucapión y su derecho a los frutos. Por ejemplo, el art. 460-4 del Código Civil Español señala que la posesión de un año y un día engendra la pérdida de la posesión aun contra la voluntad del antiguo poseedor. Consiguientemente, el mero acto de violencia (despojo) no

engendra la pérdida ni la adquisición de la posesión, por tanto, el poseedor despojado continúa siendo poseedor durante ese plazo del año y un día; mientras que una vez transcurrido dicho plazo, el despojante sana su situación y se convierte en poseedor.

¿Puede a esta interpretación en Código Civil? En primer lugar, la citada interpretación conlleva reconocer una especie de “posesión incorporal” en el despojado, incompatible con la definición legal de la posesión (art. 896 CC), de corte eminentemente factico. En tal sentido, una espiritualización tan radical de la posesión necesitara de un precepto expreso que falta en nuestro ordenamiento. En segundo lugar, el hecho de que el despojo no se encuentra mencionado entre las causales de pérdida de la posesión, constituye un muy débil apoyo, pues es bien conocido que el listado del art. 922 CC es enunciativo.

Por tanto, si no hay poder de hecho, no puede haber posesión, en tanto el poder factico es el presupuesto imprescindible para la existencia de la relación posesoria (art. 896 CC). Por otro lado, el apoyo normativo del art. 904 CC no llega a convencer, pues, los impedimentos pasajeros en el control del bien no hacen perder la posesión a favor del tercero, pero, la pregunta inmediata es: ¿puede considerarse al despojo como un impedimento pasajero? Por su puesto que no, en tanto el despojo, con toda su carga negativa, significa al inicio de una nueva posesión, tutelada sin restricciones con los interdictos frente a terceros, aunque sea claudicante frente al poseedor despojado durante el plazo de un año subsiguiente al despojo. En tal sentido, difícilmente puede considerarse como un “impedimento pasajero” el hecho de que un tercero se invista como poseedor y controle el bien en forma automática. Es más, nuestro sistema no reconoce la excepción de posesión viciosa, por la cual, el poseedor despojado queda facultado para recuperar la posesión por acto de propia autoridad. Los españoles Pérez Gonzales y Alguer, traductores y anotadores de la monumental obra de los profesores alemanes Enneccerus, Kipp y Wolff, se preguntan con toda razón: ¿Qué efectos produce esta posesión sin tenencia material,

alejada de todos los preceptos referidos a la posesión? En realidad, el único efecto que produce el despojo es habilitar en el despojado la pretensión sumaria de reintegración a través de un interdicto, e incluso apoyándose en un autor alemán (Heusler), señala que esta posesión incorporal es una de las “más violentas ficciones jurídicas frente a la situación de hecho” (Ramírez, 1996, pp. 650-651).

3.7.4 Pérdida de la posesión mediata

Según Wolff Martin, es posible distinguir las siguientes hipótesis:

- a) Si el poseedor inmediato pierde la posesión, pero existe el vínculo jurídico con el poseedor mediato, entonces se producen tres sub-hipótesis:
 - a.1) si los pierde involuntariamente, el bien se considera “extraviado”, tanto para el poseedor inmediato como para el mediato.
 - a.2) si el poseedor inmediato abandona o renuncia el bien, con el asentimiento del poseedor mediato, entonces para ambos se considera producido el abandono o la renuncia.
 - a.3) si el poseedor inmediato abandona o renuncia el bien, pero sin el asentimiento del poseedor mediato, entonces no se produce el abandono para este (falta el elemento subjetivo). Si bien es cierto que el poseedor superior no perdió el bien, sin embargo, lo hizo su mediador posesorio, por lo que igualmente debería entenderse como un extravió para aquel.
- b) la posesión mediata se extingue cuando el poseedor inmediato modifica su condición posesoria, sea por acto bilateral (traditio brevi manu) o por acto unilateral (inversión de la condición posesoria).
- c) la posesión mediata se extingue para quien cede la pretensión de entrega a un tercero (art. 902- CC), con lo cual nace a favor de este una posesión mediata. Igual situación se

produce con la tradición documental (art. 903 CC), en donde la transmisión del título valor representativo de bienes, conlleva la transmisión de la pretensión de entrega o de restitución.

3.7.5 Casos prácticos de pérdida de la posesión

La posesión se pierde en el mismo momento de ausencia de vinculación del sujeto con el bien (elemento objetivo de la relación posesoria), lo que se produce cuando el contacto físico ya no existe, o cuando la injerencia “potencial” (clásico ejemplo del viajero) queda descartado por la injerencia de un tercero. En cualquiera de los casos, falta el control en forma definitiva, no pasajero. Según Wolf “la posesión se conserva, por tanto, si el poseedor hace un viaje, si tiene que cumplir una condena, si su finca queda inundada o si de momento no se encuentra un libro”.

Más dudas genera la hipótesis de pérdida de la voluntariedad de seguir poseyendo, lo que se produce específicamente cuando se renuncia a la posesión, aun cuando se conserva el control sobre el bien. Aquí se aprecia una conducta incoherente del sujeto, pues mientras retiene el poder de hecho, por otro lado, renuncia voluntariamente al ejercicio de dicho poder. Tal vez la mejor opción será disociar las consecuencias según el interés de los terceros y del tráfico en general. Por ejemplo: si un tercero aprende la cosa de un poseedor renunciante, entonces este no podrá ejercer los remedios de tutela de la posesión, pues luego de realizar una declaración en determinado sentido no puede ir luego contra sus propios actos (recuérdese el brocardo romano *non venire contra factum proprium*) (Gonzales Barron, 2013, p.152).

Por otro lado, si un tercero desea embargar y ejecutar los bienes en control del poseedor, por virtud a la presunción propietaria que juega a favor de la posesión, entonces el tercero no podrá ser afectado por el acto de renuncia, cuando no haya dejación posesoria. En efecto, la falta de voluntariedad para poseer – por renuncia del poseedor, sin pérdida del poder de hecho,

no afecta a los terceros ni a los acreedores, por tratarse de conducta contradictoria. No ingresa en la hipótesis anterior, la pérdida de capacidad del sujeto (ejemplo: el poseedor deviene en incapaz absoluto), pues en tal caso se conserva la posesión *solo animo*, por mérito de la última voluntad válida del poseedor, de acuerdo con los precedentes romanistas, plenamente aplicables en el Derecho moderno.

SUB CAPITULO IV

POSESION PRECARIA

4.1 Concepto técnico de la posesión precaria

Los artículos 921 y 923 son la base dentro del libro de los derechos reales. Señalando las reglas de la posesión, y las reglas de la propiedad, incluyéndose el desalojo como un medio de defensa de la posesión, la misma que es desarrollada en nuestro código procesal civil, siendo esta procedente cuando el demandante “ha cedido la posición” al demandado (art. 587 CPC), lo que se corresponde exclusivamente con la posesión mediata (art. 905 CC).

Sin embargo, el desalojo como acción exclusivamente posesoria (referida a la posesión mediata) no encaja totalmente con el art. 911 CC, pues la interpretación del precario permite comprender hipótesis muy disímiles poseedor con *ánimus domini*, pero sin título, lo que implicaría que el demandante pueda instalar el desalojo sin contar con posesión alguna, por lo que sólo debería actuarse la regla de la propiedad; o poseedores como un contrato que por algún motivo se encuentre con plazo vencido; o incluso poseedores con contrato vigente, pero conferidos por sujetos que carecían del derecho, sin embargo, no es posible sostener que el desalojo, cuyo fin es dilucidar la regla de la posesión, sirva también para hacer efectiva la regla de la propiedad. Esta incoherencia debe rechazarse en forma enérgica. Por tanto, nuestra propuesta pasa por la correctora interpretación que supere la literalidad del art. 911 CC, con lo que se lograría las siguientes ventajas:

Articular en forma coherente y el art. 911 dentro del conjunto de remedios de defensa de la propiedad Y la posición (arts. 921 y 923 CC).

- Explicar la restricción del código procesal civil, pues el demandante “ha cedido la posesión” al demandado (art. 587 CPC), lo que presupone la condición del poseedor mediato (art. 905 CC).
- Otorgar seguridad jurídica, pues los ciudadanos conocerían a ciencia cierta qué cosa recibe la denominación de posición precaria.
- Las ventajas anteriores se lograrían sin merma de la eficaz tutela de la propiedad, pero mediante el uso de sus propios de particulares mecanismos de protección, sin necesidad de salirse de sus márgenes de desnaturalizarlos.

El proceso de desalojo exige que el demandante de haya cedido la posesión al demandado (art. 587 CPC), lo cual significa que el primer poseedor mediato, mientras el segundo es poseedor inmediato (art. 905 CC); por tanto, el poseedor precario debe subsumirse en ese esquema. De esta forma, por lo demás, el instrumento procesal del desalojo se mantiene dentro de sus límites estrictos de la acción posesoria, que es, en este caso, defiende la posición jurídica del poseedor inmediato, pero sin invadir el campo que por naturaleza le corresponde a los medios de tutela de la propiedad, denominadas acciones petitorias o reales, Y cuyo ejemplo paradigmático es la reivindicatoria pronto.

Por tanto, la concordancia de los artículos 911, 921, 923 CC, así como de los artículos 585, 586 y 587 CPC, debe llegarse a la conclusión de que el demandado precario es un poseedor inmediato esto es, recibió el bien por virtud del título temporal otorgado por el poseedor mediato. Por el contrario, el inmediato es aquel sujeto que entregó el bien en forma voluntaria, con la facultad de “exigir la restitución”.

Si el precario es poseedor y inmediato, entonces queda perfilar su concepto, para lo cual debe acudir a la propia definición normativa del artículo 911, que lo subsume en el poseedor sin título o con título fenecido.

En tal contexto, sin salir de la letra del artículo 911, es posible entender que el precario es aquel poseedor que, efectivamente, no cuenta con título jurídico, pero sí social o debiera tolerancia, aplicable a los casos en los que el poseedor inmediato ha recibido voluntariamente el bien de inmediato, en consecuencia, aquel está obligado a la restitución. La nueva definición parte del código civil, pero se complementa en el código procesal civil (Gonzales Barron, , 2013 p. 260,).

Vamos a explicar el tema con más detalle.

Primera supuesto: ¿cuándo se configura un poseedor sin título según el art. 911? Bajo la premisa que la relación jurídica que está comprendida en la posesión mediata/inmediata, entonces el mediador entregó el bien en forma voluntaria, pero sin título, por tanto, sin plazo determinado y con la obligación de restituir el bien al primer requerimiento. ¿Cómo puede existir entrega voluntaria del concedente y, simultáneamente, falta de título jurídico? La solución es sencilla: la entrega se ha realizado por virtud de gracia, liberalidad, licencia, simple favorecimiento o amistad. En esos casos no se configura una relación jurídica, y por eso hay “falta de título”; sin embargo, el acto de voluntad de concedente a favor del precario constituye un “título meramente social”.

En consecuencia, el precario sin título del art. 911 es el poseedor que disfruta del bien por benevolencia del titular, Sin plazo, con la obligación de restituir el bien, al primer requerimiento, por lo que se encuentra fuera de los márgenes de lo jurídico (Guzman Grito, 2009, p. 511).

La doctrina contractual conoce perfectamente este fenómeno, al que denomina “relaciones de cortesía”, pues lo que se produce es una vinculación de polo hecho, no jurídica, pues las mismas partes, por sí mismas, y ya sea en forma expresa o por otra vía, deciden apartarse del mundo del derecho para mantener en una especie de “pacto de caballeros” correlación de tipo social o familiar. Sobre el particular, “en las relaciones de cortesía, lo que prima facie se presenta como una relación contractual (porque existe acuerdo sobre una materia primordial), no lo es porque falta la intención de vincularse jurídicamente (Roppo, 2009, p. 62).

Segundo supuesto: ¿cuándo se configura un poseedor con título fenecido según el artículo 911 CC?

Debemos aclarar un tema previo de importancia: la nulidad del contrato, y lleva efectos diferentes en el poseedor cuyo título ha desaparecido del mundo jurídico. Por ejemplo, cuando se celebra un contrato de compraventa, el vendedor que otorgó un título de posesión definitivo, no temporal, y por tal motivo ya dejó de poseer. Si el negocio jurídico declara nulo, afecta el ámbito jurídico del título, pero no en el ámbito fáctico de la posesión, que ya se perdió. Por tal motivo, el vendedor no puede recurrir al proceso de desalojo pues carece de posesión, ni siquiera mediata. Por su parte, el comprador es poseedor autónomo, con *ánimus domini*, por lo que puede enrumbarse hacia la usucapión si es que mantiene la posición, luego de la declaración judicial de nulidad. Por tanto, no es precario (Thomson Aranzani, 2007, p. 243)

La misma solución debiera presentarse en el caso de poseedores en concepto determinado derecho real (usufructo, superficie, servidumbre, anticresis), pero con título nulo. Estos poseedores pueden acudir a la usucapión para adquirir el derecho simétrico a su posesión; y esa sola circunstancia implica que debe rechazarse la precariedad. En efecto, nadie puede ser precario y simultáneamente poseedor *ad usucapionem*; y esa conclusión se confirma desde el derecho romano (Iglesias, 1999, P, 197).

Por el contrario, en el caso de arrendatario que poseen, pero cuyo contrato es nulo, no está habilitada la vía de la usucapión o prescripción adquisitiva, pues al margen del vicio del negocio, lo concreto es que recibió el bien con el fin de actuar en concepto de inquilino y con la obligación de devolverlo; por tanto, sí con el título válido debe restituir el bien, entonces, por razón debe ocurrir lo propio en el título nulo, por lo que la invalidez del contrato no elimina la posición mediata. En efecto, en tal caso se entenderá producida una “relación social de arrendamiento”, lo que se siente para conservar la posesión mediata. No olvidemos que la posesión es “hecho”, y se mantiene mientras con el simple hecho. Por lo demás, la doctrina alemana considera, efectivamente, que la nulidad del contrato no elimina la posesión mediata, salvo en los casos extremos de invalidez radical o inexistencia de voluntad, pues en tales hipótesis falta el elemento Esencial de la relación que unía al poseedor mediato de inmediato (Flume, 1998, pp.652-653).

En tal contexto, el arrendatario nacido de título inválido es también un “poseedor inmediato de hecho”, al igual que el precario (Moreno, 1951, p. 374), por lo que ambas figuras deben asimilarse. Es decir, en estas condiciones, el arrendatario es un precario cuyo “título a fenecido” (art. 911 CC). La particularidad del título obligación al de disfrute invalidado, es que no permitirá la usucapión por falta de posesión en concepto de dueño o de titular de algún derecho real, lo que le emparenta con el precario, pues, en tal caso, no es posible la prescripción adquisitiva.

Conclusión: el precario es aquel poseedor que recibió temporalmente la cosa a fin de restituirla (art. 905 CC), mediante una relación social, de hecho (licencia, asentimiento, gracia, amistad, benevolencia, etc.) o cuyo título obligacional es nulo; pues en ambos casos existe entrega voluntaria de concedente, o por lo menos aquiescencia, con el consiguiente deber de restitución a cargo de precario en cuanto el otorgante revoque su voluntad. No obstante, si la nulidad se produce por falta de manifestación de voluntad, entonces no habrá precario, pues falta el acto

de voluntad, por lo que no hay posesión mediata e inmediata sino mero acto de despojo del poseedor actual, que puede ser corregido a través del interdicto. O de esta manera, la noción sustantiva de precario queda aclarada, y en caso de renuncia a la restitución del bien, el concedente tiene el instrumento procesal que tutela su interés, específicamente el proceso de desalojo (Gonzales Barron, 2016, p. 265).

4.2 El concepto de posesión precaria y su adecuación con los tratados de derechos humanos

El concepto de posesión precaria se ha expandido tanto que abarca múltiples hipótesis, tales como los poseedores autónomos en concepto de dueño, los compradores a quienes se les resolvió el contrato por efecto de una simple carta, los poseedores que ya consumaron a su favor el plazo de la usucapión, entre otros. En la inmensa mayoría de los casos se trata de ocupantes que disfrutan el bien condición de vivienda, por lo que corresponde a analizar la hipótesis a la luz del derecho humano a la vivienda adecuada y del debido proceso.

La declaración universal de los derechos humanos de 1948 ya reconoce el derecho a la vivienda en su artículo 25.1: “todo persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. Por su parte, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) de 1966, reitera una disposición En similares términos así, el artículo 11.1 del pacto dice: los estados partes en el presente actor reconoce el derecho de toda persona a un nivel adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento” (Gonzales Barron, 2016, p. 266)

En diciembre de 1991, el comité aprobó la observación General N° 4, por el cual se aconseja a los estados parte a no interpretar el derecho a la vivienda adecuada en sentido restrictivo, como el “mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o (...) como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad paz y dignidad en alguna parte” (párr.7) (ONU. 2001. E/CN. 4/2001/51.P.8). Basándose en esta interpretación amplia. El comité enuncia siete aspectos de derecho a la vivienda adecuada que determina su conformidad con el pacto (párr.8), entre los que se encuentra la protección legal contra el desalojo forzado (ONU. 2001. E/CN. 4/2001/51.P.9), así como el respeto o al debido proceso al ocupante de la vivienda.

El proceso desalojo está claramente configurado en nuestro sistema jurídico como acción posesoria (arts. 921 CC, 587 CPC), y, en tal contexto, compré la finalidad de proteger a los poseedores mediados. Pero cuando se enfrenta un supuesto propietario contra un poseedor autónomo, entonces se invoca y actúa la regla de propiedad, por lo que el desalojo es vía impertinente. Por tal motivo, se infringe el derecho a la vivienda con la privación del disfrute a poseedores consolidados mediante instrumentos sumarios cuyo diseño letal no permite ventilar cuestiones referentes al dominio; máxime cuando nuestra jurisprudencia infringe el derecho a la igualdad, pues la demandante sin invocar razones referidas a la propiedad, mientras que al demandado se le prohíbe invocar las mismas razones.

Por tal razón, el concepto judicial de precario (extra-large) provoca desalojos indebidos, violatorios del debido proceso que la propia ley nacional lo reconoce, pues vulnera la indispensable igualdad de armas. Por virtud de lo expuesto, Se termina afectando el derecho humano a la vivienda adecuada, consagrado en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Sólo quedan, por tanto, adecuar la noción de posesión precaria los justos límites que lo hagan compatible con las obligaciones internacionales del estado peruano en materia de derechos humanos.

4.3 Propuesta de definición de la posición precaria

El artículo 911 CC dice que es precario todo aquel que posee un bien sin título o cuando su título ha fenecido; Sin embargo, la tipificación de precario sólo tiene la utilidad en el ámbito procesal, pues habilita al demandante para el desalojo. Los artículos 921 y 923 CC permiten deducir que la regla de la posesión se actuó en proceso sumario (interdicto y acciones posesorias); Mientras que la reivindicatoria requiere del proceso plenario. Si el desalojo es proceso sumario, entonces se trata de acción posesoria. En tal contexto, el artículo 587 CPC señala que el demandante “ha seguido la posesión” al demandado, lo que subsume la hipótesis a la posesión mediata/inmediata (art. 905 CC); por tanto, el desalojo por precario es instrumento procesal de tutela de la posesión inmediata cuando el inmediato no devuelve bien (Cabanellas, 2008. P. 147).

En consecuencia, el precario estado poseedor inmediato que recibió el bien en forma temporal por acto voluntario del concedente o poseedor mediato, cuya finalidad es proporcionar el goce por liberalidad, gracia o benevolencia. El precario se origina por título Social o, excepcionalmente, por título jurídico de carácter obligatorio que ha fenecido por nulidad.

La propuesta define en forma precisa las hipótesis y específicas de precario, lo que otorga seguridad a los particulares, quienes conocerán de antemano las posibilidades de éxito, uno, cuando interponga una demanda de desalojo por precario. En el mismo sentido, los magistrados del poder judicial tendrán a su disposición una vía segura para fundar sus decisiones. En buena cuenta, se obtiene justicia para el conflicto posesoria, se respeta la propiedad a través de sus vías idóneas (reivindicación) finalmente, se gana predictibilidad, con la subsiguiente elevación de la confianza ciudadana en el sistema judicial. Otra ventaja es que el resultado del pleito no dependerá, ya, de factores impredecibles o de mala fe de una de las partes, Pues las reglas quedan claras desde el inicio: el demandante que invoca la regla de la propiedad, y no sólo invoca la regla de la posesión, acude a los interdictos o el desalojo, según el caso. De esta

forma, se reducirán sustancialmente los “a reenvíos a otro proceso” (Gonzales Barron, 2016, p. 269).

4.4 Hipótesis incluidas en nuestra propuesta de posesión precaria

El concepto propuesto de ocupante precario, como poseedor inmediato, comprende las siguientes hipótesis de la realidad sociológica:

- i. Situación posesoria es nacidas en el contexto de relaciones sociales, amicales o familiares. El caso típico es el pariente que Le preste el bien a otro, por simple gracia o liberalidad, en forma de indeterminada o por un periodo de tiempo, Sin ninguna obligación subyacente, por homero favor o deber moral (Bello, 1997.p.63). Estos casos casan perfectamente con el artículo 911, en el sentido que el “poseedor carece de títulos”, pues tales precarios no se fundan en título jurídico, sino en “relaciones de cortesía o amistad” (Ross. 2005 p.41)
- ii. Situación posesoria es nacidas de relaciones jurídicas cuya finalidad directa no es la posesión. Es el caso, por ejemplo, de los socios que se vinculan por un negocio jurídico de sociedad, pero en el que uno de ellos le cede la posesión (precaria) al otro con la finalidad de realizar ciertas labores conexas del negocio. Es obvio que las partes comparten una relación jurídica, Pero en ella la posesión sólo resulta accesoria o incidental. Debe asimilarse a la posesión carente de título, pues el contrato de sociedad no autoriza la posesión, sino que es la causa indirecta de ella, pero sí permite fundar la precariedad por medio del acto de voluntad.
- iii. Situación posesoria espacio de deberes morales de apoyo o auxilio. Un ejemplo cómo se presenta cuando el ex cónyuge propietario concede la posición exclusiva (precaria) al otro ex cónyuge y/o sus hijos, pues constituye una “posesión carente del título”, Pere en la que se distingue nítidamente el pacto de precario, salvo cuando el anterior poseedor mediato o haya realizado abandono de la posesión. Es el caso de la casación

Nº 3191-2010-Cusco, en la cual se sostuvo que la poseedora no era precaria, por lo que el desalojo se declaró infundado, lo que debe aceptarse es si hubiese acaecido el abandono, pues, en caso contrario, la ex cónyuge es una precaria típica. Otro caso interesante, jurisprudencial, es el de un poseedor que entro En ocupación, pues el propietario le prometió informalmente que le donaría el inmueble. ¿qué relación jurídica existe en este caso? Ninguno, en cuanto nunca se otorgó la donación, por lo que la posesión se encontraba desprovista de todo juridicidad, Sin embargo, no puede negarse que el poseedor actuó como consecuencia de la sesión voluntaria del titular, Por lo que se trata de un evidente precario, pues su situación se origina por la voluntad graciosa del concedente; Por tal motivo, no posee con *ánimus domini*, en consecuencia, le está apegada a la usucapión, conforme lo reconoció la corte suprema en la casación Nº 4675-2010-lima, de 01/12/2011.

- iv. Situaciones posesorias nacidas en forma General de la aquiescencia. Desde siempre la figura del precario se ha caracterizado por la sección graciosa, liberal y por mera tolerancia o licencia del concedente de la posesión. Un ejemplo: El invasor que interesa a poseer en contra de la voluntad del propietario, pero, en llegado un punto, éste empieza otorgarle un permiso tácito, pero sin ningún carácter vinculante o jurídico, por lo que se trata de una “posesión carente de título” (Wannacott, 2006, p. 135), pero consentida por efecto de la tolerancia, esto es, de carácter precaria.
- v. Iglesias señala que las situaciones posesorias nacidas de contratos cuya finalidad es la entrega y restitución del bien, con carácter obligacional, pero que resultan nulos. Estos casos es subsume en el artículo 911, en cuanto se trate de poseedor con título fenecido (nulo). Vale acotar que se ha criticado nuestra afirmación en el sentido de que el desalojo no puede esclarecer la nulidad de los negocios jurídicos, por cuanto se trata de una materia compleja que resulta incompatible con el sumario (Pasco. 2012, p.82). La

críticas injustificada, desde una perspectiva General, pues el artículo 220 CC permite que el juez, en cualquier tipo de proceso, Incluso el desalojo por precario, invoque la nulidad como acto previo para resolver un litigio, siempre que la causal sea evidente notoria. En consecuencia, en el juez del desalojo podría apreciar la nulidad del contrato y, por consiguiente, declarar que el poseedor es precario por “título fenecido”. El Profesor Morales Hervías y ya justificó plenamente que el juez puede invocar la nulidad dentro de los fundamentos de la decisión, pero sin declararla ni pronunciarse sobre ello en la parte resolutive, Pues esta última circunstancia implicaría violación de las garantías procesales (MORALES. 2012, p. 23). Por supuesto, que en la mayoría de los casos no podrá considerarse que el demandado es precario por nulidad del título, sin embargo, en algunas hipótesis de manifiesta invalidez, sí podrá estimarse por virtud del mencionado artículo 220 CC. En buena cuenta, todo los que posean por virtud de un título obligacional de restitución, pero afectado de nulidad evidente, serían precarios; por lo que se excluya todos aquellos que poseen en concepto de dueño, o de otro derecho real, pues, en tal caso, se enrumban ala usucapión (PASCO .Óp. Cit., p. 81).

4.5 Relaciones familiares y posesión precaria

Las relaciones familiares y la posesión dan lugar a complejos problemas que últimamente se controvierten en nuestros tribunales.

Bello Janeiro sostiene una primera hipótesis ocurre cuando el pariente y le preste el bien a otro, por simple gracia o liberalidad, en forma indeterminado o por un periodo de tiempo, sin ninguna obligación subyacente; pero un mero a favor o deber moral. Estos casos es subsumen perfectamente en el artículo 911, en cuanto el “poseedor carece de títulos”, pues tales ocupantes precarios no se fundan en título jurídico, sin en “relaciones de cortesía o amistad”.

Una segunda hipótesis se produce cuando, al interior de la relación familiar, el propietario del bien, que también posee, solicita la desocupación al pariente no titular, que ingresó como el alojado del dueño, pero se resiste a la restitución. En tal circunstancia, debe entenderse que el rebelde, por efecto de su negativa a seguir las instrucciones, Muta su condición jurídica, y pasa de servidora poseedor. Es el caso del Padre e hijo que habitan conjuntamente en la misma casa, En cuyo caso, si bien en principio se encuentran en la relación del poseedor y servidor, sin embargo, luego el segundo se convierte el poseedor autónomo por rechazo al padre. Se produciría entonces, una coposesión. También cabe que, luego de la rebeldía, el Padre manifieste su aquiescencia o mera tolerancia al hijo, y éste lo acepté, con lo cual se convertiría en precario. Aquí surge una dificultad tomatito en cuanto Padre e hijo ocupan la casa, pero uno es concedente-poseedor mediato y el otro es precario poseedor y el otro es precario poseedor inmediato, lo que da origen a una coposesión anómala: El Padre es mediato, en parte, indirecto, en parte; mientras el hijo es inmediato, en parte. La doctrina alemana se muestra conforme con esta solución.

En la jurisprudencia peruana se presentó el caso de un Padre, titular exclusivo de un inmueble, que demanda a su ex esposa (por Divorcio judicial) en hijos mayores de edad, para que desocupen el inmueble a través de la vía del desalojo por precario. Los hechos denotan que el Padre abandonó en su momento el hogar conyugal, produciéndose luego la crisis y rompimiento del vínculo matrimonial, a pesar de lo cual, la ex esposa y los hijos continuar ánimus ocupación del bien por muchos años. Es evidente que, en este caso, los poseedores ocuparon el bien, en principio, por gracia o benevolencia familiar y con el consentimiento del propietario, por lo que se les debió a repuntar como precarios. Sin embargo, la desvinculación total de Padre por muchos años (abandono del hogar conyugal) hizo que se pierda la posesión. La corte suprema caso la sentencia, la declaró nula y ordenó que se vuelva emitir la resolución, pues “ la sala superior se ha limitado a consignar que no existe medio probatorio que acredite

la existencia de un contrato verbal entre el actor y los demandados, sin valorar las partidas de nacimiento de los hijos del demandante y de la demandada, habido durante la unión matrimonial, quienes siguen viviendo en el inmueble en la actualidad” (casación N° 1588-2011-Lima, del 05/3/2012). La verdad es que no se entiende la necesidad del reenvío a la sala superior, pues las citadas partidas de nacimiento confirman que la ocupación de los hijos y su Madre se debió originalmente a la liberalidad nacida de la vinculación familiar, pero nótese que el paso de muchos años de abandono hace que el Padre pierda la posesión, por lo que los parientes pasaron a convertirse en poseedores autónomos, incluso ad usucapionem, por lo que la demanda de desalojo es infundada: Un no poseedor está impedido, por lógica, de invocar la acción posesoria. El Padre sólo tiene a su favor la acción reivindicatoria siempre que no se hubiese consumado la usucapión contraria. La jurisprudencia comparada ya ha sancionado, en casos análogos, la posibilidad de adquirir por prescripción adquisitiva (Gonzales Barron, 2016, p. 278).

Una tercera hipótesis ocurre cuando la detentación que ejerce algún pariente, Sea cónyuge, conviviente o hijos, se funda en el deber legal de asistencia y auxilio, por lo que no se trata de precario, pues la detentación está protegida por las normas del derecho de familia, que obviamente interfieren en la situación, haciéndola de venir en posesión inmediata. Uno insertar título jurídico. En efecto, un numeroso grupo de sentencias de la corte suprema, tales como la casación N° 3191-2010-Cusco, de 07/6/2011, N°336-02-lima y N° 3135-99-Lima, señalan que el deber de alimentos o la asistencia entre cónyuges constituye causa justificada de la ocupación.

Las relaciones familiares es un campo fértil para el pacto de precario, de origen voluntario, pero normalmente queda excluido de cualquier vinculación jurídica, por lo que el concepto “título social” o “mediación posesoria extracontractual”, Lo que se ha acogido por la doctrina germánica que se muestra conforme con la relación no contractual una ácida de contrato nulo

que origina la mediación posesoria (Fuenteseca, 2002, p. 86). Un caso distinto de relación familiar, está sin jurídica, surge de la mano con el deber legal de asistencia.

4.6 Servidor de la posesión y posesión precaria

El servidor controla el bien, pero sin autonomía, por lo que no es poseedor; mientras que el precario controla el bien, sin dependencia, pero informa graciosa o por liberalidad, por lo que es poseedor. En teoría la diferencia es clara, sin embargo, en la práctica, a veces me es tan sencillo diferencial ambas hipótesis.

Por ejemplo el dueño de casa deja un vigilante en casa, pero con la autorización para habitarla con su familia; mientras que en otro caso el dueño de casa sede el bien, en forma gratuita, y por tiempo indefinido a un amigo, sin ningún vínculo jurídico. Nótese que en ambas hipótesis hay liberalidad y relación de mero hecho.

En el primer caso, el dueño no pierde la posesión, pues a recuérdese que el vigilante servidor, y la autorización de habitarla con su familia no cambia las cosas, pues la obligación de custodia en forma permanente, por veinticuatro horas, conlleva el uso social de permitir el ingreso de la familia, en cambio, en el segundo caso, el titular entregó el bien, que lo ha cedido al precario. Aquí, el amigo que tiene la posesión inmediata, mientras el dueño retienen la mediata.

Es un clásico ejemplo de precariedad.

En el primer no hay posesión del servidor, ni siquiera precaria, pues la ocupación séase bajo dependencia e instrucciones de otro. Por el contrario, en el segundo sea de posesión (precaria). Las diferencias aparecen, ahora sí, claras y evidentes.

Nótese que la misma plantilla podrá aplicarse a la hipótesis del Padre que preste el vehículo su hijo por un fin de semana. Si el padre le dota de autonomía a la entrega del auto, entonces el hijo es precario, pues cuenta con la posesión (inmediata); Mientras aquel retiene la mediata. Por el contrario, si el padre mantiene el control directo del bien, esto es, el hijo tiene una mínima

autonomía para decidir el uso concreto o al que se dedicará a la cosa, pues la decisión final corresponde en forma expresa, casita o por tolerancia al Padre, entonces se configura el servicio de la posesión. Ahora bien, si el Padre no se despoja del señorío sobre la cosa, y la ocupación es muy breve, sin trascendencia social o intermitente, entonces el hijo no pasará de la condición de mero detentador esporádico, sin control (Gonzales Barron, 2016. p. 280).

En consecuencia, existen tres grados de ocupación perfectamente individualizados: detentador eventual o esporádico, servidor de la posesión y poseedor precario.

4.7 Prueba de la posesión precaria

Algunos autores señalan que la posesión precaria debe ser probado, Teniendo como primera prueba que, si realmente hubo aquiescencia, liberalidad o graciosa tolerante por muchos años, entonces resulta evidente que alguna huella Ha quedado. Lo contrario (no tengo pruebas), más bien, es inimaginable.

En segundo lugar, una buena prueba de la posesión graciosa es que el poseedor precario apagado los servicios públicos a nombre del demandante, lo que demuestra que siempre respecto una condición del titular o Sr. De la cosa. Este programa es nada difícil de conseguir. En tercer lugar, podemos citar otras muchas pruebas, aunque al bastaría una sola de ellas que se asume con la anterior para generar convicción el juez, tales como: autorización para ejecutar una obra o a pedir un negocio; Fotos de reuniones sociales, relaciones jurídicas o sociales que comparten y que hagan suponer que ese acercamiento ha originado la liberalidad (pertenencia clubes comunes, hijos que comparten el mismo colegio, estudios en la misma promoción colegial universitaria, etc.), reportes telefónicos que acrediten cruce de llamadas (por lo que, en tal caso es obvio la existencia de una relación social), testigos y tantos otros medios de prueba (Gonzales Barron, 20016, p.. 282).

Por último, sino se llegase a aprobar la mediación posesoria, entonces la demanda de desalojo por precario sería declarada infundada; Sin embargo, el actor tiene asegurado el éxito a través de la reivindicatoria, pues le basta acreditar su condición de propietario, sin importar si el poseedor demandado sea precario o no.

Por lo que se llega a la conclusión que al no existir prueba alguna de la precariedad, se plantea directamente la acción protectora de la propiedad.

4.9 El proceso de desalojo por precario

El nuevo desalojo por precario, según la tesis de la mayoría de juristas, exigirá la comprobación por el juez de los siguientes elementos:

DEMANDANTE: Es poseedor mediato, pero con especial característica de que entrego el bien por causal de liberalidad, gracia, tolerancia, aquiescencia, o benevolencia, por virtud de relaciones sociales, familiares, amicales, o en circunstancias análogas. Por tanto, en este contexto sólo existe un título social, o un título obligacional de restitución, pero nulo (artículo 220 CC), por lo que se entiende fenecido.

Si el demandante no es poseedor, o invoque exclusivamente el título de propiedad que ostenta, entonces la demanda de desalojo por ocupante precario debería ser infundada; pues el medio pertinente, para tales pretensiones, es la acción reivindicatoria, la declarativa del dominio, o eventualmente, las acciones contractuales (cumplimiento, resolución, rescisión, nulidad, etc.) (Pasco. 2012, p. 75)

Si el demandante entregó el bien en forma voluntaria, con carácter temporal, pero en virtud del título jurídico (contrato de arrendamiento, comodato o cualquier otro análogo), entonces la demanda de desalojo es procedente, pero por la causa de falta de pago, vencimiento del contrato, entre otras. Si la demanda mencionada ocupación precaria, entonces la pretensión deberá ser encausada por el juez.

Según Ledesma Narvaez., (2011), conforme en indica la legislación procesal (artículos 587 y 593 CPC). El demandado: Es poseedor inmediato, pero con la característica que recibió el bien en forma graciosa, como mero título social, o cuando se trata de título jurídico obligacional, pero ha afectado de nulidad. Asimismo, todos los terceros que ingresaron al bien, por obra y gracia del precario, sufren las mismas consecuencias, Esto es, se encuentran sujetos al resultado de desalojo

También pueden ser demandados sub poseedores derivados de precario, pues, en tal caso, el demandante mantiene la posición mediata, por lo que se aplican los principios generales. Aquí, la situación es análoga a la que se presenten en sub arrendamiento, pues la norma civil permite expresamente la acción directa del arrendador contra el sub arrendatario (artículo 1693 CC) (Pasco Arauco, 2012 p. 82).

4.10 Menor incidencia del desalojo por precario, mayor de la reivindicatoria

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

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

- i. La propiedad se defiende por medio de acciones reales, que por acciones posesorias. No queda otra opción. El sumario no puede obtenerse de modo forzado, en desmedro de la justicia y la seguridad jurídica.
- ii. Hoy, existe un elevado porcentaje de desalojos que no resuelve el conflicto de modo definitivo, precisamente, por la indeterminación conceptual que existe en la materia. Esto implica que, en la práctica, los procesos demoran más, pues no sólo se recorre la vía de desalojo, sino, Luego del fracaso de este, también se necesita la reivindicatoria. Por tanto, se acude a dos procesos, en lugar de uno solo.
- iii. Por tal motivo, sería recomendable que la jurisprudencia señalé en forma expresa que la remisión a la acción reivindicatoria para la solución de los conflictos de la propiedad, no implicarse la pérdida de la tutela judicial efectiva, pues siempre exístela posibilidad de recurrir a las medidas cautelares cuando se aprecie la apariencia del derecho.
- iv. En buena cuenta, las providencias ante la das también proceden los litigios dominicales, ha de ser que en la actualidad es inusual obtener una cautela posesoria en la reivindicatoria. ¿Cuál sería el momento preciso para el adelanto de opinión de la cautelar? Parece que ello podría ocurrir cuando se tenga a la mano la demanda y la contestación, pues, en ese momento, el juez puede evaluar el decidir sobre la fortaleza, debilidad tortura que le produce la pretensión del actor.
- v. En suma, dentro de la acción reventador perfectamente posible que se dicte medidas cautelares de puesta en posesión del bien a favor del demandante, siempre que se acredite la verosimilitud de su derecho, el peligro de la demora, la razonabilidad de la actuación y se proponga una contra cautela adecuada y equitativa. Los males de la falta de celeridad del poder judicial no se remedia con interpretaciones cerradas, sino con la aplicación estricta de las instituciones con justicia (Gonzales Barron. 2016 P. 297).

SUB CAPITULO V

LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

5.1 Concepto de motivación

Para empezar con un análisis sobre la motivación de la sentencia se requiere de una explicación sobre lo que se entiende por motivación y lo que se entiende por sentencia, con el fin de abordar el objeto de estudio del presente trabajo.

Es así, que encontramos que la sentencia es un tipo de resolución judicial, entendida como un acto del juez por medio del cual se declara el efecto en derecho que la ley hace depender de cada supuesto fáctico (Quintero y Prieto, 2008, p. 573).

El Código de Procedimiento Civil Colombiano consagra en su artículo 302 que la sentencia es la que decide "sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, y las que resuelvan los recursos de casación y revisión."

Es decir, la sentencia como manifestación jurídica, es la voluntad plasmada de la solución de una causa en su fondo mismo y presupone, igualmente, el agotamiento de un proceso (Quintero y Prieto, 2008, p. 8).

5.1.1. Dimensiones del concepto de motivación

Por otro lado, y para entrar en materia se desarrollará un concepto de lo que se entiende por motivación, teniendo en cuenta que existen varias respuestas, dependiendo del autor que se estudie para su definición o de la perspectiva que se adopte, esto es, podrá desarrollarse un concepto de motivación a partir de su finalidad perseguida, para lo cual se observa la motivación como justificación; o desde una perspectiva de la actividad de motivar, o desde el resultado de la misma que se plasma en el discurso de justificación. (dimensiones del fenómeno de la motivación) (Colomer Hernandez, 2003, p. 35).

Sin embargo, antes de desarrollar las diferentes perspectivas de este tema, es oportuno hablar de lo que para algunos autores se entiende por motivación, en este punto, nos referimos a Perelman, en primer lugar, quien sostiene, que motivar hace referencia a

...la indicación de los móviles psicológicos de una decisión, y apuntaba, además, que si las reflexiones cartesianas se usaran como espejo para construir un esquema de la motivación judicial, supondrían un paso injustificado de lo subjetivo («las mismas ideas con las que estoy convencido de haber llegado a un conocimiento cierto y evidente de la verdad») a lo objetivo («persuadir a los demás») (Alliste Santos, 2011, p. 1419).

Esta tesis que apoya la postura acerca de la motivación judicial como "una mera descripción de los procesos mentales, más o menos lógicos, conforme a los que llega el juez a la decisión judicial" es conocida como la tesis psicológica de la motivación judicial. Según el autor Alliste Santos (2001) esta concepción encuentra acogida en la doctrina sobre motivación elaborada por el TS y el TC establece lo siguiente:

...el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo. (...) El deber de motivar exige al juez o tribuna] una descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido.

Este tipo de argumentos, según los cuales, motivar es una especie de recuento mental que ha conducido al juez a tomar cierta decisión, no resultan muy afortunados, toda vez, que parece imposible que el Juez registre todo lo que pensó para llegar a determinada decisión, sin contar, con que, lo realmente importante no es saber cómo el juez llegó a la decisión, si no saber cuáles fueron las razones que lo llevaron a ella (Taruffo, 2009, p. 520).

Además de lo anterior, ese tipo de motivación psicológica no permitiría un control real sobre el fundamento de la decisión (Taruffo, 2009, p. 520, pues tendrían importancia los pensamientos y emociones del juzgador y no las razones que justifican la decisión, que en

últimas es lo que importa, lo que podría conducir a que se generen decisiones arbitrarias y violatorias de derechos fundamentales, por estar éstas basadas en móviles psicológicos que llevan al juez a dicha decisión.

A este respecto Taruffo señala que los juicios de valor no serían más que reacciones subjetivas no racionalizables, han pasado de moda y sobre todo no son aplicables a las valoraciones que el juez formula en sede de decisión, dado que semejante concepción de las elecciones axiológicas no legitimaría el arbitrio individual del juzgador, sustrayendo el fundamento de la decisión a cualquier revisión externa.

Por estas razones la mayoría de la doctrina ha llegado a la conclusión de que la motivación de la decisión judicial sólo puede ser entendida como una justificación de la decisión en la sentencia, siendo dicha justificación racional.

5.1.2. Motivación como justificación

Esta teoría se refiere a la finalidad perseguida con la motivación, entendiendo así, que motivar es una justificación de la decisión adoptada en la sentencia.

En la estructura de la decisión del juez (la sentencia), habrá siempre una parte en la que éste se dedique a justificar que la decisión que ha tomado es jurídicamente válida, y esta parte de la sentencia, es la que se conoce como la motivación. Se ha señalado así, que "la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión" (Colomer Hernandez, 2003, p. 37)

Para Taruffo, la motivación debe contener la justificación específica de todas las cuestiones de hecho y de derecho que constituyen el objeto de la controversia, dado que sólo bajo esta condición se puede decir que la motivación es idónea para hacer posible el control sobre las razones que sustentan la validez y aceptabilidad racional de la decisión.

En esta misma línea, se encuentra el autor Auste Santos, quién establece que motivar una resolución judicial implica justificar la decisión haciendo explícitas las diversas inferencias lógicas, es decir, el cuerpo argumentativo, compuesto por un razonamiento de tipo deductivo, inductivo o hipotético que conduce a la decisión judicial. Así pues, motivar una decisión judicial no implica describir el proceso de toma de decisión sino su justificación, la correcta inferencia que conduce el razonamiento de las premisas a la conclusión:"

Por esto, se ha establecido que la obligación de motivar las sentencias, es estrictamente un deber de justificar la decisión y no de explicarla.

En este punto, existe una discusión doctrinal sobre la diferencia entre justificar y explicar, concluyendo en todo caso que motivar es justificar, toda vez, que explicar hace referencia, a poner de manifiesto las razones o causas que dan lugar a su adopción por un sujeto y la explicación de una decisión jurisdiccional implica poner de manifiesto las razones o causas que *explican* o informan del porqué se ha adoptado por el juez una concreta decisión" o lo que es lo mismo, considerar la decisión como un efecto de esas causas (Colomer Hernandez, 2003, p. 38).

Adicional a esto, existe otro concepto afín al de motivar que vale la pena desarrollar, con el fin de establecer algunas diferencias, este es, fundamentar. Para Herrera Flores, estamos hablando de justificar cuando se "niegan la posibilidad de ir más allá de lo dado, racionalizando, en el más bajo sentido de la palabra, el conjunto de circunstancias que predominan en un momento preciso" (Rodriguez Boente, 2003, p. 35), mientras que se habla de fundamentar cuando se trata de...estar atento a los cofines sin necesidad de construir ficciones necesarias que postulen la conexión de la actividad humana con algún reino de fines necesarios y trascendentes (...) a partir de lo dado para, racionalmente, construir un plan de vida que vendría explicitado por el conjunto de valores, objetivos y meta fines, (...) ese plan se estipula en función del conjunto de necesidades humanas fundamentales — reconocidas o no jurídicamente — que convertidas en

sistemas objetivos de preferencias, exigen para su plena satisfacción una superación de las barreras levantadas por la relaciones sociales dominantes (Rodríguez Boente, 2003, p. 35), .

Para este autor, sería claro que motivación se asemeja con fundamentar, y aunque su concepción no resulta del todo errada, existe unanimidad entre la doctrina y la jurisprudencia en asemejar el término motivación con justificación de la decisión. Este tema ha suscitado extensos debates entre muchos autores de Derecho Procesal y de Filosofía del Derecho, pero no serán abordados en este escrito.

Cabe mencionarse que en Colombia, se ha adoptado esta postura de entender la motivación de las sentencias en el sentido de justificación de las mismas. Se ha dicho pues, que al hacerse esta precisión terminológica, se entiende que tal justificación de la decisión constituye una garantía de justicia o la garantía de la justicia de una decisión (Villamil Portilla, 2004, p. 32).

Por ultimo cabe mencionar, que autores colombianos como Maximiliano Aramburo, en su documento "Motivación y Precedente" trae un aparte en el que habla de las teorías estándares de la motivación, y explica, como autores como Gascón y García Figueroa

...tras señalar que la motivación (de la decisión) se mueve en el terreno del contexto de justificación, (...) defienden la idea de que la justificación siempre es relativa a un sistema, bien sea normativo ideal, de normas positivas, o de normas científicas. Para el caso de la decisión judicial, las posibles premisas justificadoras serían descriptivas o normativas. (...) Una justificación basada en premisas, obliga a recurrir a premisas externas y permite distinguir al menos tres etapas del razonamiento judicial: el razonamiento decisorio o descubrimiento de la decisión, la formulación de la decisión y su justificación (Aramburu, 2011, p. 1431).

Lo anterior, cobra importancia cuando, como lo afirma Ignacio Colomer, "la motivación tiene como límite la decisión, de modo que no constituirá propiamente motivación cualquier

razonamiento contenido en el discurso que no esté dirigido a justificar la decisión adoptada" (Colomer Hernandez, 2003, p. 48).

Se concluye entonces, que al entenderse la motivación como una justificación de la decisión, se ha establecido, que desde una perspectiva jurídica, toda decisión tomada por el juez debe recaer sobre la única solución legítima desde el punto de vista jurídico, es decir, dicha decisión debe estar sometida al ordenamiento jurídico (Nieto, 2000, p. 154), sin embargo, hay casos en los que existen varias soluciones legítimas, y en este caso se estará hablando de la discrecionalidad del juez, y será este mismo el encargado de elegir la más apropiada según sus consideraciones. De lo anterior se deduce que el juez, a consecuencia de la sumisión a la ley en su actuación, no podrá elegir soluciones que no sean jurídicamente válidas o correctas, y por esto se habla de que su libertad de decisión queda vinculada estrictamente a la legalidad y legitimada jurídica de la decisión adoptada (Colomer Hernandez, 2003, p.37)".

5.1.3. Motivación como actividad

Otra dimensión en la que puede ser entendida la motivación, es como una actividad del juez, en la que se hacen razonamientos de naturaleza justificativa, entendidos como controles realizados antes de concretar la decisión. Es decir, el juez limita sus razonamientos únicamente a lo que efectivamente puede argumentar, esta perspectiva se refiere a que la esencia de la motivación es servir como autocontrol del propio juez.

Se ha hecho esta acepción de la motivación principalmente para delimitar correctamente la esencia de la justificación de la decisión que el juez debe realizar. Así la esencia de la distinción entre motivación como actividad y motivación como discurso, "se encuentra en el hecho de que la motivación en su condición de justificación de una decisión se elabora primeramente en la mente del juzgador para posteriormente hacerse pública mediante la correspondiente redacción de la resolución"(Colomer Hernandez, 2003, p.45)

Colomer, establece, que la motivación como actividad debe ser entendida como los razonamientos justificativos que hace el juez con anterioridad a la redacción de la decisión, es decir, previos a la construcción del discurso concreto de justificación. Por ello

... es necesario tener claro que la motivación como actividad se corresponde con. un razonamiento de naturaleza justificativa, en el que el juez examina la decisión en términos de aceptabilidad jurídica, y a prevención del control posterior que sobre la misma puedan realizar los litigantes y los órganos jurisdiccionales que eventualmente hayan de conocer de algún recurso contra la resolución. De ahí que en consecuencia, la principal función de la motivación actividad sea actuar como autocontrol del juez sobre la racionalidad jurídica de la decisión y sobre su aceptabilidad (Colomer Hernandez, 2003, p.46).

De igual forma, sostiene Colomer Hernandez que la motivación en la dimensión de actividad, el juez impone limitaciones ex ante en relación con el contenido de la decisión, en cierto sentido funciona como un autocontrol del propio órgano jurisdiccional, que no tomará una decisión que no pueda justificar. De ahí la gran trascendencia que tiene la motivación actividad, por cuanto constituye la operación mental del juez dirigido a determinar si todos los extremos de una decisión son susceptibles ser incluidas en la redacción de la resolución, por gozar de una adecuada justificación jurídica.

Bajo este entendido de motivación, se requiere un conocimiento previo de un modelo de justificación por parte del órgano jurisdiccional que va a emitir la decisión, toda vez, que éste debe tener conocimiento de las exigencias y requisitos para entender una sentencia como motivada, puesto que solo así podrá justificar adecuadamente su decisión.

5.1.4. Motivación como discurso

Hasta ahora, se ha pretendido manifestar que lo que se debe motivar es la decisión y que la decisión está contenida en la sentencia, teniendo esto claro, es entonces posible decir que la

sentencia es un discurso, porque entre sus finalidades, tiene la de ser transmitida. Justamente por ese carácter de acto de comunicación es que la sentencia debe respetar límites relacionados con su estructura y contenido. Y es por esto que la labor del intérprete de la sentencia es verificar que la justificación ha respetado esos límites, que por regla general, se refieren a juicios de hechos y de derecho sobre la decisión.

Estos límites mencionados, se refieren a que la motivación debe cumplir ciertas exigencias, que el autor Colomer Hernandez (2003), ha determinado, así:

1. La motivación no es un discurso libre, puesto que se exige como límite interno ciertos elementos tendientes a respetar las reglas jurídicas existentes dentro del ordenamiento. Y como límite externo, estará el ámbito de aplicación, esto es, las cuestiones que pueden ser tratadas o no.
2. La motivación es un discurso finito, en cuanto existe una imposibilidad para el juez de pronunciarse superando el objeto debatido, no puede excederse
3. La motivación es un discurso cerrado y atemporal, puesto que una vez realizada la motivación se desprende de su autor, haciendo que una vez efectuada deba estar completa y cumplir con todos los requisitos de justificación, y además deberá incluir requisitos como los hechos presentados por las partes y las normas aplicables al caso.

5.1.5. Concepto de motivación en Colombia. Apuntes jurisprudenciales

Después de abordar el concepto de motivación, a partir de las tres dimensiones o perspectivas mencionadas, es oportuno traer a colación lo que ha entendido la Jurisprudencia colombiana por motivación, y que ha marcado una línea frente a los funcionarios jurisdiccionales, de cómo éstos deben abordarla en nuestro ordenamiento jurídico al momento de emitir sus decisiones y administrar justicia.

La Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, al analizar la causal prevista en el numeral 8º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, intentó desarrollar como el deber de motivar las sentencias judiciales hace parte del derecho fundamental al debido proceso, qué se entiende por motivación y qué papel juega dentro del ordenamiento jurídico. En este sentido ha sostenido esta Corporación que:

En cuanto a la evolución del deber de motivar las sentencias como se ha presentado en el Derecho español, que tanta influencia ha ejercido entre nosotros, (...) se generalizó el deber de motivar las sentencias, lo cual obedeció a distintas razones, entre ellas las de carácter político, porque un régimen más amplio tiende a que los actos de los órganos del Estado no sean una cruda imposición, sino un mandato justificado y razonado. Pero más decisivo es el imperativo de intentar, por medio de la motivación, dar un testimonio público de la aplicación del derecho vigente, sobre todo por ser un derecho de nueva implantación que suponía, en cierta medida, una ruptura con el orden jurídico anterior. También se hallan razones de carácter técnico jurídico, como el hacer viables las impugnaciones ante los superiores, en especial para el recurso extraordinario de casación.

La Corte en esta sentencia realiza un recuento histórico, pasando desde la concepción de motivar las sentencias para la época de la antigua Roma, luego para la edad media y posteriormente concluye que, en todo caso la influencia más marcada de esta obligación viene dada con la Revolución Francesa, cuando se entendió que la ley era un producto de la voluntad soberana del pueblo y existía una necesidad de sujeción del Juez al imperio de la Ley. Éste recuento histórico se verá con mayor detenimiento en un apartado posterior de este capítulo, sin embargo era importante tener claro que no siempre motivar las sentencias tuvo una misma concepción, y que su desarrollo como obligación impuesta a los órganos jurisdiccionales es reciente, tal como lo reconoce la Corte.

Adicionalmente, ha sostenido esta Corporación que:

...Es de señalar que en Colombia son más bien escasos los estudios específicos sobre el deber de fundamentar las decisiones judiciales. Así, el profesor Tulio Enrique Tascón escribía en 1934 a propósito del artículo 161 de la constitución que esta exigencia obedece a la necesidad de evitar la arbitrariedad de los Jueces: ellos en sus fallos deben exponer las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión, así como la apreciación que hacen de las pruebas aducidas y de los alegatos presentados por las partes. Esto mismo dispone el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, en donde está la disposición, pero no en la Constitución, por ser cuestión reglamentaria (Corte Superior de Justicia de Colombia, 1934)..

También se manifestó por la Corte la importancia de la motivación en razón a sus funciones:

...Una de las funciones capitales que cumple el deber de fundamentación, consiste en mostrar la manera en que la sentencia judicial condensa en si misma cómo encajan todas las piezas del ordenamiento, es decir la manera que ellas justifican su razón de ser.

...De esta manera, el deber de motivar las decisiones judiciales, en cuanto muestra la manera de ejercer la autoridad, hace visible la decisión y se erige en un componente esencial del debido proceso, pues en el Estado Social de Derecho a todo poder creado le corresponde un control como su correlato necesario, en lo cual va envuelta la legitimidad del sistema jurídico.

...Como ya se anticipó, en el plano doméstico la exigencia de motivación hoy no aparece de modo explícito en la Carta Política; no obstante, subyace en el derecho fundamental el debido proceso que el juez de cuenta acerca de cuáles son las premisas normativas a cuyo amparo prodigó la decisión. En ese primer cometido, corresponde al juez asumir compromisos argumentativos sobre la vigencia de la norma, de su validez formal y axiológica, así como sobre la posición que ella ocupa en el ordenamiento jurídico. Pero

ahí no culmina el juez su labor o, pues además debe seleccionar el conjunto de premisas fácticas, que a manera de proposiciones acerca de la realidad, tienen la pretensión de ser aceptados como verdaderas, para lo cual ha de mostrar el soporte probatorio mediante la disección de las pruebas y la explicación del mérito de convicción que ellas merecen separadamente y en su conjunto, así como de la correspondencia entre las fórmulas normativas, los hechos probados y la consecuencia que de ellos se desprende. Si esta exigencia no es atendida cabalmente, se resiente el derecho fundamental al debido proceso, pues, como es sabido y aceptado, la afirmación de existencia de los hechos, con pretensiones de verdad, debe ajustarse a las pruebas lícitas y oportunamente producidas en el juicio.

... Es menester registrar que el deber de motivar las decisiones no se satisface con la expresión objetiva de las razones que acompañan la resolución, sino que, desde una perspectiva constitucional, se impone hurgar con mirada penetrante si esa motivación satisface o no las actuales exigencias constitucionales.

Lo anterior, demuestra como la Corte Suprema de Justicia ha adoptado completamente la tesis de la motivación de la sentencia como parte del debido proceso, y por ende, como derecho constitucional, a pesar de no estar de manera taxativa en la Constitución.

Adicional, la Corte señala qué se entiende por motivación, sosteniendo que todo Juez o Tribunal deberá indicar además de las razones de hecho y de derecho que lo llevaron a tomar su decisión, la vigencia de la norma a aplicar, su posición dentro del ordenamiento jurídico, su validez formal y axiológica, las premisas fácticas y su soporte probatorio, y la explicación del mérito de convicción que las pruebas merecen. Indica además esta Corporación, qué se entenderá no motivada una sentencia solo cuando se omita total o radicalmente su argumentación, es decir, no se trata de parcialidades. Además siempre que se deba elegir entre

un variado número de posibilidades se deberá indicar las razones, métodos y caminos elegidos para haber optado por determinada decisión.

De igual forma, manifiesta el doble papel que cumple la motivación, es decir, no solo como obligación constitucional, sino además, como control a la actividad del Juez dentro de un Estado Social de Derecho.

Por otro lado, se encuentra como la Corte Constitucional también ha hecho pronunciamientos acerca de la motivación de la sentencia, así pues, ha sostenido que:

... La actividad de dictar justicia, tarea encomendada a la administración de justicia, no supone la mecánica e irreflexiva aplicación de la norma al caso concreto. Por el contrario, exige del juez una labor hermenéutica que de sentido a la norma y, a partir de ello, considere la situación fáctica. Para la realización de este ejercicio hermenéutico, el juez ha de estar rodeado de algunas garantías, que corresponden a su independencia (pretensión de neutralidad y ausencia de inherencias horizontales-frente a las otras ramas del poder) y autonomía (ausencia de inherencias verticales-libertad frente al superior), que han tenido consagración constitucional apropiada.

A la par de la necesidad de las garantías de independencia y autonomía judicial, que se resumen en que únicamente está sometido al imperio de la ley (C.P. art. 230), es decir, al derecho, debe observarse que tales garantías no constituyen fines en si mismos, sino que fungen como medios para lograr fines superiores: "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución" (C.P. art. 2). (...) La "efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución", constituyen el parámetro de la actuación legítima de los poderes públicos.

Así las cosas, resulta evidente que la labor de los jueces al interpretar el derecho para aplicarlo al caso concreto, si bien supone que sea realizada de manera autónoma, no puede convertirse en patente de corzo para aplicar cualquier interpretación posible. El

sistema jurídico, en sus distintos niveles, impone restricciones a las interpretaciones posibles, de suerte que resulta relativamente sencillo distinguir entre las correctas y aquellas que no satisfacen dicho requerimiento.

En igual sentido, en otra oportunidad el Alto Tribunal Constitucional manifestó:

La función del juez radica en la definición del derecho y uno de los principios en que se inspira reside en el imperativo de que, sin excepciones, de sus providencias están clara y completamente motivadas. La obligatoriedad e intangibilidad de las decisiones judiciales proviene de la autoridad que les confiere la Constitución para resolver los casos concretos, con base en la aplicación de los preceptos, principios y valores plasmados en la propia Carta y en las leyes, y de ninguna manera emanan de la simple voluntad o de la imposición que pretenda hacer el juez de una determinada conducta o abstención, forzosa para el sujeto pasivo del fallo. De modo que toda sentencia debe estar razonablemente fundada en el sistema jurídico, mediante la aplicación de sus reglas a las circunstancias de hecho sobre las cuales haya recaído el debate jurídico surtido en el curso del proceso y la evaluación que el propio juez, al impartir justicia, haya adelantado en virtud de la sana crítica y de la autonomía funcional que los preceptos fundamentales le garantizan.

Así, una cosa es el margen de interpretación y razonamiento que tiene todo juez al proferir sus providencias, y otra bien distinta la arbitrariedad que pudiera permitirle resolver sin hacer explícito el porqué de su resolución.

5.2. La racionalidad como requisito de la motivación

5.2.1 Racionalidad y razonabilidad

La racionalidad cumple un papel fundamental al hablar de motivación, toda vez, que se manifiesta como un requisito y límite de la actividad del juzgador, es así que, todo juez, al tener

cierto grado de libertad para la toma de decisiones debe justificar la decisión en términos jurídicos, exigiéndosele justificar la racionalidad y la razonabilidad de su decisión.

Toda motivación judicial deberá justificar la racionalidad jurídica de la decisión, esta racionalidad tiene relación con que la decisión pueda identificarse con la legitimidad de la opción, es decir, exige una solución jurídicamente aceptable. Por otro lado, la razonabilidad de la decisión se refiere a la elección valorativa realizada entre las varias opciones legítimas (Colomer Hernandez, 2003, p.174).

5.2.2 Racionalidad de la Motivación

5.2.2.1 Racionalidad formal y material

Existen multiplicidad de significados de racionalidad (Colomer Hernandez, 2003, p.162), que no es necesario abordar en este escrito, sin embargo se hace importante ubicarnos en el plano de la racionalidad jurídica para entender la racionalidad que se le exige a la motivación. En este aspecto se hace importante distinguir entre la racionalidad formal y material.

De la anterior distinción parte Colomer, quien sostiene que

La racionalidad formal o con arreglo a fines, se caracteriza porque el carácter racional de la actuación de un sujeto viene condicionada por los medios, fines y consecuencias (...), y es por esto que una actuación será racional en cuanto responda a los fines perseguidos, utilice adecuadamente los medios previstos y se dirija a obtener las consecuencias naturales de su actuar (Colomer Hernandez, 2003, p.164).

Por otro lado, "la racionalidad material o con arreglo a valores se caracteriza por el hecho de que la acción del sujeto se realiza sin tomar en consideración ninguna clase de circunstancia ajena al valor que la justifica." Y "solo podrá ser calificada como racional o irracional. (Colomer Hernandez, 2003, p.164).

Pues bien, tanto la racionalidad formal como la material, son predicables de toda actuación jurídica, y por ende de la actividad judicial, sin embargo, si hablamos de la sentencia como resultado de esa actividad, tendremos que aceptar que se trata principalmente de la racionalidad formal o con arreglo a fines, puesto que, será medible en términos de mayor o menor racionalidad según el grado de cumplimiento de los fines, procedimientos y consecuencias buscados dentro del proceso (Colomer Hernandez, 2003, p.164) Es decir, la sentencia será más o menos racional dependiendo del grado de cumplimiento de dichos fines.

Para ser más claros, la sentencia será racional cuando la decisión allí tomada, este justificada y sea dada válidamente según lo que se dispone en el ordenamiento jurídico. Lo que significa, que el juez deberá cumplir con todos los requisitos y exigencias dados por ley, y que la racionalidad de la sentencia viene determinada justo por ese cumplimiento. En otras palabras, la racionalidad de la decisión judicial para resolver un conflicto estará supeditada al respeto por los procedimientos legales establecidos y por el respeto al principio de sumisión a la Ley (Colomer Hernandez, 2003, p.173).

Lo anterior, demuestra la relación existente entre motivación y fallo, en tanto la justificación racional solo versará sobre la decisión tomada. Es por esto, que se sostiene, que entre ambos conceptos debe existir una total sintonía, y que solo en la medida en_ que la racionalidad de la motivación se corresponda con la decisión judicial es que se logrará verificar que el juzgador no se ha extralimitado en sus decisiones (Colomer Hernandez, 2003, p.170). En esta línea de ideas se puede sostener, que "una decisión será racional cuando sea a su vez racional el procedimiento y los criterios con los que el juez pueda lograr la decisión más racional según el contexto dado, o bien, cuando la decisión se derive de razones válidas de hecho y de derecho" (Colomer Hernandez, 2003, p.170)

Es así, como se han enunciado las situaciones en las que no se corresponde la motivación y el fallo, y en las que por ende faltaría la racionalidad de la motivación por la falta de sintonía entre ambas, estas situaciones son: "1. Que el discurso motivador no justifique todos los elementos de la decisión. 2. Que el discurso justifique algo diverso a lo contenido en el fallo 3. Que el discurso justifique la totalidad del fallo y otros aspectos no incluidos en él"(Colomer Hernandez, 2003, p.169)

5.2.2.2. Justificación racional de la decisión

Al hablar de la racionalidad de la motivación, es inevitable hacer hincapié en que la motivación, como se sostuvo previamente, es una justificación de la decisión jurisdiccional, la cual, tiene la condición de ser racional, por lo que a su vez, no hay duda de que la motivación también tiene que cumplir el requisito de la racionalidad. Teniendo esto por sentado, es importante mencionar que respecto a la racionalidad de la motivación, pueden distinguirse, dos concepciones: una racionalidad que atiende a la finalidad, y otra, una racionalidad justificativa. Según la primera de estas, se ha establecido, que será racional toda motivación que sea capaz de hacer parecer justificada la decisión, de modo que consienta el necesario control externo, por parte de terceros, sobre el fundamento racional; y según la visión justificativa, la racionalidad está en función de la validez de los argumentos, así como de la complitud de la justificación con relación a la decisión adoptada. Sin embargo, ambas concepciones se encuentran identificadas dentro de la racionalidad de la justificación, ya que, para que una motivación sea racional no basta con que e posibilite un control externo del fundamento racional de la decisión, sino que además, deberá utilizar argumentos de justificación racionales. Es decir, el deber de motivar racionalmente la decisión judicial abarca, la obligación formal de justificación y el contenido material de la misma, que sería una explicación jurídicamente válida, por lo tanto, la racionalidad de la motivación es una racionalidad que cumple con una adecuada

justificación que satisface el derecho de los litigantes y de la sociedad a una resolución motivada y fundada en derecho (Colomer Hernandez, 2003, pp.174-175).

En este entendido, estableció Taruffo, que

...lo que se le exige al juez cuando se le impone la obligación de motivación, es suministrar una *justificación racional* de su decisión, es decir, desarrollar un conjunto de argumentaciones que hagan que su decisión resulte justificada sobre la base de criterios y estándares intersubjetivos de razonamiento. Si se acoge, como parece necesario, Esa concepción <legal-racional> de la justicia, (...) con referencia a ordenamientos que están marcados por el principio de legalidad, resulta evidente que la motivación de la sentencia consiste precisamente en un discurso justificativo en el que el juez enuncia y desarrolla las buenas razones que fundamentan la legitimidad y la racionalidad de la decisión. Desde este punto de vista, el razonamiento del juez resulta bastante complejo y heterogéneo sobre el plano cualitativo, al estar formado por tres partes principales: a) el razonamiento decisorio, por medio del cual el juez llega a la formulación (o descubrimiento) de la decisión; b) la formulación de la decisión de hecho y de derecho; c) la justificación de la decisión por medio de argumentaciones racionales" (Taruffo, 2009, p.520)

Por último, este autor establece que hay una diferencia importante entre lo que se entiende por razonamiento del juez y lo que constituye el contenido del pronunciamiento jurisdiccional, ya que el primero se articula en los tres aspectos mencionados en el párrafo anterior, mientras que el segundo, el pronunciamiento jurisdiccional, sólo incluye la enunciación de la decisión y la indicación de las razones que justifican dicha decisión (Taruffo, 2009, p.520).

En ese pronunciamiento jurisdiccional, el juez sabe que debe, naturalmente, motivar racionalmente su propia decisión, por lo tanto, para racionalizar sus procedimientos de

descubrimiento, se verá inducido a utilizar criterios e inferencias racionales en este procedimiento que lo lleva a formular su decisión final (Taruffo, 2009, p.521). Por lo tanto:

...la obligación de motivación puede tener efectos apreciables en el sentido de inducir al juez a razonar, más que a decidir sobre la base de factores arbitrarios, causales o caprichosos. Por otro lado, al redactar la motivación el juez podrá utilizar los criterios y las inferencias racionales que puede haber usado en el curso del iter de formulación de la decisión, entre otras razones, porque esto le permite ahorrar tiempo y energía. Se podría decir, que entre más racional es el razonamiento decisorio, más fácil es desarrollar el racionamiento justificativo (Taruffo, 2009, p.521)..

Para concluir este tema, se hace de suma importancia hacer alusión al autor Maximiliano Aramburo, quién plantea que una estructura lógica fundamental de la justificación racional de la decisión judicial, es aquella construida a partir de cuatro elementos: "(a) la verdad o falsedad de los hechos principales del caso, (b) la interpretación de los enunciados normativos, (c) la calificación jurídica del supuesto de hecho, y (d) las consecuencias que se derivan de encontrarse fundamentadas o no las pretensiones." (Aramburu, 2011, p.1433).

Esta estructura lógica fundamental, constituye la base esencial de la justificación racional de la decisión judicial, y no un modelo único de la decisión, ni de la motivación (el cual no es existente), pero al menos conforman una red de pautas que guían el actuar del juez, ya que es a éste a quien se le traslada la responsabilidad del uso de razón en los sistemas jurídicos, responsabilidad que se ha desplazado desde la creación a la aplicación del Derecho, esto es del legislador a los órganos jurisdiccionales (Aramburu, 2011, p.1433)..

5.3. Obligación de motivar las resoluciones judiciales

5.3.1. Apuntes históricos

Ahora bien, el deber de motivar las sentencias judiciales no fue siempre concebido como se presenta en los actuales sistemas jurídicos, sino que su origen y evolución se corresponde con un desarrollo histórico en diferentes Momentos de la humanidad, de los cuales pueden destacarse tres principalmente.

El primero de ellos, es en la antigua Roma, en donde las decisiones judiciales no requerían ser justificadas, ni razonadas, sin embargo, no existe una opinión unívoca sobre el tema, para algunos autores como Scialoja (Alliste Santos, 2001, p.42). en la época romana no existió nunca esa obligación, ni siquiera mención alguna sobre la motivación de la sentencia.

En esa misma línea, Osvaldo Alfredo Gozani (2004), sostiene que debido a la forma en la que se daban los fallos, esto es, bajo una jurisprudencia oracular, no estaban obligados los juzgadores a indicar la *ratio decidendi*, entendiendo que esta actividad era propia de la nobleza y de los altos rangos sociales, y la legitimidad y validez dependían del prestigio social únicamente. Pero por otro lado, algunos otros autores como Marrone sostienen que a pesar de no existir una norma explícita que obligará al juez a motivar las sentencias, si existía una obligación implícita. Dicho autor sostiene esta tesis, ya que al hacer un análisis sobre los testimonios (documentos y demás datos históricos) obtenidos de la época, se puede concluir que debido a que la escogencia del juez era de común acuerdo entre las partes y que había una necesidad de que se dictara sentencia sólo sobre lo probado dentro del proceso, hacen pensar que existía una obligación implícita, y que se evidencia, en que las decisiones de la época no reflejaban una decisión arbitraria y caprichosa, sino más bien, un actuar conforme a lo presentado y obtenido dentro del proceso (Alliste Santos, 2001, p.44). .

Sin embargo, pese a estas inferencias hechas por Marrone, la mayoría de los" autores concluyen que no existía una obligación de motivación de las decisiones judiciales en la época de la antigua Roma.

Un segundo momento, es en la Edad Media, en donde surgió el derecho Justiniano, según el cual, existía una necesidad de citar los brocárdicos latinos (Alliste Santos, 2001, p.44), que eran los que aportaban las razones de la sentencia. Es decir, bastaba indicar esas proposiciones, y no se requería entonces de una motivación o justificación (Colomer Hernandez, 2003, p.65).. Sin embargo, se encuentra que durante esta época, en distintos países comenzaron a surgir manifestaciones a favor de la motivación, ya que se evidenciaba el creciente papel que iban adquiriendo los jueces como factores de expresión de poder y creadores del derecho, a pesar de esto, no se hacía obligatorio que sus decisiones fueran motivadas, debido a que ellos eran concebidos como representantes del rey o del príncipe, y las decisiones de éstos, por el esquema de poder de la época, era lógico que no fuera necesario justificarlas (Llviamil Portilla, 2004, p.26)..

Por último, nos encontramos con un tercer momento, en el que existe un consenso respecto a que el origen de la obligación de motivar las sentencias judiciales, surge a partir del año 1789 con la Revolución Francesa y la entrada del reconocimiento de la Ley como voluntad soberana, que trajeron como consecuencia, una búsqueda por limitar la actividad del ente juzgador. Por esto, la motivación a partir de ese momento se introdujo como un requisito necesario de la forma y contenido del pronunciamiento judicial.

Establece Taruffo (2009) que,

...la motivación de la sentencia se convierte en objeto de una obligación impuesta al juez por reglas generales a partir de 1790, es decir, a partir del momento en el que la legislación revolucionaria en Francia pone fin a los sistemas judiciales del *ancien régime* y pone las bases para la concepción moderna del proceso judicial y de la función del juez. (...) En los códigos decimonónicos, y en consecuencia también en los del siglo XX, la obligación de motivación se convirtió así en una constante, configurándose la motivación como un requisito necesario de forma y contenido del pronunciamiento jurisdiccional.

Pasada la segunda Guerra Mundial, la obligación de motivar las sentencias se convierte no solo en una regla técnica, si no en una garantía fundamental, hoy día, introducida en diferentes ordenamientos jurídicos, a nivel constitucional. Encontramos como se ha afirmado que

...hay en la reciente historia de la institución un momento de gran importancia que se ubica en los años posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial: se trata del momento en el que la obligación de motivación de las sentencias deja de ser únicamente una regla -por decirlo así- de carácter técnico, y se convierte en objeto de una garantía fundamental de la administración de justicia (Taruffo, 2009, p.515)..

Es así, como actualmente se concibe el deber de motivar las resoluciones judiciales como una obligación de arraigo constitucional en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, por no mencionar que en todos. Actualmente, vemos como la consagración de la obligación de motivar se encuentra estipulada en normas procesales ordinarias pero también en normas constitucionales relativas al funcionamiento de la administración de justicia; esta doble regulación sobre la obligación de motivar se refleja igualmente en la existencia de un doble nivel de funciones atribuido a la motivación (Aramburu, 2011, p.1436). y que se abordará en el próximo capítulo.

5.3.2. Obligación de motivación en Colombia

El ordenamiento jurídico colombiano, aunque tardíamente, no fue ajeno a dichos cambios históricos, y se estableció, por primera vez, en la Constitución de 1886 en su artículo 161 el mandato constitucional de motivar toda decisión judicial.

Sin embargo, con la constitución de 1991 no se hace referencia expresa a la obligación de motivación, sin que ello signifique la desaparición del respectivo mandato, pues de conformidad con el artículo 29 y el artículo 228 sobre el debido proceso y la tutela judicial efectiva, respectivamente, se ha hecho hincapié en la obligación de motivación como garantía y forma de protección de estos dos derechos.

Adicional a ello, se encuentra consagrado en el artículo 8.1 de la convención americana sobre derechos humanos, la obligación de motivación, como garantía judicial. Es decir, en una norma de carácter supranacional que ingresa a nuestro ordenamiento a través del bloque de constitucionalidad, podemos encontrar dicha regulación que les impone la carga a los jueces de argumentar justificadamente sus decisiones.

Así mismo, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, incluyó la mencionada obligación, en su artículo 55, según el cual:

Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales.

La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras: Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

La pulcritud del lenguaje; la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y Jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios.

De igual manera, encontramos que, la obligación de fundamentar las decisiones judiciales ha sido consagrada en la legislación ordinaria, así pues, en el Código de Procedimiento Civil, los artículos 187 y 304, consagran lo siguiente:

ARTÍCULO 187. APRECIACION DE LAS PRUEBAS. “Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir de lo de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo 627”. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

ARTÍCULO 304. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. “Artículo modificado por el artículo 1, numeral 134 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: ” En la sentencia se hará una síntesis de la demanda y su contestación. La motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley"; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este Código.

La redacción de toda sentencia deberá iniciarse en folio que no contenga actuación alguna ni escrito en las partes, y de ella se dejará copia en el archivo de la secretaría.

También el Código General de Proceso introdujo ambos artículos, cambiando su numeración por los artículos 176 y 280 (Código de Procedimiento Civil – Colombia), respectivamente. Esto solo con el fin de enunciarlo, toda vez, que no existe ningún cambio de fondo respecto a estos dos artículos en la nueva legislación.

Por otro lado, ha dicho el Consejo Superior de la Judicatura señalado por Villamil Portilla (2004), que la exigencia de motivar las sentencias se encuentra como obligación fundamental dentro de un Estado Social de Derecho que pretende salvaguardar los intereses de los ciudadanos, no pudiendo quedar el Juez en una posición de ventaja sobre los interesados.

Es decir, existe la obligación de garantizar la protección de los ciudadanos con respecto al poder del Juez, por eso el artículo 33º de la Constitución de Colombia, establece que la

soberanía reside en el pueblo y de ahí emanan los poderes públicos y el artículo 40, establece el poder político ejercido por los ciudadanos.

Por lo anterior, es que los ciudadanos tienen la facultad de impugnar las decisiones tomadas por el Juez, la motivación que éstos hagan de sus decisiones es controlada por el pueblo, a nombre de quien se dictan y este control ejercido por la sociedad se manifiesta como un límite al poder jurisdiccional, obligando a los jueces al cumplimiento del mandato de sujeción al imperio de la ley.

5.3.3. Importancia de la obligación de motivación

En torno a la obligación de motivación, se ha desarrollado por la doctrina, una serie de conceptos que cabe mencionar, porque con ellos se resalta la importancia de la motivación en los ordenamientos jurídicos democráticos de la actualidad, y a partir, de esta garantía constitucional que se ha convertido la motivación de las resoluciones jurisdiccionales, se desarrollará posteriormente todos los demás temas abordados en este escrito.

Según Ignacio Colomer, la obligación de motivación impuesta a los jueces de justificar sus decisiones es considerada como una "garantía instrumental de las garantías estructurales de la jurisdicción", como lo establece Ignacio Colomer.

...en la actualidad la exigencia de justificación de la decisión jurisdiccional es un principio constitucional común en los países de nuestro entorno, ya que tras el paso del Antiguo Régimen al Estado liberal, y posteriormente al Estado democrático de derecho, la obligación de motivar las decisiones judiciales se ha convertido en uno de los pilares esenciales de una jurisdicción democrática. (...) y así la motivación se configura como una característica ineludible de la jurisdicción o, más en concreto, del resultado de la actividad jurisdiccional (las sentencias), siendo de esta manera una garantía de la responsabilidad, independencia y sumisión a la ley predicables de todo juez o magistrado (Colomer Hernández, 2003, pp. 72-73).

Es así, como se ha explicado que esta obligación de motivación de las decisiones, impuesta a los jueces, garantiza en un Estado de derecho, la sumisión de los funcionarios jurisdiccionales a la Ley. Se ha afirmado respecto a esto que "los jueces no cumplen con esta obligación de motivar las sentencias por el mero hecho de redactar formalmente una motivación de sus decisiones, sino que esta justificación ha de ser racional y lógica como garantía frente a un uso arbitrario del poder por parte de los órganos jurisdiccionales." (Colomer Hernandez, 2003, pp.976)

5.3.4 La Obligación de motivación entendida como derecho del justiciable y obligación del juzgador

De acuerdo a lo anterior, se ha establecido que la motivación de las sentencias tiene un doble reconocimiento, el primero de ellos, el motivar como una obligación, y el segundo como derecho de obtener una decisión justificada, es decir, existen dos dimensiones, una como obligación (a la cual se ha referido en los apartes anteriores) y otra como derecho. Para desarrollar esta idea, Colomer realiza la siguiente distinción

➤ Motivación como derecho del justiciable

Este punto se refiere a la dimensión del derecho que tienen los justiciables a que las providencias judiciales sean motivadas. Quiere decir, que estamos ubicados en el plano de los destinatarios de las sentencias, y tiene relación con el derecho a la tutela judicial efectiva que tiene toda persona de acceder a la administración de justicia y a que su decisión sea tomada conforme a derecho. Dicho derecho a obtener una decisión justificada, se ve satisfecho en la medida en que exista la facultad para la tutela y defensa de los derechos, por esto, se ha reconocido que existe la facultad de impugnar la decisión y presentar recursos, manifestándose en un control que ejerce el particular, o el interesado sobre la actividad del juez (Colomer Hernandez, 2003, p.976).

➤ **Motivación como obligación de los juzgadores**

En esta dimensión se parte de quienes se encuentran obligados a cumplir con la carga de la motivación, es decir, los jueces. Esta obligación tiene relación principalmente con la concepción de un Estado social de Derecho, en donde, se protege a los ciudadanos del poder abusivo del juez, y en el que se les garantice que las decisiones que les conciernen serán tomadas con pleno cumplimiento de las exigencias constitucionales, entre las que se encuentra motivar la decisión.

Así mismo, se ha dicho que esta garantía de motivar las sentencias cumple tres exigencias: "no ser arbitraria, estar sometida a la ley y poder ser objeto de control." (Colomer Hernandez, 2003, p.96).

Para la primera de ellas, la relacionada con evitar la arbitrariedad, tiene importancia en cuanto, al exigirle al juez que realice una motivación suficiente se le está garantizando al particular que la decisión tomada no corresponde a la mera arbitrariedad y uso desmedido del poder, por tal razón, se le exige una justificación lógica y racional de su decisión, en la que se pueda ver con claridad los criterios jurídicos empleados para la obtención de determinada decisión.

La segunda, la que tiene que ver con la sumisión del Juez a la ley, es clave para identificar y establecer si el Juez en sus decisiones tuvo pleno sometimiento a las disposiciones legales establecidas, sin sobrepasar los límites impuestos por ésta. Así se sostiene que

...de donde se deduce que la sumisión a la ley del juzgador es el elemento racionalizante por excelencia respecto de su actuación; y por esta razón la motivación ha de exteriorizar adecuadamente que la decisión judicial se encuentra respaldada por una fundamentación racional, que en todo caso, habrá de ser una justificación legítima desde un punto de vista jurídico, lo que significa en definitiva que la motivación acredite de manera clara e indubitada que la decisión es el resultado de una exégesis, y aplicación racional de la ley."(Colomer Hernandez, 2003, p. 99)

Para finalizar, una tercera exigencia de la motivación, está relacionada con la restricción de los derechos fundamentales, puesto que las partes o los órganos jurisdiccionales superiores, realizan una actividad de control de las restricciones de los derechos fundamentales que los jueces adoptan a lo largo de los procesos, atendiendo a la motivación desarrollada por éste. Quiere decir esto, que existe la obligación para el Juez de motivar cualquier resolución que limite o restrinja derechos fundamentales (Colomer Hernandez, 2003, pp.95-103).

5.4. Motivación como garantía constitucional

5.4.1 Protección a Derechos Fundamentales

Con anterioridad se dijo que motivar las sentencias, se entiende como una garantía constitucional, que busca salvaguardar los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, ambos derechos de rango constitucional.

A este respecto, se hace importante señalar lo que ha entendido la Corte Constitucional, sobre la protección de estos derechos que la motivación de la sentencia realiza, así se ha sostenido que:

...la falta de justificación de las premisas causa una violación de los derechos fundamentales. En efecto, la falta de motivación de las providencias judiciales interfiere en el carácter de función pública que la Constitución le asigna a la administración de justicia (art. 228, C.P.) y, al mismo tiempo, afecta el derecho de toda persona al debido proceso" (Corte Constitucional de Colombia).

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación sostuvo que:

...resulta indiscutible que la motivación de las sentencias es inherente al debido proceso, lo cual a su vez explica la ineficacia de un fallo en que no se ha cumplido la perentoria obligación de poner al descubierto las razones de la decisión, para permitir el examen público de ellas y el ejercicio de los controles que el ordenamiento tiene establecidos. La lealtad en la exposición abierta de las razones para adjudicar el derecho, a su vez permite

ver todo el sistema en operación, así como denunciar sus propias fisuras a fin de auspiciar la protección de las garantías básicas y legitimar la democracia. Por lo demás, una actitud discursiva y abierta al diálogo del proceso, es un presupuesto metodológico para el hallazgo de la verdad.

Con lo anterior, se evidencia como la Corte Constitucional establece que se da una vulneración del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, con la falta de justificación de las resoluciones judiciales.

5.4.1.1 Motivación como parte integrante del Derecho al Debido Proceso.

En primer lugar, para entender que implica que la motivación proteja el derecho fundamental al Debido Proceso, se indicara lo que se ha entendido por éste en la jurisprudencia constitucional.

La Corte Constitucional ha definido lo que se entiende por debido proceso, así:
El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo "a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

...el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad. Pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos.

De manera general, hacen parte de las garantías del debido proceso: a) El derecho a la jurisdicción. Que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las

decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo (Corte Constitucional de Colombia)

Lo anterior, evidencia, que dentro del macro-derecho al debido proceso se desprende la obligación de la motivación de las decisiones judiciales, como una garantía del mismo, que lleva arraigada además la importancia de la independencia del juez, de la sujeción de éste a la Ley y al ordenamiento jurídico; y del control que se ejerce mediante la impugnación por órganos jurisdiccionales superiores a sus decisiones.

A propósito del tema, la Corte también ha dicho que:

...la necesidad de motivación de los fallos garantiza que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico previsto, lo cual, en ultimas, contribuye al respeto del debido proceso, pues fomenta que nadie sea 'juzgado sino conforme las leyes preexistentes al acto que se le imputa' (Art. 29 C.P.). En esos términos, la motivación de los actos jurisdiccionales constituye pilar fundamental en el esquema de proscripción de la arbitrariedad judicial y garantiza, como ninguna otra herramienta, la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control de la providencia. (Corte Constitucional de Colombia)

Además, resulta relevante destacar que,

...una característica esencial de la función jurisdiccional se encuentra en el imprescindible sometimiento de la actividad jurisdiccional a los dictados de la ley, de modo que la motivación es el principal instrumento para verificar que las decisiones judiciales se dictan con sometimiento a la ley y al ordenamiento Jurídico. (Larenz, 1994, p. 226).

lo que la hace entender como una garantía frente a esta función jurisdiccional y en consonancia como garantía del debido proceso.

5.4.2 Motivación como parte integrante del Derecho a la Tutela judicial Efectiva

Respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, se ha establecido que la motivación se erige como una garantía que busca salvaguardarlo en nuestro ordenamiento jurídico. Se hace importante precisar el contenido de este derecho fundamental, para la cual se remite a lo que ha definido la Corte Constitucional, en la Sentencia C-426/02:

El artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.

...Según lo ha venido señalando esta Corporación, el derecho de acceso a la administración de justicia constituye un pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho, en cuanto contribuye decididamente a la realización material de sus fines esenciales e inmediatos como son, entre otros, los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas.

...Por razón de su vinculación directa con el debido proceso y con otros valores constitucionales como la dignidad, la igualdad y la libertad, el acceso a la administración de justicia se define también como un derecho medular, de contenido múltiple o complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: (...) (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo entorno a las pretensiones que han sido planteadas (...) (V) el derecho

a que subsista en el orden jurídico una cama amplia y suficiente de mecanismos judiciales- acciones-recursos-para la efectiva resolución de los conflictos.(Corte Constitucional de Colombia)

A partir de esta sentencia se puede reiterar como la motivación se erige como una garantía constitucional de gran relevancia en nuestro ordenamiento, tanto así, que la misma se considera como un derecho de los justiciables al momento de acceder a la jurisdicción, esto fue enunciado por la Corte cuando manifiesta que la tutela judicial efectiva compromete el derecho a que un proceso concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones planteadas, y esta decisión no es más que una justificación racional de los argumentos de hecho y de derecho que el juez esgrime en su resolución.

SUB CAPITULO VI

LOS VICIOS DE LA MOTIVACIÓN:

La doctrina ha clasificado los vicios de argumentación en tres, en el primero de ellos la ausencia o falta de motivación; el segundo, el defecto de la motivación; y el tercero el exceso de motivación. A continuación se desarrollara en que consiste cada uno de los defectos.

6.1. Ausencia o falta de motivación

Como su nombre lo indica, la ausencia de motivación se da cuando al tomar una decisión el juez no señala los motivos que tuvo para hacerlo, es decir no realiza una justificación de ellas razones de hecho y de derecho que lo llevaron. La Corte Constitucional ha desarrollado este tema y en consecuencia con lo que ha establecido esta corporación sobre la importancia de la obligación de motivación en nuestro ordenamiento jurídico como garantía a derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso y como límite a la arbitrariedad del poder de los operadores jurídicos, ha enunciado los casos en los que se está en una situación de falta o ausencia de motivación, así.

... una autorizada judicial incurre en una decisión sin motivación y, por consiguiente, desconoce el derecho fundamental mental al debido proceso de una persona, cuando la providencia judicial (i) no da cuenta de los hechos y los argumentos traídos por los sujetos vinculados al proceso, particularmente cuando resulten esenciales para el sentido de la decisión (ii) no justifica el motivo por el cual se abstiene de pronunciarse sobre ciertos temas o (iii) los despacha de manera insuficiente, bajo consideraciones retóricas o en conjeturas carentes de sustento probatorio o jurídico alguno (Corte Constitucional Colombia).

De igual forma, ha entendido la corte que “la falta de motivación es un defecto de las providencias judiciales cuando se adoptan sin justificación suficiente” (Sentencia 589, 2010, Corte Constitucional de Colombia).

La eficiencia se da cuando falta justificación interna y la justificación externa de la decisión, a diferencia se da cuando falta de justificación externa o carencia de justificación interna (este defecto de la motivación será abordado posteriormente).

Así es claro que la falta o ausencia de motivación de las resoluciones judiciales, deteniendo las normas que determinan su contenido es causa de infracción de las normas que se desarrollan los derechos que con esta se garantizan.

En efecto, en la sentencia C-037 de 1996, analizando la constitucionalidad del artículo 55 de la ley Estatutaria de Administración de Justicia, la Corte sostuvo que:

... no cabe duda que la más trascendental de las atribuciones asignadas al juez y la que constituye la esencia misma del deber constitucional de administrar justicia, es la de resolver, con imparcialidad, en forma oportuna, efectiva y definitiva los asuntos que los sujetos procesales someten a su consideración (Art.228C.P). *Para ello, es indispensable, como acertadamente se dice al inicio de la disposición que revisa, que sean analizados todos los hechos y asuntos planteados dentro del debate judicial e inclusive que se expliquen en forma diáfana, juiciosa y debidamente sustentada, las razones que llevaron al juez para desechar o*

para aprobar los cargos que fundamenten el caso en concreto (C-037, 1996-Corte Constitucional Colombia).

Se entiende entonces, que cuando el funcionario judicial no realiza lo enunciado y expuesto por la corte en el párrafo anterior, está incurriendo en el vicio de ausencia o falta de motivación. Sobre el particular, no se evidencia claramente que la Corte Constitucional defina de manera específica y completa lo que se entiende lo que se entiende por ausencia de motivación, sin embargo se evidencia que cuando esta ausencia es plausible dentro de una resolución jurisdiccional, este tribunal ha anulado dichos pronunciamientos en aras de salvaguardar el derecho al debido proceso, a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

Adicionalmente, esta corporación ha sostenido que, la comprobación de la ausencia de motivación de las decisiones judiciales está estrechamente ligada a la complejidad del asunto, a las materias alegadas y a los hechos del caso.

De esta forma, mientras que en algunos casos unas breves consideraciones bastaran para dirimir el caso; en otros es indispensable que el juez argumente de manera exhaustiva la decisión que va adoptar. En todo caso, siempre habrá de emitirse pronunciamiento sobre los asuntos entorno de los cuales gira controversia y si es del caso, aducir jurídica por la cual el fallador se abstendrá de tratar alguno de los puntos sometidos a su consideración (Sentencia 709, 2010, Corte Constitucional Colombia).

6.2. Defectuosa motivación

La defectuosa motivación puede darse por varias causas: (i) aparente motivación, (ii) insuficiente motivación. Todas estas causas han sido definidas por la doctrina como constituyente de un error en la motivación realizada por los jueces, no una ausencia absoluta de la misma, y con estas se da igualmente una violación a los derechos y garantías constitucionales mencionadas. Es así como estos vicios, son agrupados en esta clasificación, porque en ellos se da ausencia parcial de elementos que son indispensables en la justificación de la decisión

para entender esta completa y acorde a los lineamientos que se han impuesto como contenido indispensable de la motivación por la Jurisprudencia y la doctrina. A continuación serán abordados cada uno de estos:

6.2.1 Motivación Aparente

También es conocida como falsa motivación. La aparente motivación se presenta como actos jurisdiccionales a prima fundados, pero que, sino que procuramos en que es el caparazón de los mismos, sino que procuramos adentrarnos en la racionalidad y razonabilidad de la fundamentación, descubriremos que en verdad no tiene fundamento (Fernández, 1993, p.117). Así se refiere a sentencias que bajo una primera observación contienen razones que supuestamente sustentan la decisión, pero en realidad son razones aparentes, “pues no, se condecían con las circunstancias comprobadas de la causa, de acuerdo al derecho aplicable en la especies (Fernández, 1993, p.117)

En otras palabras, este defecto se da cuando la sentencia está fundada en juicios dogmáticos de modo que impiden conocer cuál es el éter del razonamiento, pues son adjetivaciones que pueden revelar un estado animo pero no son explicaciones de cómo se llegó a ellos, se está en presencia de una fundamentación aparente; no es posible verificar si la misma es correcta (Fernández, 1993, p.117).

No basta la remisión a normas, doctrina y jurisprudencia para que exista motivación, pues tal remisión puede ser incompleta al faltarle una fundamentación legal, e u incluso lógica, impidiendo a las partes del proceso de enterarse del éter lógico del razonamiento usado para llegar a la decisión. Esto, como ya se ha mencionado viola el derecho al debido proceso, a la defensa y en todo caso impide la finalidad de justicia del proceso (Fernandez, Guiari, Andreuet y Guirardi, 1993, p. 119).

Se pueden encontrar sentencias que a primera vista, se entienden motivadas sin embargo, como se mencionó, esta justificación resulte meramente aparente y al analizarse no pueda sostenerse

que la sentencia está fundada, pues se puede indicar normas que justifican la decisión ya demás puede existir una conclusión, pero que falten los términos en las cuales se da la aplicación a dichas normas en el respectivo caso, además de las razones por las cuales se extrae la conclusión, y no realice un actividad crítica e los hechos, solo existiendo una remisión genérica que no basta sustento de la sentencia.

La corte Constitucional no ha hecho una definición expresa de lo que se entiende por aparente o falsa motivación, sin embargo se puede evidenciar como en algunos de sus pronunciamientos a determinado que hay falsa motivación cuando existen argumentos incongruentes, o una línea argumentativa incoherente, así mismo, cuando no se le da valor probatorio a pruebas que si lo tienen . Ello se señala en la sentencia T- 456 de 2010 por Luis Ernesto Vargas Silva, ante La Corte Constitucional al resolver un caso de restitución de un bien inmueble arrendando determino que no había falsa motivación en la sentencia, aduciendo que” (...) ***la providencia atacada no carece de motivación ni presenta razonamiento incongruentes o una línea argumentativa incoherente frente a las excepciones presentadas o al valor probatorio de la comunicación mencionada. Por lo tanto, se desestima la existencia de defecto por falsa motivación en la decisión de 21 de julio de 2009, proferida por el juzgado 64 Civil Municipal de Bogotá***”. Con este último, se observa que existe también falsa motivación cuando “no hay ponderación crítica e los elementos probatorios que sirven de base a las conclusiones a las que arriba,” (Fernández. 1993, p. 120) es decir, cuando el juez no hace expresas las razones de certeza que adquiere del acervo probatorio.

6.2.2 Motivación insuficiente.

Esta deficiencia se refiere a la motivación que carece de justificación externa o de justificación interna, ambos conceptos fueron explicados en el capítulo anterior, al referirnos al contenido de la motivación y sus exigencias y sus exigencias para atenderla suficiente, idónea y acorde con el ordenamiento jurídico, al hablarse de la ausencia de una de estas dos justificaciones, la

corte constitucional ha entendido que se está en presencia de una motivación insuficiente, al respecto se ha declarado que:

... la falta de justificación externa, se predica de aquellos juicios en las cuales la premisa normativa o la premisa fáctica del juicio jurídico aparecen construidas por el juez sin argumentación suficiente. Tanto los elementos facticos como normativos empleados en una sentencia podrían, efectivamente, responder a la realidad procesal o a lo que dispone el sustentarlos, la interpretación estaría indebidamente justificada, porque no existirían muestras de la actuación adelantada por el juez para concluir que esos eran definitivamente, los componentes determinantes del sentido de su decisión (sentencia 589, 2010, Bogotá).

Por su parte, la falta de justificación interna, ha sido desarrollada en los siguientes términos:

... la falla de justificación interna se le atribuye a la conclusión cuando no es “solidaria con las premisas” o, como lo señalo la corte en otra ocasión, cuando no “se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación”. Sin embargo, debido a que las decisiones jurídicas, muy a menudo no son evidentes, y no puede nunca ser arbitrarias, es preciso exponer las razones que justifican el paso de las premisas a la conclusión (Sentencia 589,2010, Bogotá). Referente a esta ausencia de justificación interna, encontramos como la sentencia T-259 de 2000 de la Corte Constitucional *considero que un juez de instancia, en proceso de tutela, había incumplido de su deber de justificar adecuadamente la decisión. A pesar de contratarse que la autoridad judicial efectuó un juicio formalmente completo, pues expuso las premisas normativas y fácticas del juicio, la Corte asumió que “la falta de nexo entre los hechos y el derecho hace inexistencia el razonamiento judicial”*.

En conclusión, esta Corporación ha considerado que las decisiones del juez para ser válidas deben contar “no solo con una justificación externa, sino interna”. En esta última, como lo enseña e profesor Robert Alex, se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación.” (Sentencia 589 -2010, Bogotá)

Además, este defecto consiste en la falta de alusión de razones que justifiquen la decisión. Frente al tema de la insuficiencia de la corte constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones, respecto a los actos administrativos, sosteniendo que “la mera citación de normas no podías tenerse en cuenta como una motivación suficiente, pues era necesario además señalar las razones (empíricas ya argumentativas) que, en concordancia con la normatividad correspondiente, justificaban la remoción del servicio,” (Sentencia SU-250, 1998, Bogotá), entendiéndose la remoción(del servicio, como la decisión tomada por el juez.

De igual forma, la corte constitucional ha dicho que un acto puede ser contrario a la constitución, no solo porque exponga motivos insuficientes para adoptar una determinada decisión, sino también porque adopte decisiones contrarias a la ley, cuando está de por medio la garantía de derechos fundamentales (Sentencia T- 597-2009, Bogotá)

Es así, como el derecho fundamental de acceso a la justicia no se satisface si el juez deja de pronunciarse sobre un asunto sometido a su decisión, quedando este prejuzgado. La importancia de que el fallo sea congruente con las pretensiones y las excepciones propuestas o las que hayan debido reconocer sede oficio, ha llevado al legislador a contemplar el vicio de consonancia entre las causales de casación (Sentencia T-709 -2010, Bogotá).

En similar, se entiende que el fallo es congruente cuando contiene una resolución las pretensiones o excepciones formuladas ala interior del proceso. Este principio contenido en el artículo 305 del código de procedimiento civil, resulta de vital importancia, ya que al entenderse satisfecho se concibe como suficiente la motivación de la decisión. Frente a esto, la jurisprudencia de nuestro país ha sostenido que “A tenor de este nuclear principio del dicho procesal civil, el juez, en su sentencia, no puede reconocer lo que no se ha le h pedido (extra patita) ni más de lo pedido (ultra patita). Lo demás, significaba, positiva o negativa, ente, los límites de su potestad.”(Sentencia T-709-2010, Bogota)

6.2.3 Motivación defectuosa

Este defecto, puede a su vez darse varios motivos diferentes: el primero de ellos cuando se decide con base a normas inexistentes o inconstitucionales; el segundo porque se llega a la decisión con una norma que no es aplicable al caso y por ultimo por una defectuosa valoración del acervo probatorio. Estos defectos tienen el carácter de sustanciales ya que se refieren al contenido y no al procedimiento o forma que se establece para la realización de la motivación, es decir, se cumple con todos los presupuestos del contenido de la motivación impuestos por el juez, pero uno de estos requisitos del contenido resulta defectuoso o inadecuados. Para mayor claridad respecto a estos vicios, serán detallados por separado a continuación:

6.2.3.1 Defecto por decisión con base en normas inexistentes o inconstitucionales.

Bajo este vicio existe un defecto sustantivo de la motivación, al hacerse por parte del juez, uso de una norma que no existe o es inconstitucional en la justificación de su decisión. El error se evidencia, en tanto se argumenta la decisión utilizando normas que tienen esas características, es decir, normas que han sido derogadas del ordenamiento jurídico, o han sido removidos por ser contrarias a preceptos constitucionales.

Este hecho hace que el resto de la decisión quede sin una fundamentación valida, ya que, motivar es dar las razones de hecho pero también las de derecho que den cuenta de la decisión, y en entendido de que se haga las de derecho que den cuenta la decisión, y en el entendido de que se haga un mal uso o una mala referencia de la máxima normativa aplicable al caso, no se stearea dando una correcta justificación de las razones de derecho en las que se funda la decisión judicial.

2.3.2 Defecto por incorrecta aplicación de norma sustancial

Este vicio se configura cuando en la fundamentación de la decisión el operador jurídico hace uso de una norma que no es aplicable al caso concreto; y por lo tanto se vulnera otra norma de derecho sustancian su aplicación en la solución del caso.

El defecto por incorrecta aplicación de la norma, se presenta cuando se trata de normas que admiten interpretaciones diversas, son casos en los “que la norma aplicable es de una textura abierta, es decir, contiene una o más expresiones lingüísticas vagas” (Rodríguez, 1997, p.68), y el juez le da una interpretación a la norma que lo lleva a concluir que no es aplicable para la solución n del caso, o es aplicable pero con una interpretación errada de su contenido. Esta solución a la que llega el juez es incorrecta y de haberle dado la aplicación o correcta interpretación a la norma, su decisión sería diferente, y al no hacerlo se estaría incurriendo en este error (Rodríguez, 1997, p.68). Por lo que siguiendo a este autor se señala en su libro que existen caos difíciles, en, los cuales incluso la norma aplicable puede ser clara, pero se presentan más de una alternativa razonable de solución, así “(...) en primer lugar, es factible que exista más de una norma aplicable al caso, como sucede cuando dos principios colisionan. En segundo lugar, en algunos casos no resuelven `por medio de mecanismos de integración, como la analogía. En tercer lugar, aunque exista una sola norma repitiendo y su texto sea claro, su aplicación puede ser injusta o excepcional del juez para acudir a la equidad como criterio de la decisión. Por último, es posible que el juez o tribunal haya establecido un precedente que a la luz de nuevo caso considere necesario modificar”. En todas estas situaciones se le exige al juez una carga argumentativa superior a la de los casos rutinarios (Rodríguez, 1997, p.68)

Ahora bien, se da una vulneración de una norma de derecho sustancial (Artículo 368 C.P.C) ***“la violación de norma de derecho sustancial, puede ocurrir también como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su constatación o de determinada prueba”***, que es omitida en la resolución del caos, esto ya que, puede presentarse que la decisión debe estar fundada o constituida por varias normas sustanciales, y se trasgrede una de ellas, al no ser utilizada de forma idónea para resolver el caso, o no se estiman todas las

apreciaciones hechas por las partes en la demanda o en la contestación, y a raíz de esta circunstancia no se da utilización a una de las normas sustanciales que debía ser aplicada al caso, en estas situaciones se está dando la violación de una norma que ha sido omitida por el juez. Se ha establecido, respecto a este vicio que consiste en un efecto estrictamente normativo, según el cual,

... el funcionamiento judicial, dentro del contenido de la sentencia, funda su decisión, en norma claramente aplicable, o lo que significa lo mismo, omitiendo la aplicación de la norma adecuada. En estos eventos, el flagrante desconocimiento de la norma legal aplicable, configura la vía de hecho, en tanto que la decisión Judicial carece fundamento objetivo, pues este resulta abiertamente contrario al contenido de la ley. (Quinche. 2008, p. 99)

6.2.3.2 Defectuosa valoración de la prueba.

Adicional a lo anterior, se ha dicho que existe un defecto factico por la incorrecta valoración del material probatorio cuando el juez no realiza una correcta apreciación de las pruebas, cuando omite la valoración de algunos medios probatorios en su resolución o cuando da como probados hechos carentes de prueba.

A este respecto, ha dicho la Corte que estamos en presencia de esta situación cuando:

... el funcionario judicial, en contra de evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellos fundamenta la decisión respectiva dando paso a un defecto factico por no excluir o valorar una prueba obtenida de manera ilícita (Sentencia T-1065-2006, Bogotá).

En primer lugar, se presenta este vicio cuando se hace una defectuosa valoración del material probatorio, es decir, cuando el juez no valora la prueba que ingresa al proceso de manera individual y conjunta, y de esta manera elude la conclusión a la que estas lo llevarían.

Al omitir la valoración de algunos medios probatorios para su decisión, el juez está incurriendo en este defecto y vulnerando garantías del debido proceso inherentes a las partes, ya que, en el ejercicio de su obligación de motivar las sentencias, el juez debe cumplir con el contenido exigido a la motivación y este se extiende a que haya un pronunciamiento expreso de todas las pruebas. Así, la Corte Constitucional ha establecido que este vicio se presenta cuando el funcionario judicial

... a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los admite, o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto, resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico variaría sustancialmente (Sentencia T-1065-2006, Bogotá).

Por último, cuando se da como probados hechos carentes de prueba, se configura este vacío, ya que “la convicción del juez debe formarse sobre los hechos adquiridos ritualmente en el proceso, que después deben ser motivados” (Gascon, 2005, p.203), y al juez suponer hechos o circunstancias que no han sido acreditadas dentro del proceso mediante ningún medio probatorio, está actuando en contravía de los parámetros constitucionales y legales, y por lo tanto incurriendo en una defectuosa motivación por una incorrecta valoración del acervo probatorio.

6.3. Exceso en la motivación

Este vicio resulta complejo de desarrollar, toda vez, que no trae una consecuencia negativa que implique un análisis de fondo por parte de las Altas Cortes, ya que no se está en presencia de una vulneración de los derechos fundamentales protegidos con la obligación de motivar las decisiones judiciales, puesto que existe una motivación, solo que esta resulta superflua respecto a muchos de los elementos del debate judicial.

A pesar de esto, se puede decir que el exceso de la motivación es un vicio, en cuanto, en la decisión sobran justificaciones y razones sobre la misma y siendo así se hace más fácil identificar la ratio decidendi de la sentencia, con lo cual se genera un problema respecto a la adopción del precedente, que como bien se sabe, y como en reiteradas ocasiones ha establecido la Corte Constitucional, está constituido por la ratio decidendi de la sentencia, y las demás afirmaciones o razones que se hacen en la misma no tienen efectos vinculantes sobre otros jueces, así, encontramos como esta corporación ha diferenciado entre la parte resolutive, llamada a veces “decisum”, la ratio decidendi (razón de la decisión) y los abiter dicta (dichos al pasar).

Estos han sido definidos por nuestro Tribunal Constitucional de la siguiente forma:

... el decisum es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc. Por su parte, la ratio decidendi es la formulación general, mas allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive. En cambio constituye un mero dictum, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opciones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario (Sentencia SU-047-1999, Bogotá).

Después de realizar estas precisiones la Corte plante que:

... la existencia de una ratio decidendi es una sentencia resulta de la necesidad de que los casos no sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces -funcionarios no electos- de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes

de las otras personas. Conforme a lo anterior, es también neutral que únicamente la ratio decidendi tenga efectos vinculantes sobre otros jueces y adquiera la obligatoriedad de un precedente (Sentencia SU-047-1999, Bogotá)

Con lo anterior, se observa como se hace de gran importancia identificar la ratio decidendi dentro de la sentencia, esto es las razones que justifican la decisión, las cuales se asemejan a la motivación de la decisión y juega un papel fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, ya que se convierte en vinculantes y de obligatoria cumplimiento y aplicación para casos similares por parte de los operadores jurídicos.

Es así como el sistema de precedentes que opera en nuestra jurisdicción se compone de estas razones o motivaciones de la decisión y por esto lograr su plena individualización en la sentencia resulta vital, ya que

... todo juez que decide un caso se una determinada manera, queda comprometido a decidir todo caso igual, de la misma manera. Este es un criterio formal, que obliga en términos racionales, a seguir el mismo criterio ya adoptado en el pasado, en la resolución de los casos futuros; regla formal que se complementa con un criterio de justicia material, que busca garantizar la corrección o justicia material de la decisión (Aramburo,2011,p.1441).

Relativo a este tema, ha dicho Taruffo que existen tres situaciones en las que se evidencia un tipo de exceso de motivación. La primera de ellas es cuando una aserción está justificada mediante varias argumentaciones, cada una de ellas idónea por si sola para justificarla. Esto trae como consecuencia que sea difícil identificar cuál de todas esas argumentaciones es la verdadera y cuales no lo serian y por lo tanto harían parte de la obiter dicta. Sin contar, con que por su difícil identificación ninguna sería propiamente obiter dicta, puesto que “precisamente cada una de ellas constituye una justificación válida y suficiente” (Taruffo,2011, p. 289)

Una segunda situación es la que se refiere a que la justificación suficiente viene acompañada de otras que no lo son, y que además no son idóneas para justificarla. Dichas razones harían

parte de la orbiter dicta, puesto que ni son suficientes, ni son necesarias, y además, se dificulta a veces identificarlas como tales y diferenciarlas de la justificación verdadera, que sería la que constituye la ratio decidendi (Taruffo, 2011, p. 289)

Para terminar, la tercera situación es en la que existen justificaciones y argumentos pero ninguno de ellos es suficiente por sí solo. En palabras de Taruffo “se trata de la acumulación de argumentos de naturaleza meramente persuasiva” (Taruffo, 2011, p. 290)

Se concluye entonces que al haber un exceso en la motivación, y presentarse pluralidad de ratio decidendis, los funcionarios judiciales se enfrentan a la tarea de tratar de identificar cuál de ellas es la razón verdadera de la decisión, para poder utilizarla en un caso posterior que sea semejante. Es la difícil identificación en vicio, el cual hasta ahora no es controlable mediante ningún mecanismo, ya que, a pesar de que se presente esta dificultad no se está faltando con la obligación constitucional de motivar la sentencia.

6.4 La motivación en la legislación peruana

La motivación se encuentra regulada en nuestra Constitución Política, en el inciso 5 del artículo 139 de nuestra Carta Magna, estableciendo a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (en la presente investigación las sentencias) como principio y derecho de la función jurisdiccional, con mención expresa de la ley aplicable de los fundamentos de hecho y de derecho que emitan una adecuada sentencia.

Por lo que se infiere que el Poder Judicial en relación a los otros poderes del Estado, es el único órgano encargado al que se le exige motivar debidamente sus actos. Ello que dichos jueces pueden ser independientes; sin embargo están sometidos a la Constitución y leyes.

Exigiéndose entonces que las sentencias sean motivadas debidamente, y en la que deben contener juicio o valoración, en donde el Juez exponga las razones y fundamentos facticos y jurídicos conforme a los cuales decide la controversia. Dicha carencia en la motivación

implicar un exceso del jugador, un arbitrio o abuso de poder, y dicha falta arrojaría una violación de la razón suficiente.

Hinostroza (1998), señala que un aspecto del principio jurisdiccional de la motivación de las sentencias y requisito de la misma, viene a ver el examen mental orientado a extraer conclusiones respecto del mérito que tiene o no un medio probatorio para así formar convicción hacia el juez, en el respectivo fallo, expresándose de igual modo las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión, conforme se señala en el artículo 197 del Código Procesal Civil en cuanto a la valoración de la prueba.

De igual modo en el marco de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se describe en su artículo 12 que: “Todas las resoluciones con excusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelve el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente” (Gómez, G. 2010, pp. 884-885). Por lo que al término de lo expuesto, conforme a lo establecido en la Constitución Política del Estado y la Ley Orgánica del Poder Judicial todos los jueces deben motivar sus decisiones, con sujeción a la Constitución y la ley, se entiende la ley de la materia que estén resolviendo, y muy al margen que en algunas de ellas no se regula la motivación en forma aplica y explícita, lo que se tiene que hacer es motivar, es decir justificar la decisión con argumentos o razones explícitas, completas y suficientes” (Alvaro, 2013).

Actualmente en cuanto al tema de posesión precaria con las motivaciones de sentencias se señala en la casación 225-2016, Lima: Constituye motivación insuficiente no tener en cuenta el IV Pleno al analizar legitimación para incoar demanda de desalojo por ocupante precario. Por lo que dicho Pleno en la actualidad sirvió como parámetro para la resolución de incertidumbre jurídica generados por los sujetos procesales, ello a fin de que los sujetos intervinientes puedan tener en cuenta a fin de que el Juez al momento de emitir sentencia pueda hacerlo sin falencias algunas o

sus sentencias puedan ser insuficientes, ya que a raíz del II Pleno aún se generaba incertidumbre solo el tema de ocupante precario

Siguiendo lo señalado en líneas anteriores podemos decir que “La motivación no puede entenderse cumplida con una fundamentación cualquiera del pronunciamiento judicial; por el contrario la justificación fundada en derecho, es aquella que se evidencia en la propia resolución de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideren adecuadas al caso” (Alvaro, 2013). Por lo que “La razón de exigir que la justificación contenida en la motivación esté necesariamente fundada en derecho, es porque la decisión jurisdiccional se trata de una decisión jurídica”, y de igual modo como lo menciona Alvaro (2013), se pretende asegurar, dejar patente que la decisión jurisdiccional es consecuencia de una adecuada aplicación e interpretación de las normas jurídicas que disciplinan el juicio de hecho y de derecho existente en toda causa o caso concreto.

SUB CAPITULO VII

PRINCIPIO JURIDICO DE LA RAZON SUFICIENTE

7.1. Concepto:

Este principio, a diferencia de los otros, no fue planteado por Aristóteles, sino por el filósofo alemán Wilhelm Leibniz (1646-1716).

El principio jurídico de la razón suficiente no es una mera aplicación al campo del derecho, del principio lógico ya expuesto. Los principios supremos de la lógica jurídica aluden también a juicios, pero no a enunciaciones, sino a normas y en todo caso afirman o niegan algo de su validez o invalidez. Por lo que dicho principio expresa que todo juicio para ser verdadero a menester de una razón suficiente, mientras el jurídico indica que toda norma para ser válida necesita un fundamento suficiente de validez.

El principio jurídico de razón suficiente hace depender la validez de toda norma de cierto fundamento, mas no dice en que consiste este. Una norma de derecho solo puede ser valida si

posee un fundamento bastante; pero es obvio que tal fundamento no reside en la norma misma, sino en algo que con ella se relaciona y le sirve de base (García Maynes).

El principio de razón suficiente nos dice que “todo objeto debe tener una razón suficiente que lo explique”. Lo que es, es por alguna razón, “nada existe sin una causa o razón determinante”. El principio de razón suficiente nos da respuesta a una exigencia natural de nuestra razón, según la cual nada puede ser nada más “porque sí”, pues todo obedece a una razón. Ejemplos que ilustran este principio lógico supremo: el cuadrado de la hipotenusa es igual a la suma de los cuadrados de los catetos por alguna razón, y esa razón se nos da cuando hacemos la demostración del teorema [de Pitágoras]. Los planetas se mueven en órbitas elípticas por alguna razón, y esa razón aparece cuando acudimos a la ley de la gravitación universal. La Revolución mexicana se produjo por alguna razón, y esa razón surge cuando estudiamos sus antecedentes y consecuencias. En suma, el principio de razón suficiente nos dice: “todo tiene una razón de ser”.

TITULO III

FORMULACION DE LAS HIPOTESIS DE TRABAJO

3.1 Hipótesis General

- La violación del principio de la razón suficiente sumado al escaso desarrollo jurisprudencial sobre ocupante precario EXPLICAN la motivación insuficiente de las sentencias en los procesos de desalojo por ocupante precario en los Juzgados Civiles de Huamanga, durante los años 1998-2008.

3.2 Hipótesis específica

Hipótesis Operacional 1:

- La violación del principio de la razón suficiente EXPLICA la motivación insuficiente de las sentencias expedidas por los Juzgados Civiles de Huamanga.

Hipótesis Operacional 2:

- El escaso desarrollo jurisprudencial sobre posesión precaria EXPLICA la motivación insuficiente de las sentencias judiciales expedidas por los Juzgados Civiles de Huamanga

3.3 Variables e Indicadores Operacionalizacion

Identificación y clasificación de Variables

3.3.1 Hipótesis general:

Variable dependiente	Los Procesos de desalojo por ocupante precario.
Variable independiente	La Motivación insuficiente de la Sentencias de desalojo por ocupante precario

Indicadores

Variable independiente	La Motivación insuficiente de la Sentencias de desalojo por ocupante precario
Indicadores	➤ Tipología de violación de principios jurídicos ➤ Nivel de percepción de violación de principio jurídico ➤ Nivel de percepción de aplicación del principio de razón suficiente en las sentencias ➤ Numero de jurisprudencias vinculante de ocupante precario. ➤ Posesion Precaria

Variable dependiente	Los Procesos de desalojo por ocupante precario.
Indicadores	➤ Teoría sobre motivación insuficiente ➤ Sentencias en proceso de desalojo por ocupante precario.

3.3.2 Primera Hipótesis Específica

Variable dependiente	Motivación insuficiente de las sentencias.
Variable independiente	Violación del principio de razón suficiente

3.3.3 Segunda Hipótesis Específica

Variable dependiente	Motivación insuficiente de las sentencias.
Variable independiente	Escaso desarrollo jurisprudencial sobre posesión precaria.

3.4 Identificación y clasificación de las variables

Variables de estudio:

- Motivación de sentencias judiciales
- Proceso de Desalojo por ocupante precario.

3.5 Operacionalización de variables e indicadores

3.5.1 Indicadores de la primera hipótesis específica

Variable Dependiente	➤ Violación del principio de razón suficiente
Indicadores	.Motivación suficiente: -Resoluciones infundadas -Resoluciones fundadas

Variable Independiente	Escaso desarrollo jurisprudencial sobre posesión precaria.
Indicadores	➤ Escaso desarrollo jurisprudencial

3.6 Metodología de la investigación

3.6.1 Tipo y nivel de investigación

3.6.1.1 Tipo de investigación:

Básica y cuantitativo, se recurre a conocimientos ya existentes inmersos en el ámbito normativo, doctrinario y jurisprudencial; de los cuales a su vez, se extraerán criterios que guiarán el estudio, conocimiento que marcara su importancia en diversos momentos de la investigación, entre ellos, la recogida de datos y discusión de los resultados.. En cuanto al objeto de estudio (sentencias), estas no corresponde a una realidad interna, sino externa contenidas en un documento llamado expediente judicial (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

3.6.1.2 Nivel de investigación

Es Exploratorio, porque el objetivo será examinar una variable poco estudiada,; ya que no se han hallado estudios similares realizados, con una propuesta metodológica similar. Así mismo porque se orientará a familiarizarse con la variable que tiene como base la revisión de la literatura que contribuirá a resolver el problema de investigación. Es Descriptivo, porque el examen intenso del fenómeno a la luz de conocimientos existentes, permitirá determinar si la variable en estudio evidencia o no en su contenido un conjunto de características que definen su perfil (Mejía, 2004). En suma, es descriptivo.

3.6.2 Método y diseño de la Investigación

3.6.2.1 Método de la investigación

Analítico – inductivo, comparativo, síntesis.

3.6.2.2 Diseño de la investigación.

No experimental, porque no existirá manipulación de la variable, sino observación del fenómeno tal como se da en su contexto natural de los eventos, ajeno a la voluntad del investigador. Retrospectivo, porque la planificación de la toma de datos se efectuará de registros (sentencias) donde el investigador no tendrá participación. En el caso concreto,

la evidencia empírica estará referida a una realidad pasada. Transversal, porque el número de ocasiones en que se medirá la variable será una sola vez; lo que significa que el recojo de datos se realizará en un momento exacto del transcurso del tiempo. También se le conoce como transeccional (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

3.6.3 Universo, población y Muestra

3.6.3.1 Universo

- Sentencias judiciales sobre el desalojo por ocupante precario.

3.6.3.2 Población

- Sentencias sobre el desalojo por ocupante precario, en el Segundo Juzgados Especializados Civiles de Huamanga

3.6.3.3 Muestra

En términos metodológicos podría denominarse como unidad muestral, seleccionada intencionalmente utilizando la técnica por conveniencia, que viene a ser un muestreo no probabilístico; porque se ha elegido en base a la experiencia y comodidad del investigador (Casal, 2003).

Fragmento representativo de sentencias de desalojo por ocupante precario

Cinstituida por 12 expedientes civiles que se elegirán aleatoriamente. Determinada bajo la siguiente fórmula.

$$n = \frac{Z^2 pq * N}{E^2(N - 1) + Z^2 * pq}$$

$$n = 12$$

3.6.4 Técnicas, Instrumentos y Fuentes de Recolección de Datos

3.6.4.1 Técnicas

- Análisis bibliográfico
- Evaluación documental
- Análisis cualitativo
- Comparación.

3.6.4.2 Instrumentos

Se utilizará como instrumento:

- Fichas bibliográficas
- Registro y análisis de sentencias.
- Registro de casos

3.6.4.3 Fuentes:

- Libros nacionales e internacionales especializados en Derecho Civil y Procesal Civil.
- Poder Judicial
- Sitios Web, Bibliografía, normas legales, doctrina y jurisprudencia

3.6.4 Técnicas de procesamiento y análisis de Datos Recolectados

Selección y Representación por variables

Matriz Tripartita de Datos:

UNIVERSO	POBLACION	MUESTRA
Sentencias civiles sobre desalojo por desalojo ocupante precario	32 sentencias sobre desalojo por ocupante precario	12 sentencias por desalojo ocupante precario

TITULO IV

ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS

4.1 Descripción de los resultados.

En cuanto a la presente investigación, para poder obtener los datos requeridos, en primer lugar se ha realizado la recopilación de información de fuentes documentales, revisando básicamente los expedientes judiciales tramitados en el Segundo Juzgado Civil de Huamanga en materia de desalojo por ocupante precario; de igual modo para complementar y contrastar dicha información se realizó una entrevista a un operador de justicia que viene laborando en dicho juzgado desde los años 1998 hasta la actualidad a fin de tener una información que ayude a dilucidar lo que pretendemos obtener con nuestra investigación.

Por lo que señalamos que fue necesario señalar que las técnicas para el acopio de datos fueron elegidas en función del problema y de la muestra o población sujeta a estudio y medición. Por lo que se ha considerado que el problema planteado en la presente tesis tiene relación con la influencia de la motivación insuficiente de sentencias emitidas en procesos de desalojo por ocupante; además, como afecta la ausencia del principio de la razón suficiente en las sentencias juntamente con su escaso desarrollo jurisprudencial sobre posesión precaria.

Los instrumentos elegidos para la recopilación de datos, es el que se adapta al tema de investigación, pues se trata de un fenómeno jurídico, por la fuente informativa de la investigación que tiene naturaleza estatal o pública lo que nos permitirá establecer relaciones válidas entre la hipótesis planteada y los resultados obtenidos.

Como instrumento de acopio documental se ha empleado la ficha de recolección de datos previamente elaborado de acuerdo con los datos que interesan a la investigación, explorándose los siguientes usos de principios jurídicos básicamente el principio de la razón suficiente, ello como contenido y desarrollo dentro de las sentencias de desalojo por ocupante precario que desarrolle una adecuada motivación al momento de ser emitida la sentencia

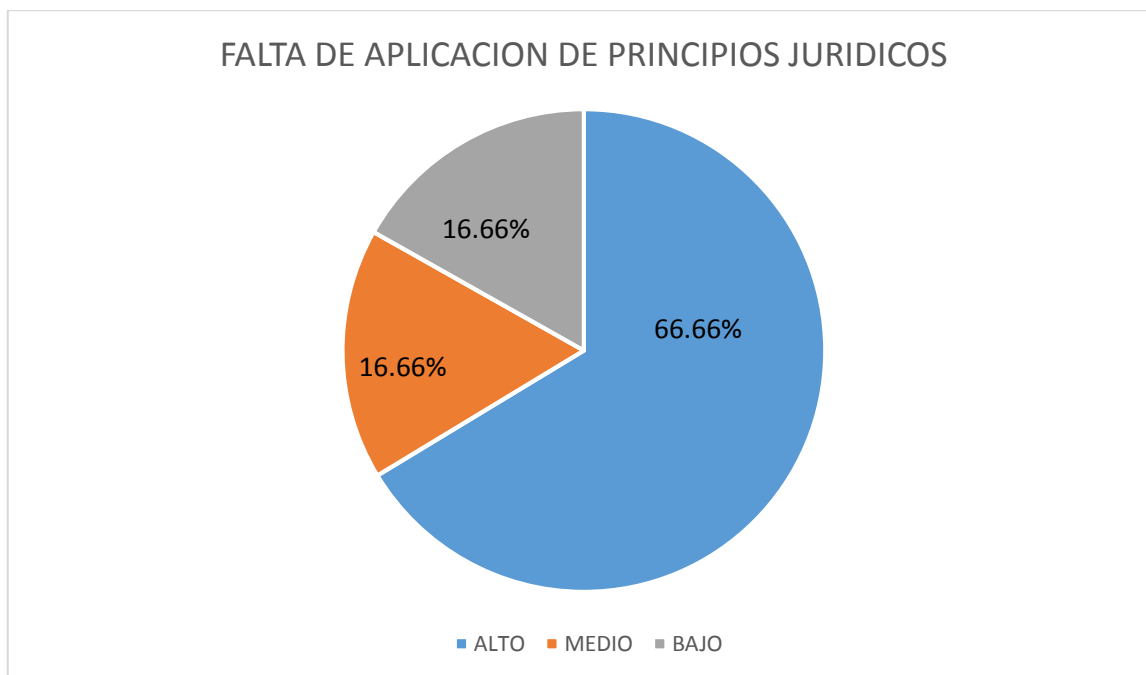
Los datos recopilados fueron sometidos a análisis lógico, contrastando los resultados con las hipótesis formuladas.

Esta tesis se dirige a comprobar la hipótesis general, la cual plantea que La violación del principio de la razón suficiente sumado al escaso desarrollo jurisprudencial sobre posesión precaria Explican la motivación insuficiente de las sentencias en los procesos de desalojo por ocupante precario en el Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga en el año 2008 ; asimismo, las hipótesis específicas que “La violación del principio de la razón suficiente Explica la motivación insuficiente de las sentencias; y, “El escaso desarrollo jurisprudencial sobre posesión precaria en la motivación insuficiente de sentencias.

CUADRO N° 01

**NIVEL DE PERCEPCION DE APLICACION DE PRINCIPIOS JURIDICOS EN
PRIMERA INSTANCIA**

EXPEDIENTE	ALTO	MEDIO	BAJO
N° 532-2007	X		
N° 112-1999	X		
N° 232-2002	X		
N° 73-1994	X		
N° 214-1998	X		
N° 125-1998	X		
N° 397-2000	X		
N° 32-2000	X		
N° 757-2006		X	
N° 302-1995		X	
N° 233-1996			X
N° 680-2008			X
TOTAL	08	02	02

GRÁFICO N° 01

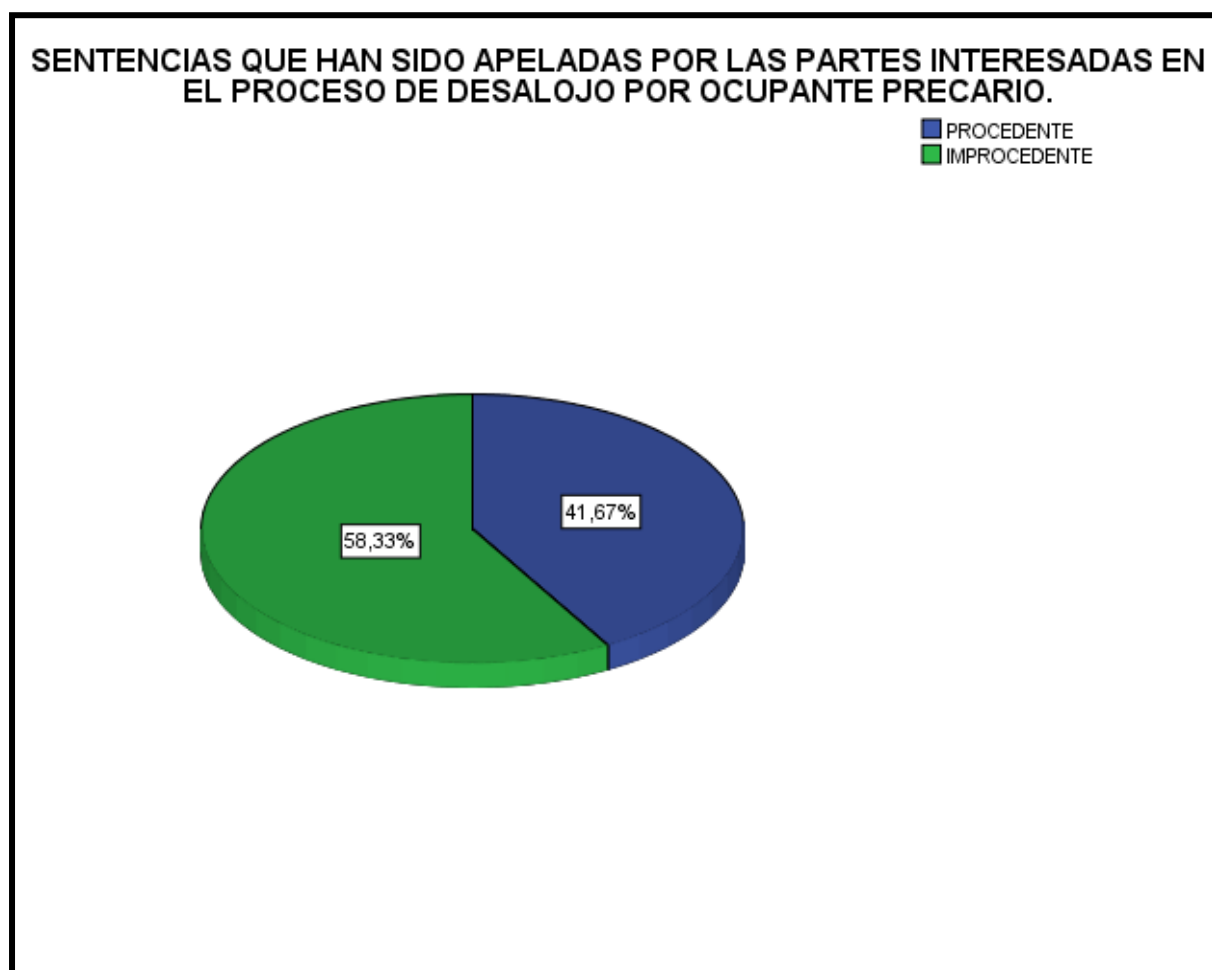
INTERPRETACION: De la síntesis de los datos obtenidos de la muestra, que vienen a ser doce (12) expedientes civiles sobre desalojo por ocupante precario, encontramos que en la mayoría de ellos no se aplicaron los principios jurídicos dentro de las sentencias emitidas en primera instancia, por lo que el resultado fue el siguiente con ALTO presencia de principios jurídicos desarrollados en sentencia solo es apreciable en el 66.66 por ciento (8), debido principalmente a falta de uso y/o violación de principios jurídicos aplicados en la motivación de sentencias básicamente en el principio de la razón suficiente, el 16,66 por ciento (2) realizaron una mediana aplicación del principios jurídicos, pero no de aplicación del principio de la razón suficiente, y en otros expedientes analizados se evidencia una baja aplicación de principios jurídicos desarrollados dentro de las sentencias emitidas por los magistrados, evidenciándose una falta de aplicación del uso de principios jurídicos para el desarrollo de sentencias emitidos por los magistrados .

CUADRO N° 02

SENTENCIAS QUE HAN SIDO APELADAS POR LAS PARTES INTERESADAS EN EL PROCESO DE DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO POR CONSIDERAR AUSENCIA DE APLICACIÓN DE PRINCIPIOS JURIDICOS

APELACION POR AUSENCIA DE PRINCIPIOS JURIDICOS			
EXPEDIENTE	PROCEDENTE LA APELACION	IMPROCEDENTE LA APELACION	NO APELARON
Nª 532-2007		X	
Nª 112-1999		X	
Nª 232-2002		X	
Nª73-1994	X		
Nº 214-1998		X	
Nº 125-1998		X	
Nº 397-2000		X	
Nº32-2000		X	
Nº757-2006	X		
Nº 302-1995	X		
Nº 233-1996	X		
Nº 680-2008	X		
TOTAL	05	07	00

GRÁFICO N° 02



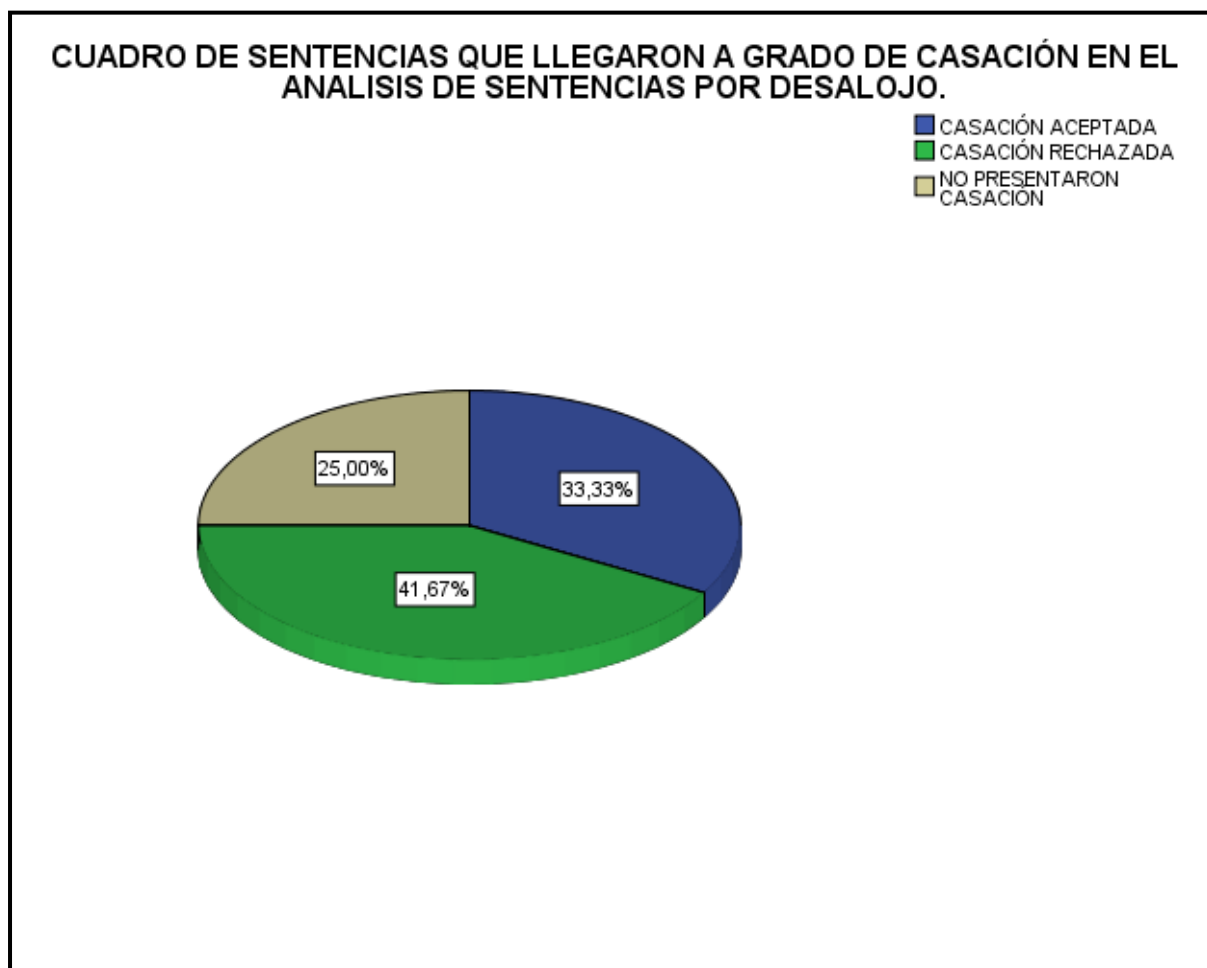
INTERPRETACIÓN: Del análisis de los datos de los expedientes civiles, obtenemos que en su mayoría todas las sentencias fueron apeladas por las partes interesadas, por considerar la falta de aplicación de principios jurídicos dentro del desarrollo de las sentencia, el 58,33 por ciento, de dichas sentencias apeladas fueron declaradas improcedentes esto evidencia también que la mayoría de las sentencias emitidas en primera instancia no requieren de modificación; pero el 41,67 por ciento si fueron declaradas procedentes por considerar el juez que dichas sentencias carecían de aplicación de principios jurídicos dentro de las sentencias.

CUADRO N° 03

**CUADRO DE SENTENCIAS QUE LLEGARON A GRADO DE CASACIÓN EN EL
ANÁLISIS DE SENTENCIAS POR DESALOJO POR CONSIDERAR AUSENCIA
DE MOTIVACION EN LAS SENTENCIAS JUDICIALES EMITIDAS**

FALLO DEL PLENO CASATORIO			
EXPEDIENTE	CASACIÓN ACEPTADA	CASACIÓN RECHAZADA	NO PRESENTARON CASACIÓN
N° 532-2007		X	
N° 112-1999		X	
N° 232- 2002			X
N° 73-1994			X
N° 214-1998	X		
N° 125-1998	X		
N° 397-2000		X	
N° 32-2000		X	
N° 757-2006	X		
N° 302-1995	X		
N° 233-1996			X
N° 680-2008		X	
TOTAL	04	05	03

GRÁFICO N° 03



INTERPRETACION: Entendida la casación como la no aplicación, mala interpretación, o evidente afectación de los Derechos de una de las partes, este cuadro nos muestra la eficacia del resultado de las sentencias emitidas y de la calificación realizada de las mismas a nivel de segunda instancia; así también, la existencia de un 25% de casos que no han requerido de la intervención de un pleno casatorio para la verificación de la violación a los principios jurídicos aplicados en las sentencias que conllevaron a la ausencia de motivación adecuada en sentencias de desalojo por ocupante precario. Motivos por el cual las partes procedieron a usar la casación, siendo esta el 25 por ciento de casos analizados los cuales fueron casados, ya que fueron considerados como sentencias en las cuales se ha omitido o violado principios jurídicos para la aplicación de sentencias debidamente motivadas, el 41,67 por ciento, no llegaron a casar.

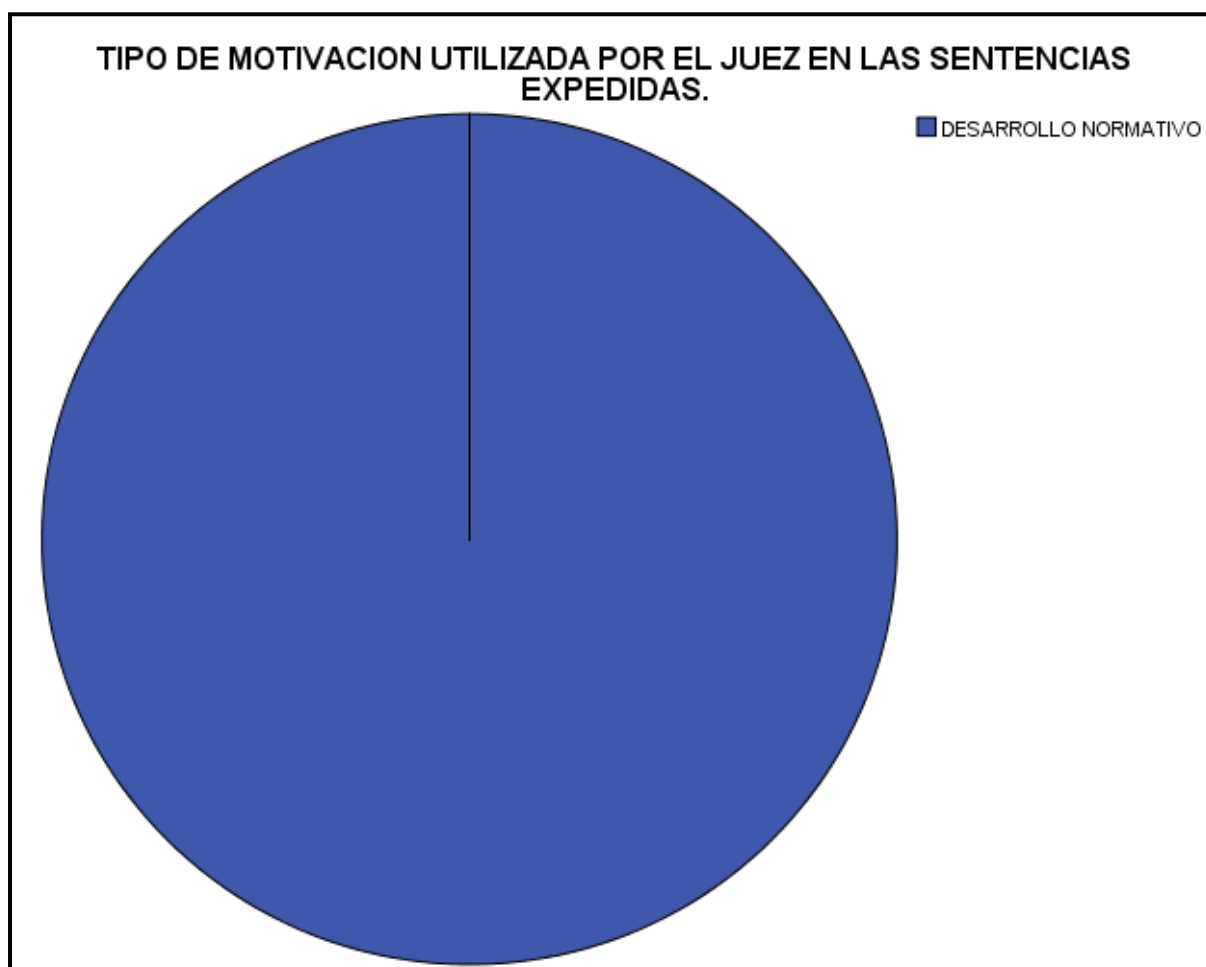
CUADRO N° 04

**JURISPRUDENCIAS VINCULANTES DESARROLLADAS Y SEÑALADAS EN LAS
SENTENCIAS EXPEDIDAS EN MATERIA DE DESALOJO POR OCUPANTE
PREARIO.**

FUNDAMENTOS DEL JUEZ			
EXPEDIENTE	DESARROLLO NORMATIVO A	DESARROLLO JURISPRUDENCIAL	DESARROLLO DOCTRINAL
N° 532-2007	• Artículos 911 y 923 del código civil. • Artículos 546 inciso 4, y 585 del código procesal civil. • Art. 89 de la constitución Política del Perú. • Ley general de comunidades campesinas.	No Hubo	No Hubo
N° 112-1999	• Código Procesal Civil: Art. 19; ART. 586. • Código Civil: Art. 911. • Ley N° 26 436.	No Hubo	No Hubo
N° 232- 2002	• Código Procesal Civil: Art. 188; Art. 196. • Código Civil: Art. 896; Art. 923.	No Hubo	No Hubo
N° 73-1994	• El artículo 144° del Código Civil. • Los artículos 196°, 200° y 575°.	No Hubo	No hubo
N° 214-1998	• Los artículos 1681°, 1697°, 1700°, 585° y 911° del Código Civil. • Los artículos 188°, 196°, 322°, 554° y 586 del Código Procesal Civil.	No Hubo	No hubo
N° 125-1998	• Los artículos 200° y 546° del Código Procesal Civil.	Alberto Hinostroza Mingues	Casación 852-98-Callao
N° 397-2000	• Los Artículos 196, 585, 586, 911, 923, 121, 196, 197 del C.P.C y 911 del C.C	No Hubo	No Hubo
N° 32-2000	• Artículos 126, 127, 200, 558, 586, 412 del Código Procesal Civil. • Art. 911 del Código Civil.	No Hubo	No Hubo
N° 757-2006	• Artículos 188, 196, 550 y 585 DEL Código Procesal Civil.	No Hubo	No Hubo

	• Art. 911, 979 del Código Civil.		
N° 302-1995	• Código Civil Art. 1688, 911, 923, 2120, 2020. • Código Procesal Civil Art. 240, 386, 494, 196, 555, 587. • Decreto Supremo 015-90-JUS.	No Hubo	No Hubo
N° 233-1996	• ART 911 del Código Civil. • Art. 196, 197, 405 y 586 del Código Procesal Civil.	No Hubo	No Hubo
N° 680-2008	• ART 139 y 196 de la Constitución Política del Perú. • Código Procesal Civil Art. 197, 364, 189 y 188. • Art. 911, 2013, 1359, 1352, 1351 del Código Civil.	No Hubo	No Hubo
TOTAL	10	01	01

GRAFICO N°4



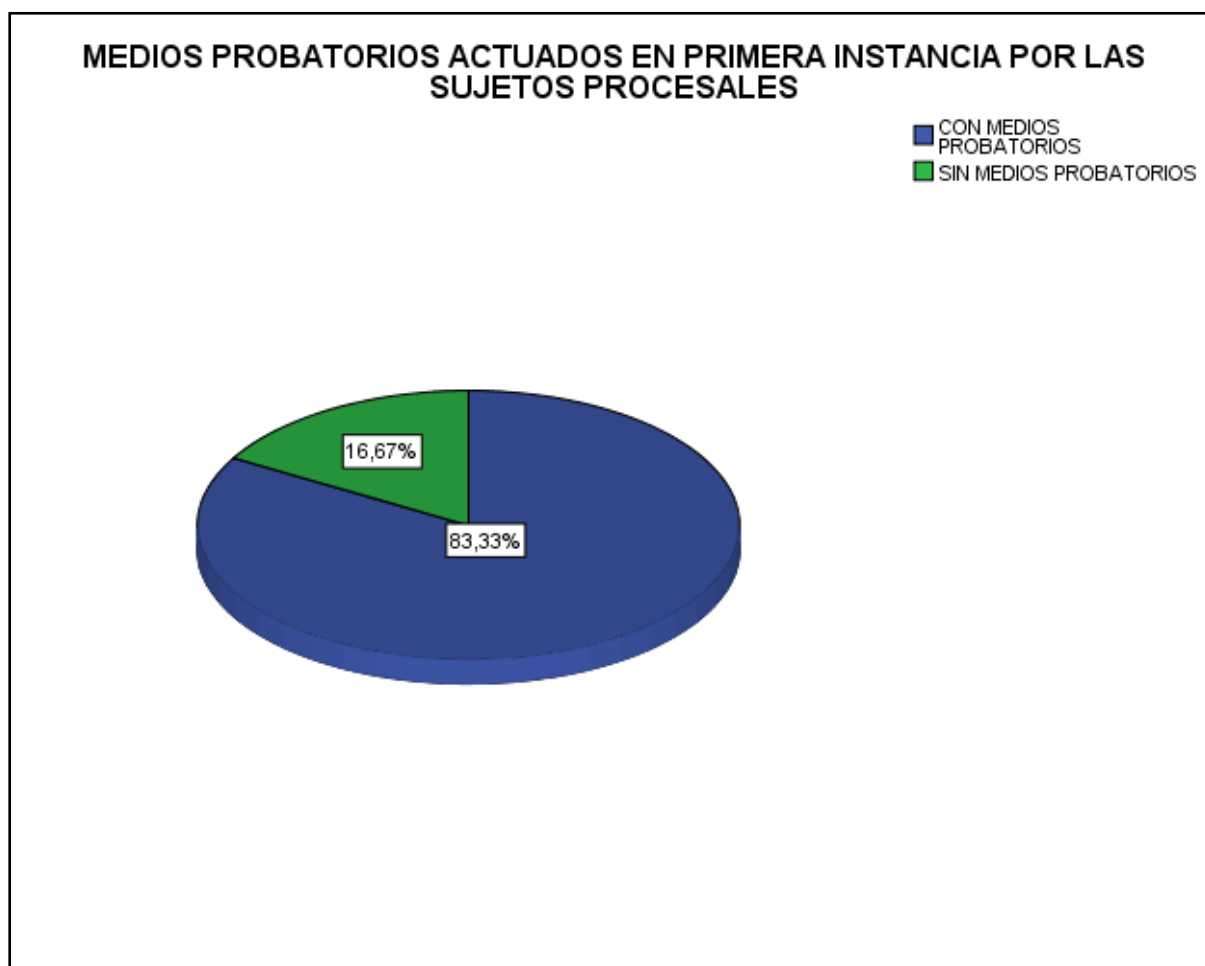
INTERPRETACIÓN: En el 100% (12) de los casos analizados encontramos que la motivación reflejada en las sentencias emitidas por el segundo Juzgado especializado en lo Civil, está apoyada en los cuerpos normativos, motivo por el cual podemos asegurar que los magistrados de las distintas instancias, solo basaron sus decisiones teniendo como factor de explicación y desarrollo para una adecuada sentencias las normas jurídicas establecidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no utilizan activamente la jurisprudencia implementada por el poder Judicial, ni las innovaciones doctrinales en la presente materia sobre desalojo por ocupante precario; llevándonos a afirmar en la actualidad que dicha falta de aplicación de un desarrollo jurisprudencial adecuado se debe a la escasa importancia que en ese entonces se tenía sobre el tema de posesión precaria y básicamente con el tema de desalojo, y que por la antigüedad de los casos analizados, tanto la jurisprudencia como la doctrina carecían de la amplia difusión que hoy tienen, así como antiguamente no se tenía una posición de conocimiento y manejo general para los magistrados al momento de solucionar una controversia, por lo que la mayoría de magistrados al momento de tomar una decisión solo se basaban en los hechos y sobretodo que estos se asemejen a la norma establecida, mas no así utilizaban la aplicación de la lógica jurídica y sus principios a fin de motivar adecuadamente su decisión. Tanto la jurisprudencia como la doctrina alcanzan una minoría, constituyendo una escasa utilización de dichas fuentes.

CUADRO N° 05

**MEDIOS PROBATORIOS ACTUADOS EN PRIMERA INSTANCIA POR LAS
PARA PROMOVER UNA ADECUADA MOTIVACION EN LAS SENTENCIAS**

MEDIOS PROBATORIOS ACTUADOS EN PRIMERA INSTANCIA		
N° 532-2007	• No fueron mencionados	Sin medios probatorios
N° 112-1999	• Acta de entrega de bien inmueble.	Con medios probatorios
N° 232- 2002	• No fueron mencionados	Sin medios probatorios
N° 73-1994	• Transacción judicial. • Contrato de compra venta. • Declaración de parte.	Con medios probatorios
N° 214-1998	• Ficha de registro de propiedad. • Testimonio de escritura de transferencia. • Escritura pública de adjudicación y transferencia.	Con medios probatorios
N° 125-1998	• Escritura pública de un contrato compraventa • Contrato privado de compraventa • Inspección judicial • Escritura de adjudicación • Escritura pública de independización con transferencia	Con medios probatorios
N° 397-2000	• Escritura pública de independización con transferencia de propiedad en calidad de adjudicación otorgado por la Asociación de Vivienda de los Olivos. • La escritura de adjudicación simulada. • Testimonio de Víctor Lazara Rojas, Claudio Rojas Jaime Benigno Huamán Laurente y Teodoro Acuña Ordaya. • Inspección judicial	Con medios probatorios
N° 32-2000	• Escritura pública de compra venta otorgada por la hermana del actor, doña Zoraida calle Huamán, celebrada con fecha veintiséis de julio del dos mil novecientos ochentinueve ante el notario público de la provincia de fajardo-Huancapi, abonando a la vez los impuestos al valor del patrimonio predial.	Con medios probatorios
N° 757-2006	• La accionante Isabel Quispe Méndez, menciona ser copropietaria del inmueble sub Litis, conforme fluye el contrato de compra venta y mutuo hipotecario que en copia autentica corre de folios cinco a siete, otorgado por el banco de la vivienda del Perú a favor de Severino pozo Ayala.	Con medios probatorios
N° 302-1995	• Título de inquilino del demandado.	Con medios probatorios
N° 233-1996	• Título de propiedad del Demandante. • Título de compra venta efectuada.	Con medios probatorios
N° 680-2008	• Minuta de compraventa. • Escritura publica de contrato compraventa. • Expediente de proceso de nulidad de acto jurídico. • Ficha registral de personería jurídica.	Con medios probatorios

GRAFICO N° 05



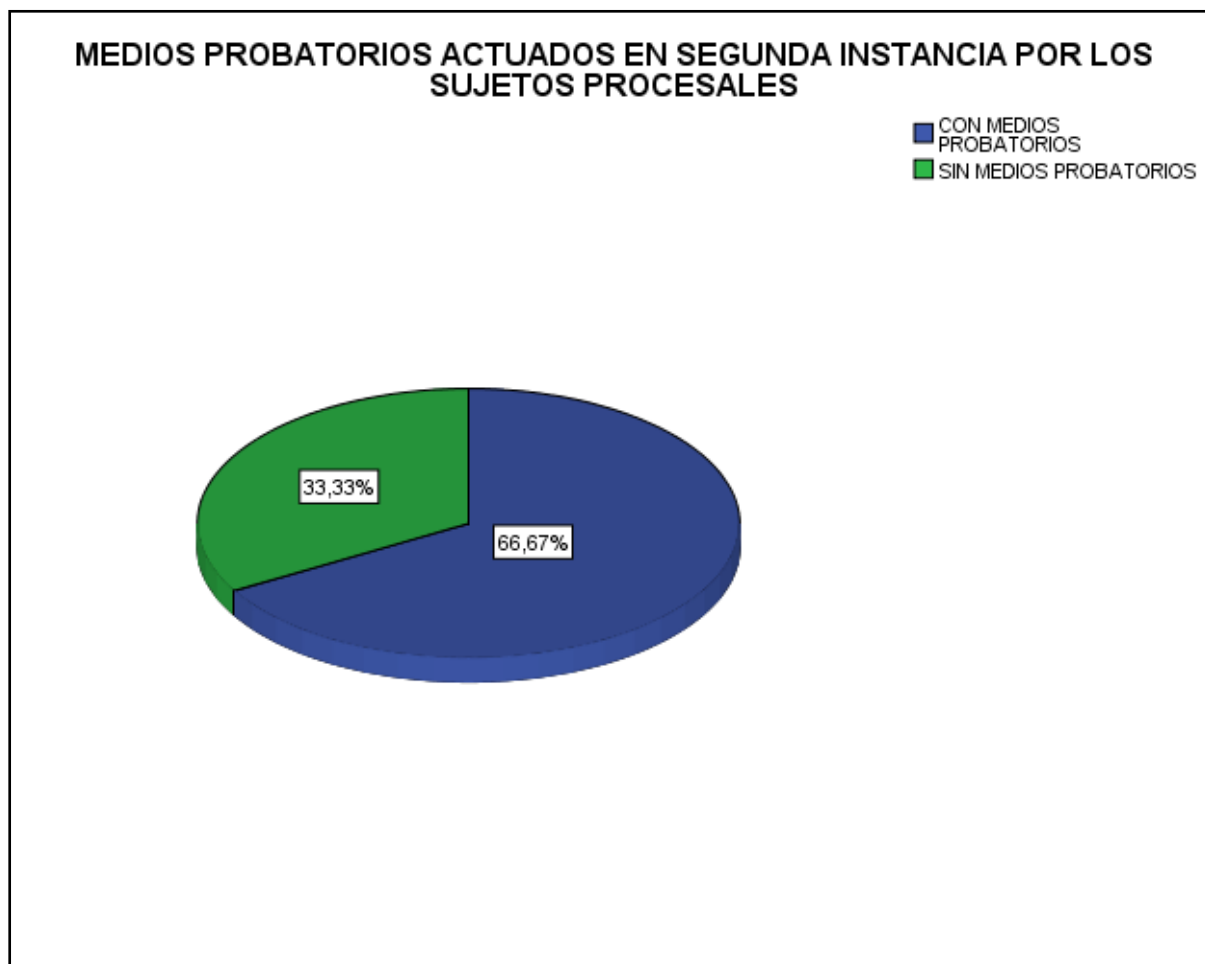
INTERPRETACIÓN: Que el 83,33% (10) de los casos analizados, se realizó una descripción detallada de sus medios probatorios para así coadyuvar a que el juez emita una adecuada sentencias, por lo que el 16,67 (2) no se detalla y precisa cuales son los medios probatorios utilizados por los sujetos procesales para la fundamentación posterior del juez en las sentencias, todo ello en primera instancia. Por lo que la mayoría de medios probatorios presentados por los sujetos procesos en primera instancia estaban basados en hechos coadyuvando a que al momento de emitir sentencia el magistrado incurra en la violación del principio de la razón suficiente conlleve a la ausencia y falta de motivación en las sentencias emitidas sobre desalojo por ocupante precario, ya que los medios probatorios señalados en el petitorio por parte de los demandantes solo elementales para ayudar al juez a promover y desarrollar adecuadamente una sentencia conteniendo todos los elementos necesarios.

CUADRO N° 06

**MEDIOS PROBATORIOS ACTUADOS EN SEGUNDA INSTANCIA POR LOS
PARA PROMOVER UNA ADECUADA MOTIVACION EN LAS SENTENCIAS**

MEDIOS PROBATORIOS ACTUADOS EN SEGUNDA INSTANCIA		
N° 532-2007	• No fueron mencionados.	Sin medios probatorios
N° 112-1999	• Acta de entrega de bien inmueble.	Con medios probatorios
N° 232- 2002	• No fueron mencionados.	Sin medios probatorios
N° 73-1994	• Transacción judicial. • Contrato de compra venta. • Declaración de parte.	Con medios probatorios
N° 214-1998	• Ficha de registro de propiedad. • Testimonio de escritura de transferencia. • Escritura pública de adjudicación y transferencia.	Con medios probatorios
N° 125-1998	• No fueron mencionados.	Sin medios probatorios
N° 397-2000	• Escritura pública de independización con transferencia de propiedad en calidad de adjudicación otorgado por la Asociación de Vivienda de los Olivos. • La escritura de adjudicación simulada.	Con medios probatorios
N° 32-2000	• Escritura pública de compra venta otorgada por la hermana del actor, doña Zoraida calle Huamán, celebrada con fecha veintiséis de julio del dos mil novecientos ochentinueve ante el notario público de la provincia de fajardo-Huancapi, abonando a la vez los impuestos al valor del patrimonio predial.	Con medios probatorios
N° 757-2006	• La accionante Isabel Quispe Méndez, menciona ser copropietaria del inmueble sub Litis, conforme fluye el contrato de compra venta y mutuo hipotecario que en copia autentica corre de folios cinco a siete, otorgado por el banco de la vivienda del Perú a favor de Severino pozo Ayala.	Con medios probatorios
N° 302-1995	• Título de inquilino del demandado.	Con medios probatorios
N° 233-1996	• Título de propiedad del Demandante. • Título de compra venta efectuada.	Con medios probatorios
N° 680-2008	• No fueron mencionados.	Sin medios probatorios

GRAFICO N° 06



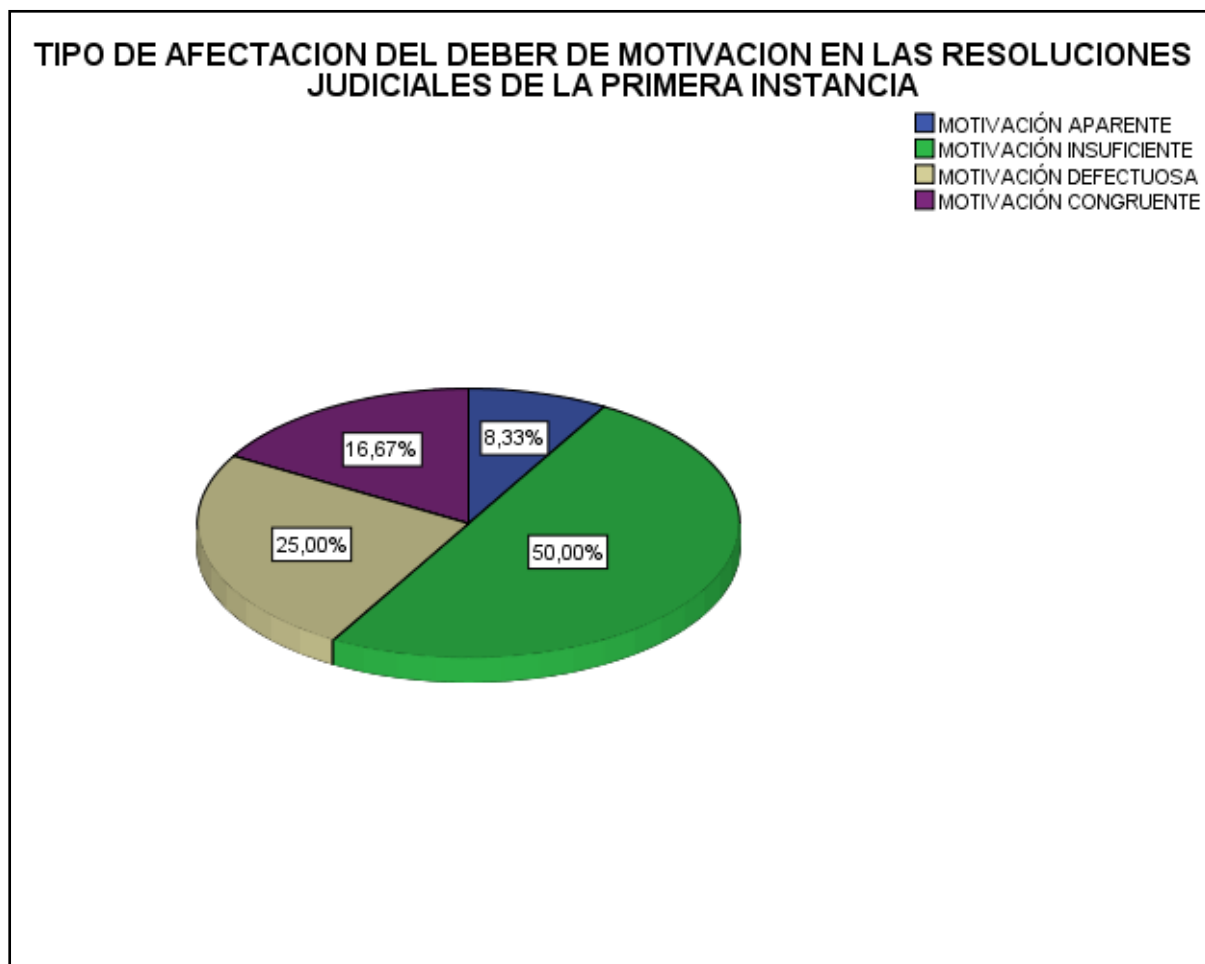
INTERPRETACIÓN: Que en segunda instancia el 66,67% (4) de los casos analizados, se realizó una descripción detallada de sus medios probatorios para así coadyuvar a que el juez emita una adecuada sentencias, por lo que el 33,33(8) no se detalla y precisa cuales son los medios probatorios utilizados por los sujetos procesales para la fundamentación posterior del juez en las sentencias, todo ello en segunda instancia. De eso se aprecia que en segunda instancia o se actuaron nuevos medios probatorios que ayuden al juez a emitir una sentencia respetando y aplicando principios jurídicos que motiven adecuadamente su decisión, por lo cual en su mayoría de refleja que nuevamente solo se desarrolla una mención de hechos, basando su decisión el juez solo teniendo en cuenta lo narrado por las partes, conllevando al juez a una escasa aplicación de principios jurídicos que motiven debidamente sus sentencias

CUADRO N° 07

**TIPO DE AFECTACION DEL DEBER DE MOTIVACION EN LAS
RESOLUCIONES JUDICIALES DE LA PRIMERA INSTANCIA**

TIPO DE AFECTACION DEL DEBER DE MOTIVACION EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DE LA PRIMERA INSTANCIA				
EXPEDIENTE	MOTIVACION APARENTE	MOVITACION INSUFICIENTE	MOTIVACION DEFECTUOSA	MOTIVACION CONGRUENTE
N° 532-2007				X
N° 112-1999				X
N° 232- 2002		X		
N° 73-1994	X			
N° 214-1998			X	
N° 125-1998		X		
N° 397-2000			X	
N° 32-2000		X		
N° 757-2006		X		
N° 302-1995			X	
N° 233-1996		X		
N° 680-2008		X		
TOTAL	01	06	03	02

GRAFICO N°7

**INTERPRETACION:**

- ✓ **Motivación aparente:** Tiene lugar cuando las razones o fundamentos que se exponen en la sentencia son inconsistentes o triviales; esto es un error que oculta una realidad que puede inducir a engaño al lector desprevenido.

Es en este sentido que observamos que el 8.33% de las sentencias emitidas han incurrido en una motivación aparente debido a errores de los magistrados al momento de la valoración de los medios probatorios.

- ✓ **Motivación insuficiente:** Tiene lugar con más frecuencia en la realidad judicial, en esta hipótesis se viola el principio de razón suficiente, entendida esta como la razón a la explicación de porqué algo es de determinada manera y no de otra.

El 50,00% de los procesos de incertidumbre por posesión de bienes inmuebles han tenido sentencias emitidas sin haber vencido el principio de razón suficiente para la emisión de las referidas sentencias.

- ✓ **Motivación Defectuosa:** Es aquella que vulnera los principios lógicos y las reglas de la experiencia, el defecto puede radicar en la motivación arbitraria o ininteligible.

El 25% de las sentencias emitidas en los casos analizados, han incurrido en esta causal de error en la motivación de la sentencia.

- ✓ **Motivación Congruente:** Entendida como la correcta aplicación de la norma y una eficaz valoración de los medios probatorios que dan como resultado una sentencia debidamente motivada, el 16.67% de los casos analizados han sido resueltos adecuadamente; en este sentido, obtenemos que en la mayoría de los casos se ha dado una correcta motivación a las resoluciones judiciales.

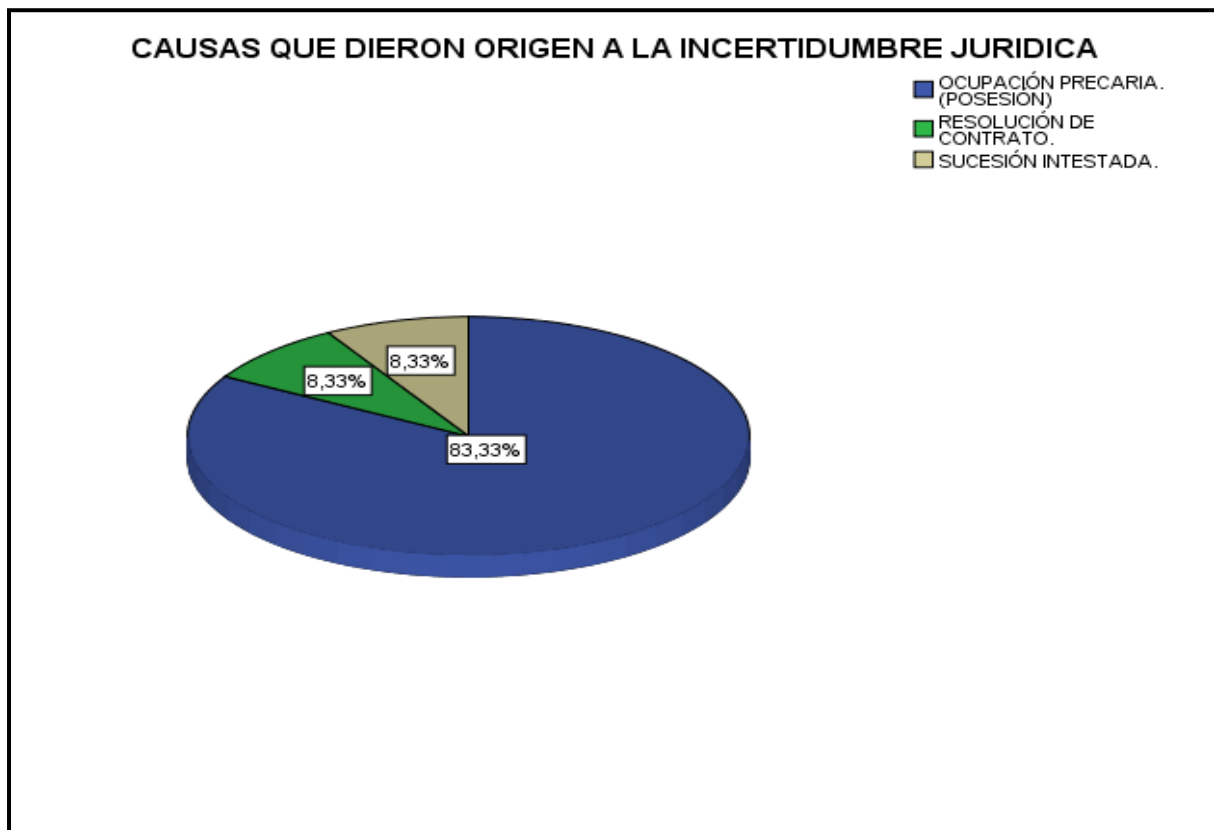
Teniendo en cuenta lo antes desarrollado se tiene que la mayoría de sentencias analizadas en la presente tesis presentan una motivación insuficiente que respalde la decisión adoptada por el juez frente a una incertidumbre jurídica, y que los otros porcentajes también presentan vicios de motivación, evidenciando de ese modo que la motivación adecuada no se encontraba presente dentro de los casos analizados, teniendo como factor de ello la antigüedad y escaso conocimiento sobre los tipos de vicios de motivación en las sentencias, que por considerar la antigüedad no eran debidamente promovidos para el conocimiento de la ciudadanía.

CUADRO N° 08**CAUSAS QUE DIERAN ORIGEN A LA INCERTIDUMBRE JURIDICA**

CAUSAS QUE DIERON ORIGEN A LA INCERTIDUMBRE JURIDICA			
EXPEDIENTE	OCUPACIÓN PRECARIA. (POSESIÓN)	RESOLUCIÓN DE CONTRATO.	SUCESIÓN INTESTADA.
N° 532-2007	X		
N° 112-1999	X		
N° 232- 2002	X		
N° 73-1994		X	
N° 214-1998	X		
N° 125-1998			X
N° 397-2000	X		
N° 32-2000	X		
N° 757-2006	X		
N° 302-1995	X		
N° 233-1996	X		
N° 680-2008	X		
TOTAL	10	1	1

GRAFICO N°8

intenta

**INTERPRETACION:**

En cuanto a las causas que dieron origen la incertidumbre jurídica de desalojo por ocupante precario, podemos señalar que el 83,33% fueron casos de origen posesionario, el 8,33% fueron originados por resolución de contratos y el 8,33% fueron por sucesión intestada, ello teniendo en cuenta las formas que dan origen al ocupante precario, por lo que dichas incertidumbres jurídicas tienen que estar corroboradas ante la normas jurídica y mejor sustentadas con la aplicación de la doctrina y jurisprudencia.

4.2 Contrastación de la hipótesis

Teniendo como base los resultados de los expedientes civiles estudiados obtenidos del Segundo Juzgado Civil del Huamanga, se identificó el nivel de motivación de las sentencias judiciales en el desalojo por ocupante precario, dado que se ha explicado dichos criterios en cada uno de los expedientes analizados. En tal sentido, se valida la hipótesis general que a la letra considera: El nivel de motivación de las sentencias judiciales en el desalojo por ocupante precario es deficiente. (Ver tabla N° 06).

Así mismo del análisis de los instrumentos los expedientes civiles tramitados en el Distrito Judicial de Ayacucho, se logra validar las hipótesis específicas:

- Que, la tendencia normativa, doctrinaria y jurisprudencial, en la motivación de las sentencias por desalojo por ocupante precario considero que es deficiente. (Tabla o cuadro N°. 04 y 06). Con este resultado se valida que el nivel de motivación de las sentencias judiciales en el desalojo por ocupante precario en el 2° juzgado civil de Ayacucho, es inadecuado e ineficiente. Por lo que existe un inadecuado uso de la razón suficiente en la motivación de las sentencias de desalojo por ocupante precario, ello acompañado de un vago y deficiente desarrollo jurisprudencial sobre el tema dejando vacíos en la emisión de sentencias que muchas veces son pobres en desarrollo.

-

TITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES

De la ejecución de la presente tesis de cómo influye la motivación insuficiente en las sentencias de desalojo por ocupante precario en el Segundo Juzgado civil de Huamanga, se llegaron a las siguientes conclusiones:

1.-La violación al principio de la razón suficiente (aplicación de la lógica jurídica) conjuntamente con el escaso desarrollo jurisprudencial sobre desalojo por ocupante precario explican ser uno de los factores por los cuales los jueces incurren en la emisión de sentencias con motivación insuficiente, ya que el escaso desarrollo jurisprudencial sobre dicha materia hace actuar al juez con un criterio personal, ya que dicho principio brinda la validez de toda norma en un determinado fundamento.

2.- Del análisis de la sentencia se puede apreciar de igual modo que las sentencias analizadas presentan vicios en la motivación de la sentencias siendo estas aparentes, insuficientes, defectuosas y congruentes tal como se aprecia del cuadro N°07.

3.- En la presente investigación se observó que en las sentencias analizadas los jueces emiten sus sentencias basándose principalmente en la norma, siendo esta un 100 %, y que solo un porcentaje ínfimo respalda la motivación de sus sentencias con aplicación de la doctrina y jurisprudencia sobre desalojo por ocupante precario.

4.- La falta de motivación en las sentencias de desalojo por ocupante precario, generaron en los sujetos procesales disconformidad sobre dicha incertidumbre jurídica, por lo que dichas sentencias en su mayoría fueron apeladas tal y como se muestra del cuadro N°02.

5.- El escaso desarrollo jurisprudencial y doctrinario de ese entonces, conllevaron a que exista una motivación insuficiente en las sentencias emitidas por el juez, generando criterios arbitrarios para la aplicación de la norma en casos de desalojo por ocupante

precario generando inseguridad jurídica, lo que obligo a los magistrados a dar solución al tema de desalojo por ocupante precario, llevándose a cabo el IV Pleno Casatorio Civil a fin de que los jueces puedan llegar a conclusiones uniformes.

2. RECOMENDACIONES

1. La violación y falta de aplicación de principios lógicos y específicamente del principio de la razón suficiente al emitir una sentencia, influyen negativamente a la solución de una incertidumbre jurídica, por lo que se recomienda a los magistrados una adecuada aplicación de dichos principios lógicos y principios del derecho a fin de que emitan una adecuada sentencia ya que es derecho de todo ciudadano por encontrarse contemplado claramente en la Constitución Política del Perú.
2. Asimismo, los magistrados de los diferentes Juzgados especializados en lo Civil deben de capacitarse frecuentemente en conjunto, y compartir experiencias sobre casos judicializados tramitados en sus despachos y otros despachos de los cuales puedan tener conocimiento sobre desalojo por ocupante precario, a fin de mantener una sola posición frente a casos específicos.
3. Los sujetos procesales intervinientes en un proceso de desalojo por ocupante precario deben de interponer fundamentar adecuadamente su petitorio, adjuntando las pruebas necesarias que ayuden al Juez en la motivación adecuada y suficiente sus sentencias, asimismo los descargos deben de estar debidamente fundamentados y detallados con los medios probatorios pertinentes, así coadyuvaran a que los magistrados motiven debidamente sus sentencias utilizando principios adecuados a fin de no vulnerar el derechos de los sujetos procesales.

BIBLIOGRAFIA

AVENDAÑO V, Jorge. “*DERECHOS REALES*”. Materiales de enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. PUCP. Segunda Edición.1990

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “*POSESIÓN ILEGÍTIMA O PRECARIA*”. THEMIS-Revista de Derecho, Segunda Época, No. 4, Pág. 59 a 63. Lima, 1986.

BONFANTE, Pedro. “*INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO*”. De Reus S.A. Madrid. 1929. 61.

CARAVANTES J. V. “*TRATADO HISTÓRICO, CRÍTICO FILOSÓFICO DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA CIVIL*”. Tomo III. Madrid.1858.

CARNELUTTI, Francesco. “*SISTEMA DE DERECHO PROCESAL CIVIL*”. Tomo I. De Uteha Argentina. Buenos Aires. 1944.

COLIN Y CAPITANT. “*CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL*”. Tomo II. Volumen II. Segunda Edición. Madrid. 1942.

COUTURE, Eduardo. “*ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL*”. Tomo II. Editorial Ediar. Buenos Aires.

CERTAD, Leonardo “*LA PROTECCIÓN POSESORIA*” -Teoría General en el Derecho Venezolano-. Colección Tesis de Doctorado. Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela. Caracas 1964.

GARCIA CALDERON, Francisco. “*DICCIONARIO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA*”. SEGUNDA EDICIÓN.

IHERING, Rudolf von. “*DEL INTERÉS DE LOS CONTRATOS, LA POSESIÓN, LA LUCHA POR EL DERECHO, TRES ESTUDIOS JURÍDICOS*”. Bibliografía Omeba. Buenos Aires. 1960.

IHERING Rudolf von. “*LA POSESIÓN*”. Editorial Reus. S.A. Madrid. 1926.

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. “*DE LOS DERECHOS REALES – PROYECTO PARA UN NUEVO LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS*”. Editorial Desarrollo S.A.

RIGAUD, “*EL DERECHO REAL. HISTORIA Y TEORÍAS. SU ORIGEN INSTITUCIONAL*”. Madrid. 1928.

PAPAAÑO, Ricardo José y OTROS “*DERECHOS REALES*” TOMO I. Ed. De Palma Buenos Aires 1989.

SÁNCHEZ- PALACIOS PAIVA, Manuel. “EL OCUPANTE PRECARIO” Doctrina y Jurisprudencia Casatoria. Ed. Legales. Asociación No Hay Derecho. Lima 2003.

GONZALES BARRON, Gunther “*CURSO DE DERECHOS REALES*”, Jurista Editores Lima 2003.

GONZALES BARRON, Gunther “*TRATADO DE DERECHOS REALES*”, Jurista Editores Lima 2013.

GONZALES BARRON, Gunther “*PROCESO DE DESALOJO*”, Jurista Editores Lima 2016.

RAMÍREZ CRUZ, Eugenio M. “*TRATADO DE DERECHOS REALES*” Tomo I. Editorial Rodhas. Segunda Ed. 2003. Lima- Perú.

GACETA JURIDICA.“*DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA*”-Actualidad, análisis, y crítica jurisprudencial- Revista mensual. Año 6. N° 19 y N° 21, correspondientes a los meses de Abril y Junio del 2000, respectivamente.

CONCLUSIONES PLENOS JURISDICCIONALES CIVILES 1997-1998-1999. Publicación Oficial de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial 1999.

ANALES JUDICIALES de la Corte Suprema de la República. Publicación Oficial del Poder Judicial.

CODIGOS CIVILES PERUANOS DE 1852, 1936 Y 1984. 84. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y CODIGO PROCESAL CIVIL PERUANOS.

ANEXOS

A N E X O: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO	PROBLEMA	OBJETIVO	HIPOTESIS	VARIABLES	METODOLOGIA
Ausencia de motivación en las sentencias de desalojo por ocupante precario en las sentencias	<u>PROBLEMA PRINCIPAL</u> -¿Cómo influye la motivación insuficiente de las sentencias en los procesos de desalojo por ocupante precario en el Segundo Juzgado Civil de Huamanga?	<u>OBJETIVO GENERAL</u> -Investigar cómo influye la violación del principio de la razón suficiente y el escaso desarrollo jurisprudencial sobre posesión precaria en la motivación insuficiente de las sentencias en los procesos de desalojo por ocupante precario en el Segundo Juzgado Civil de Huamanga en el año 2008	<u>HIPÓTESIS GENERAL</u> La violación del principio de la razón suficiente sumado al escaso desarrollo jurisprudencial sobre posesión precaria Explican la motivación insuficiente de las sentencias en los procesos de desalojo por ocupante precario en el Segundo Juzgado Especializado en	<u>VARIABLE INDEP.</u> X. Motivación insuficiente de sentencias judiciales de desalojo por ocupante precario. <u>Indicadores</u> X1.Principio de razón suficiente X2.Desarrollo Jurisprudencial	1. Tipo de Investigación Básica 2. Nivel de Investigación -Descriptivo 3. Método Descriptivo -Deductiv/inductiv -Análisis/síntesis
	<u>PROBLEMA SECUNDARIO</u> -¿Cómo afecta el principio de la razón suficiente en la motivación				

expedidas por los Juzgados Civiles de Huamanga	insuficiente de las sentencias? -¿Cómo interviene el desarrollo jurisprudencial sobre posesión precaria en la motivación insuficiente de sentencias?	<u>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</u> - Analizar como afecta el principio de la razón suficiente en la motivación insuficiente de las sentencias - Estudiar cómo interviene el desarrollo jurisprudencial sobre posesión precaria en la motivación insuficiente de sentencias	lo Civil de Huamanga en el año 2008 <u>HIPOT. ESPECIFICA</u> - La violación del principio de la razón suficiente Explica la motivación insuficiente de las sentencias - El escaso desarrollo jurisprudencial sobre posesión precaria en la motivación insuficiente de sentencias	<u>VARIABLE</u> <u>DEPEND.</u> Y. Motivación insuficiente de sentencia judiciales de desalojo por ocupante precario: Y1. Teoría sobre posesión precaria Y2. Derecho a la motivación	-Comparativo-interpretación -Estadístico 4. Diseño No experimental 5. Población Expedientes sobre desalojo por ocupación precaria 6. Muestra 12 sentencias de primera, segunda y última instancia. 7. Instrumentos
--	---	--	--	---	--

					-Ficha de análisis de expedientes judiciales.
--	--	--	--	--	---

EXPEDIENTE : 2006-00757-0-0501-JR-CI-2
 MATERIA : DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO
 ESPECIALISTA : HENRY ROGER HERRERA MENDOZA
 DEMANDADO : COSSIO CAHUANA HEBER MONER
 DEMANDANTE : QUISPE MENDEZ ISABEL

RESOLUCION NUMERO CINCO

Ayacucho, cuatro de mayo
 del dos mil siete.

SENTENCIA

VISTOS: El expediente mediante el cual, Isabel Quispe Mendez, por escrito de fojas veinte a veintitrés, interpone demanda de desalojo por ocupante precario, contra Heber Moner Cossio Cahuana.

PARTE EXPOSITIVA:

1. RETITORIO.- Isabel Quispe Mendez demanda a Heber Moner Cossio Cahuana para que mediante sentencia judicial se ordene la entrega del inmueble de su propiedad, ubicado en el conjunto habitacional "José Ortiz Vergara", Manzana "Q", Lote 13, con el consiguiente pago de costas y costos del proceso.

2.- HECHOS ALEGADOS EN LA DEMANDA.

2.1. Fundamenta la actora su pretensión en el hecho de haber adquirido una vivienda a través de contrato de compra venta y mutuo hipotecario, suscrito con el ex Banco de Vivienda, con fecha cuatro de abril de mil novecientos noventiuno, la misma que aún no ha sido inscrita ante la Superintendencia Nacional de Registros Públicos.

2.2. Que, al encontrarse su hermana Roberta Quispe Mendez sin vivienda, la autorizó para que pueda vivir con su pareja y ahora demandado Heber Moner Cossio Cahuana, desde el año mil novecientos noventa y siete aproximadamente, fecha en la que su hermana fue expulsada groseramente de su propiedad por parte del demandado, pese a mantener con ella una relación convivencial, llegando inclusive a amenazarla de muerte. Actualmente el demandado, en forma prepotente, se niega a salir, aduciendo que ya no mantiene ninguna

Gustavo A. Tapia Montoya
 Jefe del Segundo Juzgado Especializado
 en lo Civil - Huancayo

relación convivencial con su hermana.-----

2.3. Que, de otro lado, al acudir a las oficinas de COFOPRI, se dio con la ingrata sorpresa que el demandado pretendía inscribir el Título de Propiedad a su nombre, presentando documentos falsificados, mostrando como prueba, sucesivas convivencias con diferentes mujeres, motivo por el cual, con fecha doce de setiembre del dos mil cinco, le cursó Carta Notarial a fin de que desocupe su propiedad, quien en forma verbal la amenazó de muerte, por lo que hasta la fecha el emplazado tiene la condición de ocupante precario, en razón a que la cesión de su propiedad que le fuera entregada ha fenecido a la fecha, razón suficiente para que desocupe su propiedad, asimismo, manifiesta la actora que el demandado pretende la propiedad de su predio bajo la forma de prescripción adquisitiva de propiedad, añadiendo que el conjunto habitacional "José Ortiz Vergara" no se encuentra inscrita ante la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, por cuanto todos los propietarios debían tener autorización de la Comisión Liquidadora de FONAVI.-

3.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA.

Ampara su pretensión en el hecho que la precariedad no se determina únicamente por la falta de título de propiedad o de arrendatario, sino que carece además de ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el use y disfrute del bien, invocando lo establecido por el artículo 911° del Código Civil.-----

4.- Por resolución número uno de fojas veinticuatro, se admitió a trámite la demanda en la vía de Proceso Sumarísimo, confiriéndose traslado al demandado Heber Moner Cossio Cahuana, quien mediante escrito de folios treintinueve y siguientes cumplió con absolverla, contradiciendo la demanda en todos sus extremos, solicitando se la declare infundada, manifestando que, a la fecha, viene siguiendo un proceso sobre prescripción adquisitiva de dominio (Expediente número 2005 - 1238), acreditando su posesión respecto al predio sub litis con el Certificado expedido por la Municipalidad Provincial de Huamanga, así como con la Constancia emitida por el Presidente del Conjunto Habitacional "José Ortiz Vergara", desde el año mil novecientos noventauno hasta la actualidad, en forma pública, pacífica y continua, agregando que la

Gustavo A. Tapia Montoya
Juez del Juzgado Especializado
en lo Civil - Huamanga
Perú

97
NOTARIAL

90
noventa

demandante Isabel Quispe Mendez nunca posesionó el referido bien, menos ejerció derechos inherentes a la propiedad, por cuanto habiendo salido beneficiada en el sorteo de viviendas de ENACE, despreció el predio por lo reducido de su área, es por ello que el demandado en su condición de pareja del aquel entonces, hermana de la demandante, solicitó a la accionante hacerse cargo del bien inmueble, afrontando desde entonces todos los gastos que originaron la habilitación para su ocupación, conduciéndolo desde el año mil novecientos noventauno, hasta la actualidad, ejerciendo su derecho como propietario por más de quince años, añadiendo que es cierto que su persona fue empadronado por COFOPRI, toda vez que el personal de dicha entidad, lo empadronó, constatando su posesión, precisando que es cierto que la demandante le cursó carta notarial a fin que desocupe la propiedad, pero ésta ya no le corresponde por cuanto el demandado, por el transcurso del tiempo, ha ganado el derecho de prescripción.-----

5.- Por resolución número dos de folios cuarentitrés, se dio por contestada la demanda, señalándose fecha para la audiencia de saneamiento procesal, conciliación y pruebas, fijándose como puntos controvertidos: a) Determinar si la demandante es propietaria del inmueble ubicado en el conjunto habitacional "José Ortiz Vergara", Manzana "Q", Lote 13; b) Determinar si esta propiedad tiene siendo ocupada en forma precaria por el demandado, procediendo en consecuencia el desalojo. Mediante resolución número cuatro, de folios noventa y dos se ordenó poner los autos a Despacho para expedir la correspondiente sentencia, la que se procede a emitir.-----

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones de conformidad a lo que dispone el artículo 188° del Código Procesal Civil; que, en este orden de ideas, es principio procesal de lógica jurídica en materia de prueba, que la carga probatoria corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, tal como estipula el artículo 196° del Código acotado.-----

Gustavo A. Tapia Montoya
Juez del Segundo Juzgado Especializado
en lo Civil
de Huancayo

99
nombrado

SEGUNDO.- Que además, en los procesos de desalojo por ocupación precaria, el demandante debe probar fehacientemente su derecho de propiedad sobre el inmueble sub-litis con medio probatorio idóneo, y la parte demandada acreditar a su vez la calidad de arrendatario o tener algún vínculo contractual o título que justifique su posesión.-----

TERCERO.- Que, tal como lo dispone el artículo 896° del Código Civil, la posesión es el ejercicio de uno o más poderes inherentes a la propiedad, los cuales se hallan especificados en el numeral 923° del Código acotado; por su parte, la denominada posesión precaria, es definida como aquella que se ejerce sin título alguno o con título fenecido; y, para la configuración de dicha situación de hecho (precariedad), se exige que la posesión sea ilegítima, es decir, que no se ajuste a derecho, y concretamente, que la posesión se ejerza bajo uno de los siguientes supuestos: a). Careciendo de título para poseer; b). Cuando el título con el que se cuenta es nulo o este haya fenecido; c). Cuando la posesión ha sido adquirida de modo insuficiente para constituir derechos reales; d). Cuando se adquiere de aquél que no tenía derecho a poseer el bien; y, e). Teniendo el derecho de posesión, no podía transmitirlo.-----

CUARTO.- Que, en el caso de autos, la pretensión contenida en la demanda está dirigida a obtener la restitución del inmueble ubicado en el Lote 13, Manzana "Q" del conjunto habitacional "José Ortiz Vergara", invocando la actora su titularidad de dicho predio y la precariedad posesoria del demandado Heber Moner Cossio Cahuana, toda vez que no les une ningún vínculo que autorice al emplazado la ocupación del referido inmueble, en concordancia con lo estipulado en la jurisprudencia casatoria número 2428-2001-Lima. El Peruano del dos de mayo del dos mil dos, que a la letra estipula: "En los procesos que versan sobre desalojo por ocupación precaria, es sujeto activo de la relación jurídico procesal el propietario del bien cuya desocupación se pretende, mientras que el sujeto pasivo es aquel que se encuentra en la posesión del mismo, de tal manera que el demandante se encontrará en la obligación de acreditar la propiedad del bien, mientras que el demandado se encontrará en la obligación de demostrar que posee en mérito a un título que permita advertir la legitimidad de su posesión"-----

100
Cm

QUINTO.- Que, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 585° y 586° del Código Procesal Civil, el proceso de desalojo tiene por objeto la restitución de un predio, teniendo la condición de sujeto activo, entre otros, el propietario, y el de sujeto pasivo el arrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución; que, bajo tal contexto, la acción de desalojo también es procedente contra el ocupante precario, por expresa referencia de la segunda parte del artículo 586° del Código acotado, entendiéndose por ocupante precario, conforme al artículo 911° del Código Civil, a aquél que ejerce la posesión de un bien sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.-----

SEXTO.- Que, conforme a la evaluación integral de los medios probatorios obrantes en autos, se concluye que la accionante Isabel Quispe Mendez, resulta ser copropietaria del inmueble sub litis, conforme fluye del Contrato de compra venta y mutuo hipotecario que en copia autenticada corre de folios cinco a siete, otorgado por el Banco de la Vivienda del Perú, a favor de Severino Pozo Ayala, casado con la accionante Isabel Quispe Mendez, documento que no ha sido impugnado por el demandado.-----

SÉPTIMO.- Que, de otro lado, si bien el demandado ha incoado acción de prescripción adquisitiva de dominio (Expediente 2005-1238), entre las mismas partes, por ante el Primer Juzgado Civil de Huamanga, conforme se verifica de las copias certificadas de folios cincuentiuno a noventa, este hecho no enerva en modo alguno el mérito de los considerandos precedentes, más aún si se tiene en cuenta que el referido proceso se encuentra en trámite, por lo demás, el propio demandado en los fundamentos fácticos de su escrito de contestación a la demanda, de folios treintinueve y siguientes, reconoce de modo expreso que la accionante efectivamente, fue beneficiada en un sorteo de viviendas realizado por ENACE, la misma que desprecio dicho predio, por lo que el demandado y su pareja decidieron solicitarle hacerse cargo del referido inmueble, asimismo, acepta también que la actora suscribió con el Banco de Vivienda, un contrato de compra venta y mutuo hipotecario en el año mil novecientos noventiuno, respecto al predio sub litis, afirmaciones estas que, a tenor de lo estipulado por el artículo 221° del Código Procesal Civil, constituyen "declaración asimilada". Asimismo, a folios ocho corre el cargo de la Carta

Gustavo A. Tapia Montoya
Juez del Segundo Juzgado Civil de Huamanga

101
Costo
uno

Notarial suscrita por la actora Isabel Quispe Mendez, su fecha doce de setiembre del dos mil cinco, requiriendo al demandado la desocupación del predio de su propiedad, hecho que avala los fundamentos fácticos expuestos por la actora en su escrito de la demanda, por todo lo que la demanda debe ser objeto de amparo jurisdiccional.-----

PARTE RESOLUTIVA:

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con los artículos 911° y 979° del Código Civil, concordantes con los numerales 188°, 196°, 550° y 585° del Código Procesal Civil, administrando justicia a nombre de la Nación, **FALLO:** Declarando FUNDADA la demanda de desalojo por la causal de ocupación precaria, interpuesta a fojas veinte y siguientes por Isabel Quispe Mendez, contra Heber Moner Cossio Cahuana; en consecuencia; **ORDENO:** Que el referido demandado **DESOCUPE y RESTITUYA** a la actora el inmueble de su propiedad sito en el Lote 13, Manzana "Q" en el conjunto habitacional "José Ortiz Vergara", en el término de **SEIS DÍAS** de notificado con la presente resolución, bajo apercibimiento de lanzamiento, consentida o ejecutoriada que fuera la presente resolución, con costas y costos del proceso; notificándose.-

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AYACUCHO

Gustavo A. Tapia Montoya
Jefe del Segundo Juzgado Especializado
en la Sede: Huancayo

Miguel Angel Chilice Jayo
Asistente de Juez
Segundo Juzgado Civil
CSJAY/PJ.

*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria*

CASACIÓN 774-2008

AYACUCHO

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

Lima, veintiséis de mayo

Del año dos mil ocho.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO: PRIMERO.- Que, el recurso de casación interpuesto por Heber Moner Cossio Cahuana cumple con los requisitos de forma para su admisibilidad, conforme lo exige el artículo trescientos ochenta y siete del Código Procesal Civil; SEGUNDO.- Que, su recurso se sustenta en la causal contenida en el inciso tercero del artículo trescientos ochenta y seis del precitado Código Procesal, denunciando: La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso. Se ha prescindido de oficio pruebas documentales, se obstaculizó la valoración conjunta y razonada de la prueba, lo que evidencia una violación referida a la limitación del ejercicio de su derecho de defensa. Que el recurrente posee el bien sub litis de manera pública, pacífica y continua, como es de conocimiento de los vecinos, cuenta con recibos de agua, luz, teléfono e impuesto predial a su nombre, todo esto acredita que no tiene la calidad de precario. Sin embargo estas pruebas fueron sesgadas por la Sala, lo que le hace pensar en una parcialización de la Sala a favor de la demandante. Que cuenta con el Certificado de Posesión emitido por la Municipalidad Provincial de Huamanga, así como el expedido por el Presidente de la Asociación José Ortiz y demás pruebas. Que inició el proceso de prescripción adquisitiva, que aún está pendiente de sentencia; y mientras no se resuelva aquél se debe suspender el presente proceso para evitar pronunciamientos contradictorios. Que la actora nunca tomó posesión del bien, fue beneficiada por el sorteo de viviendas de la Empresa Nacional de Construcciones y Edificaciones (ENACE), pero despreció el bien sub litis por su reducida área y desventajosa ubicación, por este motivo, el suscrito como pareja de la hermana de la actora, solicitó hacerse cargo del bien, afrontando todos los gastos desde su ocupación a partir del año mil novecientos noventa y uno; TERCERO.- Que, sobre los argumentos de su recurso, se solicita un reexamen de los hechos y pruebas, el que resulta improcedente en sede casatoria, asimismo las instancias de mérito han motivado debidamente sus sentencias de fojas noventa y seis y ciento treinta y tres respectivamente, valorando de forma conjunta y razonada las

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 774-2008

AYACUCHO

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

pruebas aportadas al proceso; asimismo se debe señalar que, como lo establece el Juez de la causa en su citada sentencia, el propio demandado reconoce el título de propiedad de la actora, reconoce además que ingresó al bien con su autorización para convivir con la hermana de ésta, y que la misma demandante mediante carta notarial de fecha doce de setiembre del año dos mil cinco corriente a fojas ocho, le solicita al demandado que desocupe el bien sub litis, por consiguiente resulta improcedente esta causal; **CUARTO.-** Que, por los fundamentos expuestos, el presente recurso no satisface el requisito de fondo exigido en el acápite dos punto tres, inciso segundo del artículo trescientos ochenta y ocho del Código Procesal Civil, en uso de las facultades previstas en el artículo trescientos noventa y dos del precitado Código Procesal, declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Heber Moner Cossio Cahuana mediante escrito de fojas ciento cuarenta, contra la resolución de vista de fojas ciento treinta y tres, su fecha veintiséis de octubre del año dos mil siete; **CONDENARON** al recurrente al pago de una multa ascendente a tres Unidades de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos derivados de la tramitación del presente recurso; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano"; bajo responsabilidad; en los seguidos por Isabel Quispe Méndez contra Heber Moner Cossio Cahuana; sobre desalojo por ocupación precaria; y los devolvieron; interviniendo como Vocal Ponente el Señor Ticona Postigo.-

SS.

TICONA POSTIGO

PALOMINO GARCÍA

CASTAÑEDA SERRANO

MIRANDA MOLINA

VALERIANO BAQUEDANO

cbs

SE PUBLICO CONFORME A LEY

3 JUN. 2008

EXPEDIENTE : 2007-00532-0-0501-JR-CI-2
 ESPECIALISTA : CARLOS SIERRALTA ESPINOZA
 DEMANDADO : LOAYZA DE SOSA ALEJANDRA
 : SOSA ZAVALA EPIFANIO
 DEMANDANTE : COMUNIDAD CAMPESINA DE ARIZONA
 MATERIA : DESALOJO

SENTENCIA

Resolución número TREINTA

Ayacucho, diecisiete de junio del dos mil nueve.-

VISTOS: El cuaderno principal en que la Comunidad Campesina de Arizona, mediante el escrito de fojas treinticinco a cuarenta, subsanada a fojas cuarenticinco, interpone demanda contra Epifanio Sosa Zavala y Alejandra Martínez de Sosa, sobre Desalojo.

PARTE EXPOSITIVA:

1.- PETITORIO DE LA DEMANDA.

La Comunidad Campesina de Arizona pretende que los demandados Epifanio Sosa Zavala y Alejandra Martínez de Sosa, le restituyan la posesión del predio ubicado en el sector denominado "Montepampa", constituido por un lote de cuarenta metros cuadrados, que es parte integrante del predio mayor "Casacancha II".

2.- HECHOS ALEGADOS EN LA DEMANDA:

2.1. Expresa la demandante Comunidad Campesina de Arizona que fue adjudicada mediante Resolución Directoral número 089-89-UNA-XVIII-OL de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos ochentinueve, mediante el cual probó el proyecto de adjudicación de los predios rústicos "Casacancha I" y "Casacancha II" ubicado en el distrito de Vinchos de la Provincia de Huamanga, Departamento de Ayacucho.

2.2. Que, los predios adjudicados "Casacancha I" y "Casacancha II" se halla inscrito en el asiento 3, fojas 460, tomo 119, en mérito al Título de Propiedad número 048601 de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos ochentinueve, a favor de la Comunidad Campesina de Arizona, acumulado posteriormente al predio "Casacancha I" y "Casacancha II", este último registrada en el asiento 01, fojas 495, del tomo 119, al inmueble primigeniamente registrado "Casacancha I", constituyendo una nueva unidad inmobiliaria con un área total de trescientos treinta hectáreas con seis mil doscientos sesenticinco metros cuadrados.

2.3. Que, los demandados a la fecha vienen posesionando el predio denominado "Montepampa", que es parte integrante del predio mayor "Casacancha II" terreno de

Alvaro Marco Velázquez Parales
JUEZ
Segundo Juzgado Civil de Huamanga

ASISTENTE DE JUEZ
Segundo Juzgado Civil de Huamanga
CSJAY/PJ

exclusiva propiedad de la Comunidad Campesina de Arizona en calidad de ocupantes precarios, por cuanto no cuentan con título alguno que amparen su posesión, es mas las habitaciones materia de litis a la fecha se hallan totalmente abandonados cerrados con sus correspondientes candados y en cuyo interior se hallan las pertenencias de los demandados.

3.- FUNDAMENTOS JURÍDICO DE LA DEMANDA.

La demandante ampara su demanda en lo previsto por los artículos 911 y 923 del Código Civil y en los artículos 546 inciso 4, y 585 del Código Procesal Civil, así como en lo previsto por el artículo 89 de la Constitución Política del Estado, y la Ley General de Comunidades Campesinas.

4.- Mediante resolución número dos de fecha veinte de julio del dos mil siete que corre en autos a fojas cuarentiocho, se admitió la demanda, confiriéndose traslado a los demandados, quienes la contestaron mediante el escrito de fojas ciento quince y siguientes, solicitando se declare infundada y/o improcedente, alegando que no son ocupantes precarios, sino son poseesionarios y usufructuarios, y que el predio materia sub litis se encuentra construida su vivienda y los demás predios han venido conduciendo como poseedores y usufructuarios, fueron procesados con fines de Reforma Agraria, luego adjudicados primero entre otros predios expropiados por la Ley de Reforma Agraria, luego adjudicados primer entre otros predios expropiados por la ley de Reforma Agraria a la entonces Cooperativa Agraria de Producción "Los Libertadores" Limitada doscientos nueve, donde la codemandada Alejandra Loayza Martínez, en su condición de socia ha venido laborando e integrando la unidad de producción conformado por los predios "Casacancha I" y "Casacancha II", en la que fue calificada como beneficiaria de la Ley de Reforma Agraria, mediante la Resolución Directoral número 0329-82-DRA-XVIII-Ayacucho; asimismo los demandados han deducido excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante. Por resolución número ocho de fecha doce de octubre del dos mil siete se admitió la contestación a la demanda, y se fijó fecha de audiencia única.

5.- AUDIENCIA.

En la audiencia llevada a cabo con la presencia del representante legal de la comunidad campesina demandante, conforme al acta de fojas ciento cincuentiocho y siguientes, mediante resolución número doce se declaró improcedente la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, asimismo se saneó el proceso, no se propuso fórmula conciliatoria; se fijó como puntos controvertidos: Primero: Que, la comunidad demandante acredite documentalmente su propiedad respecto al predio

JUZGADO CIVIL Y HUMANO
SEGUNDO JUZGADO CIVIL Y HUMANO
CS. AYAPU

ASISTENTE DE JUZGADO
MAGISTRADO ESPECIALIZADO EN CIVIL
MAGISTRADO AYACUCHO
CS. AYAPU

sub litis. Segundo: Que, la comunidad accionante pruebe la condición de ocupantes precarios de los demandados Epifanio Sosa Zavala y Alejandra Loayza de Sosa. Tercero: Por parte de los demandados, estos deben acreditar que no tiene la condición de ocupantes precarios del predio sub litis. Se admitieron y actuaron los medios probatorios ofrecidos por las partes, asimismo la diligencia de inspección judicial se llevó a cabo conforme es de verse el acta de fojas doscientos veintidós y siguientes, luego del cual el Juzgado comunicó que la causa quedaba expedita para emitir sentencia y, habiendo llegado la oportunidad se procede pronunciarla.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos fijados en la audiencia de fojas ciento cincuentiocho y siguientes, fundamentar sus decisiones de conformidad a lo que dispone el artículo 188 del Código Procesal Civil.

Segundo: Que, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos, correspondiendo el juez valorar las pruebas en forma conjunta, expresando en la resolución las valoraciones esenciales y determinantes que sustentarán la decisión.

Tercero: Que, la finalidad del proceso de desalojo es obtener la restitución de un predio. Restituir es devolver el predio a quien lo poseía. Como lo expresa Anibal Torres Vásquez (TORRES VÁSQUEZ, Anibal; Derechos Reales, Tomo I, IDEMSA, páginas 402 y siguientes, Lima, 2006), conforme a nuestro ordenamiento jurídico con el proceso de desalojo por ocupante precario el demandante persigue que le restituya el bien quien lo posee sin su autorización (el ocupante clandestino, el usurpador) o que le sea devuelto por la persona a quien él le cedió voluntariamente por haber fenecido el título. Siguiendo a dicho autor nacional, el desalojo por ocupante precario en su faceta de acción real protege un derecho real subjetivo (propiedad, uso, posesión, etc.), cuyo objeto es un bien (cosa), sobre el cual el sujeto titular (propietario, usuario, etc.) tiene un poder directo e inmediato de usar, gozar y disponer del bien sin intermediarios. El titular del derecho real puede perseguir al bien sin importar en posesión de quien se encuentre. El derecho real es absoluto, se ejerce *erga omnes*. Es así como, si una persona posee un bien de facto, sin título, o sea sin que el titular del derecho real le haya transferido la propiedad, uso o posesión del bien, éste (el titular) puede valerse del proceso de desalojo por ocupante precario para que se le restituya el bien. Aquí el desalojo tiene, sin duda, naturaleza real.

Cuarto: Que, el supuesto jurídico para el ejercicio de la acción de desalojo por ocupación precaria es que esta acción procede contra quien ejerce la posesión de un bien sin título alguno o cuando el que tenía ha fenecido, tal como lo prescriben los artículos 911 y 586 del Código Civil y Procesal Civil, respectivamente. Ahora, cuando se invoca la precariedad originaria, se denuncia que el poseedor nunca poseyó título (fundamento jurídico), le falta derecho porque no lo ha tenido nunca, esto es que hay ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que ostenta el ocupante. Consecuentemente, habiendo invocado el demandante ser el propietario del bien *sub litis* debe acreditar su derecho de propiedad; y que el demandado posea el predio rústico sin título alguno (precario originario).

Quinto: Que, del análisis de las pruebas promovidas por la parte demandante Comunidad Campesina de Arizona es propietaria de los predios rústicos denominados "Casacancha I" y "Casacancha II", ubicados en el Distrito de Vinchos de la Provincia de Huamanga; título de propiedad que le fue conferido mediante Resolución Directoral Regional No. 064-91-AG-DGA, de fecha dieciocho de febrero de mil novecientos noventiuno, que confirma la Resolución Directoral número 089-89-UNA-XVIII-OL de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos ochentinueve, que fuera expedida por la Unidad Agraria Departamental XVIII-Ayacucho, que entre otros extremos aprobó el Proyecto de Adjudicación de los predios rústicos "Casacancha I" y "Casacancha II" a favor de la Comunidad Campesina de Arizona, ubicado en el distrito de Vinchos, Provincial de Huamanga, Departamento de Ayacucho, teniendo como con un área total de trescientos treinta hectáreas y seis mil doscientos setenticinco metros cuadrados, incluyendo los otros bienes expropiados, título de propiedad que se encuentra inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble de Ayacucho. También se tiene que esta parte ha acreditado su condición de propietaria del bien rústico denominado "Montepampa y otros", y conforme a la Resolución Directoral Regional número 018-2006-GRA-DRAA/OAJ-DR, de fecha trece de febrero del dos mil seis, expedida por la Dirección Regional Agraria de Ayacucho, que corre en autos a fojas ocho y siguientes, en la que se advierte que se declaró nula y sin valor legal los certificados de posesión y conducción, otorgados por los ex Directores de la Agencia Agraria de Huamanga, en favor de los ahora demandados esposos Epifanio Sosa Zavala y Alejandra Loayza Martínez; de los cuales se advierte que el predio "Montepampa", cuya restitución se demanda en este proceso, resulta siendo parte integrante del conjunto del territorio comunal, hecho este que ha sido verificado en la

Segundo Juzgado Civil de Huamanga
CSJ/AYP
JUEZ
JUAN VILLALBA PAREDES

ASISTENTE DE VICE
JUEZ
Nelson Augusto Espinosa de Curi
CSJ/AYP-1

Inspección Judicial llevada a cabo por el Juez de Paz Letrado de Vinchos, conforme es de verse del acta de fojas doscientos veintidós y siguientes.

Sexto: Que, los demandados al contestar la demanda han alegado ser poseionarios y usufructuarios, esta posesión están corroboradas con la memoria descriptiva y el levantamiento de plano levantado en octubre de mil novecientos ochentinueve, el contrato de plantación forestal celebrado con la Administración Técnica del Distrito Forestal y de Fauna del Ministerio de Agricultura, certificado de conducción del predio Montepampa, Paltarumi expedido por el Director de la Agencia Agraria de Huamanga.; consecuentemente, no son idóneos para probar título de propiedad respecto a la fracción de terreno denominado "Montepampa"; sin embargo, el ejercicio de la posesión en la forma que alega la parte accionada no puede considerarse como título que justifique su posesión. Asimismo, la parte accionada considera como justo título las certificaciones de posesión otorgadas por la Agencia Agraria de Huamanga, a favor de los demandados que corre a fojas ciento dos y ciento tres; al respecto este Juzgador considera que los certificados de posesión sólo constituyen una constancia que acredita la posesión u ocupación actual de los demandados sobre el predio *sub litis*, pero que no contiene una autorización o el reconocimiento de algún derecho sobre el predio, por tanto no es título suficiente para ocupar el inmueble; tal como lo ha sostenido la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Numero 0450-99-CAÑETE, de fecha ocho de noviembre del año dos mil.

Séptimo: Este Juzgador cree oportuno precisar que el hecho de que todas las pruebas aportadas no hayan sido plasmadas en esta sentencia no implica que no hayan sido valoradas, pues de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 197 del Código Procesal Civil, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión del Juzgador.

Octavo: Que, conforme al artículo 412 del Código Procesal Civil debe establecerse para la parte vencida la condena de costas y costos, dado no que no concurre razones atendibles para su exoneración, incurriendo al contestar la demanda en una apreciación errónea sobre su titularidad respecto del bien *sub iudice*.

PARTE RESOLUTIVA:

Por tales consideraciones y normas legales invocadas, Administrando Justicia a Nombre de la Nación: FALLO: Declarando **FUNDADA** la demanda de fojas treinticinco a cuarenta, subsanada a fojas cuarenticinco, interpuesta por la Comunidad Campesina de "Arizona" contra Epifanio Sosa Zavala y Alejandra Martínez de Sosa, sobre

Agencia Agraria de Huamanga
JUEZ DE PAZ LETRADO
Epifanio Sosa Zavala y Alejandra Martínez de Sosa
C.A. IAVIP

Segundo Juzgado Civil de Huamanga
JUEZ DE PAZ LETRADO
Epifanio Sosa Zavala y Alejandra Martínez de Sosa
C.A. IAVIP



Desalojo por Ocupante Precario; y en consecuencia **ORDENO** que los codemandados Epifanio Sosa Zavala y Alejandra Martínez de Sosa, desocupen el inmueble *sub litis* denominado "Montepampa", de cuarenta metros cuadrados, predio que es parte integrante del predio denominado "Casacancha II" que se encuentra en el territorio de la Comunidad Campesina de "Arizona", dentro del plazo de seis días de consentida y / o ejecutoriada sea esta resolución, bajo apercibimiento de ordenarse el lanzamiento. Con condena de costas y costos.- Notifíquese.-

Alvaro Marco Volásquez Paredes
JUEZ
Segundo Juzgado Civil de Huamanga
CSJAYPJ.

Manuel Conde Vilca
ASISTENTE DE JUEZ
Segundo Juzgado Especializado en Civil
Huamanga, Apurícho
CSJAYPJ.

ENTREVISTA

NOMBRE:

CARGO: Secretario Judicial del 2ª Juzgado Civil de Huamanga

1.- ¿Cuánto tiempo viene desempeñándose en el cargo de secretario judicial del Juzgado Civil de Huamanga?

Vengo desempeñándome en dicho cargo aproximadamente hace 12 años, laborando inicialmente en dicho juzgado en los años 200- 2008, siendo rotado posteriormente a otra dependencia y reincorporado de forma consecutiva desde el 2010 hasta la fecha en el 2ª juzgado Especializado en lo civil de Huamanga.

2.- ¿Tuvo a su cargo o estuvo constante relación con procesos de desalojo por ocupante precario en los años 2002 al 2008?

Si, tuve la suerte de ver procesos de desalojo por ocupante precario desde las fechas señaladas ya que son materia del Juzgado civil por ser un proceso sumarísimo.

3.- ¿A su criterio como secretario judicial los jueces emitían sentencias debidamente motivadas en los casos de desalojo por ocupante precario?

Si bien en cierto en ese entonces las sentencias emitidas por los jueces en su mayoría carecían de motivación suficiente, para dar una explicación claro a los sujetos proceso del proceso, solo adecuaban su sentencia a los hechos expuestos, mas no así realizar un detalle adecuado como actualmente se exige (una debida motivación).

4.- ¿Cuáles podrían ser a su criterio las causas que conllevaban a que exista una falencia en la motivación debida de las sentencias de desalojo por ocupante precario en el Segundo Juzgado Civil de Huamanga?

Llevo años trabajando en dicho juzgado y lo que pude observar es que existen varios factores que influyeron en una indebida motivación de las sentencias de desalojo por ocupante precario, siendo una de ellas que en ese entonces los jueces designados a dicho juzgado eran rotados por cargos de confianza y muchos de ellos no eran especialistas en materia civil, otro factor que influye hasta la actualidad es la carga procesal que pasa el juzgado desde años anteriores.

5.- Teniendo en cuenta que sentencias deben ser detalladas y debidamente motivadas. ¿Cree Usted que uno de los factores haya sido el no contar con la doctrina y con una jurisprudencia de definiciones claras de ocupante precario?

Ciertamente en los años mencionados no existían muchos autores que desarrollaran el tema de ocupante precario, siendo la norma muy vaga en su explicación referente al tema, por lo que muchas veces dicha doctrina no era considerada por los jueces por ser vaga y que anteriormente la publicidad de sentencias en otros juzgados no era de conocimiento a nivel nacional.

6.- ¿Cree Usted que a raíz de dichas falencias que en ese entonces afectaba al sistema jurídico regional y efectivamente nacional es que se da el acuerdo plenario IV en el cual se desarrolla más a fondo el tema de desalojo por ocupante?

Si ya que a raíz de dichas falencias observo como secretario judicial que he estado en constante contacto con jueces a cargo de este juzgado que el IV acuerdo plenario ayudo mucho en la motivación de las sentencias de desalojo por ocupante precario, ya que en dicho acuerdo se señala requisitos y características que deben ser considerados por los jueces al momento de calificar la demanda y plasmarla en sus resoluciones y sentencias respectivamente de acuerdo al caso concreto que pueda suscitar dicha posesión.

Acotando a ello que un falta desarrollarse el tema de desalojo por ocupante precario por existen algunas dudas aun que el acuerdo plenario no cubrió, por lo que por ahora es un instrumento importante para la motivación eficiente y adecuada y las sentencias