PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado

PROCESO ÚNICO DE DESALOJO: PROPUESTAS PARA UNA TUTELA EFECTIVA

Tesis para obtener el grado académico de Doctor en Derecho que presenta:

Cristian Guillermo Angeludis Tomassini

Asesor:

César Rodrigo Landa Arroyo

Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, Landa Arroyo, Cesar Rodrigo, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulada **PROCESO ÚNICO DE DESALOJO: PROPUESTAS PARA UNA TUTELA EFECTIVA** de la autor **ANGELUDIS TOMASSINI CRISTIAN GUILLERMO** dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **7**%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 04/03/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:
Lima, 04 de marzo de 2025

Apellidos y nombres del asesor	Landa Arroyo, Cesar Rodrigo
DNI: 07773307	Firma
ORCID: 0000-0003-0801-8873	

RESUMEN

La tesis expone como problemática la coexistencia en el sistema jurídico peruano de cuatro procesos de desalojo, todos con diferentes requisitos y procedimientos; coexistencia que ha desnaturalizado las características que debería tener un proceso de desalojo, como son la simplicidad y una cognición sumaria, atendiendo a la sencillez de las controversias que se llevan a juicio. Por el contrario, el proceso de desalojo no sólo es lento, sino se ha vuelto complicado.

Es objetivo general del trabajo determinar los alcances de un único proceso de desalojo, con modificaciones o mejoras en las diversas etapas del proceso. En camino a ello, se advierte en dicho proceso se debe tomar en consideración el derecho a la vivienda del demandado, así como otros derechos fundamentales.

El trabajo se estructura sobre la base del estudio doctrinario y legislativo del derecho de propiedad y posesión, así como de los diversos mecanismos procesales que ofrece el sistema jurídico peruano, entre ello, el desalojo, para la satisfacción o protección de dichos procesos. También, se estudia doctrinariamente al derecho a una vivienda digna o adecuada, y como su contenido esencial puede relativizar la vigencia del derecho de propiedad.

Un estudio de derecho comparado de algunos países de habla hispana, permite entender la existencia de un conflicto de los derechos o principios mencionados. Además, se ha acudido a entrevistas con especialistas en otros países, y jueces para determinar la duración de los procesos. También a estadística proporcionada por el Poder Judicial y otras dependencias estatales.

Finalmente, se propone un contenido o una estructura para un único proceso de desalojo.

PALABRAS CLAVE:

DESALOJO – PROPIEDAD – POSESIÓN – DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA – VIVIENDA DIGNA

INDICE

PROCESO ÚNICO DE DESALOJO: PROPUESTAS PARA UNA TUTELA EFECTIVA

RESUMEN iii

ÍNDICE iv

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO 1: DERECHOS REALES Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN 5

1.1. Los derechos reales de propiedad y posesión. 5
1.1.1. El derecho de propiedad. 6
1.1.1.1. Características del derecho de propiedad. 6
1.1.1.2. Características del derecho fundamental de propiedad. 13
1.1.2. La posesión. 25
1.1.2.1. Concepción moderna de la posesión: entre Savigny e Ihering. 25
1.1.2.2. Alcances de la posesión y su tratamiento en la legislación peruana. 29
1.1.2.3. Clases de posesión. 38
1.1.2.3.1. Posesión mediata e inmediata. 38
1.1.2.3.2. Posesión legítima e ilegítima. Posesión ilegítima de buena fe y mala fe. 38
1.1.2.4. Poseedor precario. 40
1.1.2.5. El Cuarto Pleno Casatorio Civil. 44

1.2. Mecanismos procesales de restitución de propiedad y posesión. 50
1.2.1. Conceptos previos. 50
1.2.2. Proceso de reivindicación (Acción reivindicatoria) y Mejor derecho de propiedad. 53
1.2.3. Defensas posesorias. 61
1.2.3.1. Acciones posesorias. 63
1.2.3.2. Interdictos. 65
1.2.4. El proceso constitucional de amparo. 66
1.2.4.1. El contenido esencial del derecho de propiedad. 67
1.2.4.2. Amparo contra la vulneración del derecho de propiedad en los procesos de expropiación. 68
1.2.4.3. La garantía que la propiedad pueda responder a los supuestos mínimos de uso, usufructo y disposición: la expropiación indirecta. 70
1.2.4.4. Derecho de propiedad de los pueblos originarios. 72
1.2.5 El proceso de desalojo. 76
1.2.5.1. Naturaleza del proceso. 76
1.2.5.2. Regulación del proceso de desalojo en el Perú. 80
1.2.5.2.1. El proceso sumarísimo de desalojo del Código Procesal Civil. 94
1.2.5.2.2. El proceso de desalojo con cláusula de allanamiento a futuro de la Ley 30201 o mal denominado

desalojo express. 104
1.2.5.2.3. El proceso de desalojo regulado en el Decreto Legislativo 1177. 106
1.2.5.2.4. Proceso de desalojo notarial. 109
1.2.5.2.5. Resumen de los mecanismos procesales disponibles en el Perú. 114

CAPÍTULO 2: EL DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA FRENTE A LOS MODELOS DEL PROCESO DE DESALOJO EN LATINOAMÉRICA. 120

2.1. El derecho fundamental a una vivienda adecuada. 121
2.1.1. Reconocimiento del derecho a una vivienda adecuada. 122
2.1.2. Contenido esencial. 128
2.1.3. El derecho a una vivienda adecuada o digna y el derecho de propiedad. 140
2.1.4. El derecho a una vivienda adecuada en algunos modelos comparados y los modelos de proceso de desalojo. 145
2.1.4.1. Desarrollo del derecho a una vivienda adecuada. 145
2.1.4.1.1. En el Perú. 147
2.1.4.1.1.1. Situación de la vivienda en el Perú. 147
2.1.4.1.1.2. Desarrollo del derecho a una vivienda adecuada en el Perú. 153
2.1.4.1.2. Algunos modelos comparados. 167
2.1.4.2. Derecho a una vivienda adecuada y el proceso de desalojo. 183

2.2. Derecho comparado: Algunos modelos de desalojo en Latinoamérica y el modelo de España. 189
2.2.1. Argentina. 192
2.2.1.1. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCyCN). Las reformas de la Ley 25.488. 193
2.2.1.2. Modelo provincial: el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza (Ley 9001), regula un proceso monitorio. 196
2.2.2. México. 208
2.2.3. Colombia. 212
2.2.3.1. Proceso de única instancia. 215
2.2.3.2. Limitaciones al derecho de defensa. 224
2.2.4. Uruguay. 226
2.2.5. Costa Rica. 230
2.2.5.1. Modelo mixto: proceso sumario y proceso monitorio. 230
2.2.5.2. Aspectos procesales importantes. 233
2.2.6. Venezuela. 241
2.2.6.1. Estructura del proceso de desalojo. 242
2.2.6.2. Importancia del derecho a la vivienda adecuada en el modelo venezolano. 246
2.2.7. España. 250
2.2.7.1. Características del modelo español. 252
2.2.7.2. Incidencia en el caso español de la vigencia del derecho a una vivienda adecuada en el proceso verbal de desahucio. 263

CAPÍTULO 3: CAMINO A UN PROCESO DE DESALOJO ÚNICO EN EL CONTEXTO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL. 279

3.1. El proceso en un Estado Constitucional. 280
3.1.1. Proceso y dignidad de la persona. 285
3.1.2. Proceso y seguridad jurídica. 289
3.2. Aspectos estructurales de un proceso judicial de desalojo en un Estado Constitucional. 290
3.2.1 Incidencia en el proceso de reconocer un conflicto de dos partes. 290
3.2.2 Incidencia en el proceso de desalojo de los derechos económicos y sociales. 299
3.3. El método de la ponderación. 302
3.4. Estructura del proceso de desalojo y propuestas de modificación. 308
3.4.1. La vigencia del derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso para las partes. 308
3.4.2. Inicio del proceso y etapa postulatoria. 312
3.4.2.1. Acceso a la justicia, pretensiones y competencia judicial. 313
3.4.2.2. Acceso a la justicia (derecho de contradicción), derecho de defensa y derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. 335
3.4.3. Actividad probatoria. 338
3.4.4. Impugnación de sentencia e instancias 343
3.4.4.1. Derecho de pluralidad de instancias, derecho de acceso a los recursos o a los medios impugnatorios y duración razonable del proceso. 345
3.4.4.2. Proceso de instancia única. 354
3.4.5. Ejecución de sentencia. 357

CONCLUSIONES 368

BIBLIOGRAFÍA 374

ANEXOS 392

INTRODUCCIÓN

La presente investigación nace de un problema concreto, y es que, actualmente, el modelo de desalojo peruano está integrado por cuatro procesos y que ha ocasionado, a nuestro entender, la desnaturalización del proceso que, según la doctrina debe ser uno breve, simple y de cognición sumaria, ello porque, en teoría, las controversias con relevancia jurídica que allí se conocen, y que tienen como objetivo la restitución de la posesión de un predio, deben ser sencillas, no deben revestir mucha controversia jurídica y deben ser pasibles de ser acreditadas con prueba directa y de actuación inmediata, como los documentos.

Sin embargo, el modelo de desalojo peruano carece de esas características. Las soluciones aportadas desde los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial han sido, en términos generales, crear cuatro procesos de desalojo que formalizan y dificultan el acceso a la justicia, y que han proporcionado soluciones parciales, muy específicas, que no contribuyen ni a la predictibilidad judicial, ni a un tratamiento integral de todos los supuestos y controversias que pueden llevarse a juicio, ello sin mencionar la excesiva demora en los procesos judiciales.

Ello trae, como consecuencia, una deficiente impartición de justicia, por lo que los demandantes ven afectado su derecho a una tutela judicial y, dado que muchas veces son los propietarios de los predios, su derecho de propiedad.

Por ello, es objetivo general de la presente investigación determinar qué se debe modificar en el modelo de desalojo peruano, modificaciones que tienen como finalidad crear un proceso único de desalojo, en el marco de un estado

constitucional de derecho, a fin de contar con un proceso rápido, sencillo y de cognición sumaria.

Para poder logra este objetivo, el primer capítulo pretende establecer cuál es el ámbito de protección del proceso de desalojo. Si bien éste tiene como objetivo la restitución de la posesión de un predio, debemos determinar si ello está relacionado con la propiedad del mismo, o con la posesión que se ejerce sobre él.

Determinar qué situación o situaciones jurídicas debe proteger, es el primer paso para delimitar la actuación de dicho proceso. Ello nos permitirá también diferenciarlo de otros mecanismos procesales similares y determinar cuáles son las características de un proceso de desalojo.

Una vez definamos para que sirve y cómo debe ser un proceso de desalojo, va a ser necesario contrastar ello con la situación actual del proceso de desalojo en el Perú: cómo está regulado, su estructura, y cuál es la situación del mismo dentro de la realidad judicial. Ello es un paso fundamental para ir delimitando qué se debe modificar.

Como consecuencia de la investigación, se comprobó que, en nuestra propuesta de un proceso único de desalojo, intervienen otros derechos o principios constitucionales, bajo relaciones de complementariedad y conflicto. Por ello, en el segundo capítulo se tiene como objetivo determinar qué elementos se deben tener en consideración para el proceso único de desalojo que se propone, en base a otros derechos constitucionales y aportes de derecho comparado.

Para ello, se determinará la naturaleza del derecho a una vivienda adecuada o digna, ya que éste es un elemento principal en toda estructura de un proceso de desalojo, influyendo de manera determinante en su concepción y finalidad, lo que se advierte de un estudio de derecho comparado.

Por ello, no sólo se determinará qué es el derecho a la vivienda adecuada o digna, sino el problema social de la vivienda en el Perú, dentro del cual, el proceso de desalojo es tan sólo una parte del problema. En efecto, conforme se ha podido verificar en la investigación, al año 2020 existían 1 millón 900mil hogares con déficit de vivienda, del cual 594 mil hogares tenían un déficit cuantitativo (cantidad de viviendas) y 1 millón 300 mil hogares con déficit cualitativo (calidad de viviendas), números que ha ido aumentando a través de los años, sin que el Estado haya logrado avances positivos significativos.

Este es un elemento crucial del segundo capítulo, pues inserta nuestro trabajo en un problema social que va en aumento, y que, si bien sólo es parte del problema, la mejora del proceso de desalojo de hecho contribuye a la mejora de esta situación, incentivando una mayor circulación en el mercado de predios destinados a vivienda, sin perjuicio de otras finalidades como comercio o industria.

Del mismo modo, de un análisis de derecho comparado sobre los modelos de desalojo en varios países, se podrá aprender de diversas experiencias a fin de mejorar nuestra propuesta.

El tercer capítulo tiene como objetivo proporcionar el marco general de nuestra propuesta del proceso único de desalojo, así como las propuestas específicas en cada etapa del proceso -postulatoria, probatoria, decisoria, impugnativa y ejecución-.

De este modo, advertiremos sobre qué debe entenderse por estado constitucional de derecho, qué debe entenderse por ductibilidad del proceso, y el método de la ponderación, como elementos que proporcionan criterios que delimitan nuestras propuestas.

En el presente trabajo se planteó como hipótesis que sí es necesario un proceso único de desalojo, ya que el modelo actual no sólo es excesivamente formalista y complicado, debido a la cantidad de procesos y las exigencias formales impuestas por la legislación y la jurisprudencia, además de una

excesiva demora de los procesos, ello debido a la gran carga procesal que soporta el Poder Judicial.

La investigación pone a prueba dicha hipótesis, y aunque se pueda estructurar un proceso de desalojo rápido, simple y con una estructura cognitiva sumaria, la demora en los procesos siempre pondrá a prueba los plazos que en el papel se ven expeditivos.

La metodología del trabajo se sustenta, principalmente, en un análisis doctrinario y jurisprudencial del derecho nacional y comparado, pero también, para los casos de revisión de las legislaciones extranjeras se ha recurrido a entrevistas a especialistas de los países a los que se consideró analizar. Además, para la investigación sobre la duración del proceso de desalojo y la carga procesal del Poder Judicial, en el Perú, se ha entrevistado a jueces y solicitado la información a dicho poder del estado.

En base a la información recopilada, se ha podido determinar criterios específicos de lo que se debe modificar en el modelo peruano, a fin de tener un proceso único de desalojo, lo que creemos es una contribución importante al sistema jurídico nacional.

CAPÍTULO 1

DERECHOS REALES Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN

El objetivo del presente capitulo es determinar cuál es el ámbito de actuación del proceso de desalojo, en relación con los derechos de propiedad y posesión, comparándolo con los otros mecanismos procesales existentes, lo que nos permitirá establecer las características que debe dicho proceso.

Ello será contrastado con el marco legal del proceso de desalojo en el Perú, lo que nos llevará a establecer no sólo las falencias del modelo actual, sino determinar las necesidades de reforma, ello será el primer paso para encaminarnos a un único proceso de desalojo.

1.1. Los derechos reales de propiedad y posesión

Dentro de las categorías de derechos, podemos definirlos en varias categorías. Nos importan las siguientes:

a. Derechos absolutos y relativos (Chiovenda 2008: 7):

Son absolutos aquellos donde el mandato de la ley de hacer o no hacer se dirige a todos. En este grupo tenemos a los derechos reales, típicamente la propiedad o la servidumbre.

Son derechos relativos aquellos en los que ese mismo mandato se establece hacia determinadas personas o determinada persona. Se les identifica como los derechos de obligación.

b. Derechos reales y personales (Chiovenda 2008: 7):

Los derechos reales son derechos absolutos, y nos garantizan el goce completo de la cosa exterior (como la propiedad) o el goce limitado de una cosa exterior, cuya propiedad es de otro. En este tipo de derechos domina la relación entre una persona y una cosa, estando las otras personas dentro de un complejo de deberes negativos.

Los derechos personales nacen, desde su origen, de la relación entre dos personas –aunque puede haber una cosa de por medio-. Las obligaciones y prestaciones nacen por contrato, ley, testamento u otro hecho lícito.

1.1.1. El derecho de propiedad.

1.1.1.1. Características del derecho de propiedad.

Se considera que el derecho de propiedad es el poder jurídico *"más amplio y completo"* (Avendaño V. y Avendaño A. 2017: 57) que las personas pueden tener sobre un bien o conjunto de bienes, sean estos corporales –cosas- o incorporales –derechos-. En este sentido, como hemos visto, el derecho de propiedad es no sólo un derecho real, sino absoluto.

Entre la opinión más autorizada, la propiedad:

> "(…) puede ser definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa. Poder en cuya virtud ésta –en principio- queda sometida directa y totalmente (es decir en todos sus aspectos y utilidades que pueda proporcionar) a nuestro señorío exclusivo." (Albaladejo 1977: 243)

Así, vemos que la propiedad tiene 4 características: es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo.

Revisemos las 3 últimas características, ya que la noción de derecho real, ha sido explicada anteriormente.

Entendemos por *"absoluto"*, el poder del titular del derecho a usar, disfrutar y disponer del objeto; lo *"exclusivo"*, se relaciona con el hecho que no se deja espacio para otro titular, excluyendo cualquier otro derecho incompatible con él; y los *"perpetuo"*, vinculado a que no se extingue sólo por el no uso (Avendaño 1994: 117).

Analizando lo *"absoluto"* del derecho de propiedad, entendemos que si bien estamos ante un derecho real con limitaciones –se verán más adelante-, es a la vez es un derecho que tiene todas las facultades juntas, *"o sea que no cabe un derecho real más amplio"* (Romero Romaña 1959: 111). Bajo este punto de vista se entiende lo "absoluto", no en el sentido que no tiene límites, pues el mismo *"debe ser ejercido en forma regular (…), de manera no abusiva"* (Borda 1989: 146). Es pues, una característica relacionada a la *"oponibilidad"* de los derechos reales:

> "Sólo puede admitirse la calificación de *absoluto* en el sentido de que es oponible a todos, lo que es una característica de los derechos reales, por oposición a los creditorios que sólo pueden oponerse al deudor y por tanto son relativos." (Borda 1989: 147)

Se trata también de un derecho *"exclusivo"*, pues es uno que *"no deja lugar o espacio para otra titularidad (…) excluye así todo otro derecho incompatible con él"* (Avendaño V. y Avendaño A. 2017: 64). En otras palabras, estamos a que el derecho de propiedad *"no permite otro derecho de propiedad semejante y opuesto sobre el mismo bien"* (Romero 1959: 111).

De ello se deriva, como una consecuencia, que si una persona reclama un derecho sobre la cosa del otro, *"debe probar su pretensión, y hasta que no se dé esa prueba, el propietario tiene la presunción de que su derecho es exclusivo e ilimitado"* (Salvat 1944: 342). Este elemento es importante para el presente trabajo, pues debe quedar claro que cualquier limitación sobre el derecho de propiedad (como es el caso de conflicto con otro derecho

constitucional), debe sustentarse en hechos debidamente acreditados, más aún dentro de un proceso judicial.

Vemos pues que la *"exclusividad"* es una característica relevante, en la medida que otorga estabilidad jurídica a quien detenta un derecho de propiedad, y esta estabilidad genera confianza para poder invertir en los bienes, en suma, ingresarlos en el tráfico jurídico y económico, lo cual genera no sólo un bienestar en el propietario, sino muchas veces en la colectividad.

Por último, la *"perpetuidad"*, se dice que *"es inherente a la naturaleza de la propiedad, pero a diferencia del carácter exclusivo, no es esencial"* (Salvat 1944:343), ello en tanto la propiedad puede desaparecer. Pero, en líneas generales, esta característica se entiende como que la propiedad *"no se pierde por el desuso*[1] *o pérdida de posesión de la cosa"* (Borda 1989: 147), lo que se relaciona con la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, utilizada para los casos de recuperación del bien.

Que se diga que un derecho es perpetuo es criticable, en la medida que no debe entenderse que los bienes puedan permanecer improductivos por el no uso, ya que a la sociedad y a la economía les interesa que ellos generen riqueza, por lo que se debe preferir al propietario diligente que produce riqueza con sus bienes –y que de hecho puede adquirir por prescripción- a aquél que lo abandona (Avendaño V. y Avendaño A. 2017: 65). En efecto:

> "Debe observarse, sin embrago, que en la tendencia que hoy predomina, esta subsistencia ilimitada del derecho de propiedad, no obstante el abandono del propietario, es materia de discusión y de crítica: se considera que la sociedad está interesada en la mejor explotación de los bienes que constituyen patrimonio colectivo de la Nación y que este abandono injustificado del propietario, no debe ser legalmente amparado." (Salvat 1994: 343)

En otras palabras, la perpetuidad se encuentra limitada por el interés de la comunidad de que los bienes no permanezcan sin ser utilizados o ser

[1] En relación a ello, tenemos que la prescripción extintiva no afecta la propiedad por el no uso. Lo que afecta la propiedad es la prescripción adquisitiva, caracterizada por la pérdida de la propiedad por haberla adquirido otra persona que sí usa el bien.

abandonados. En esta medida, el sistema abre la posibilidad que una persona pueda adquirir un bien abandonado si lo posee por un plazo determinado, amparado en la prescripción adquisitiva (Avendaño 1994: 117).

En relación con nuestro trabajo, debemos destacar dos de estas últimas características: la exclusividad y la perpetuidad. En efecto, la importancia de la propiedad radica en que da las facilidades para explotar económicamente el bien, lo que debe redundar en un beneficio a la sociedad. En ese sentido, la propiedad debe ser protegida con una alta intensidad. Por el contrario, la perpetuidad puede estar orientada a la protección de bienes improductivos o abandonados, y es precisamente en estos casos donde la protección no es tan intensa –al punto que puede perderse la propiedad por adquirirla un poseedor por prescripción adquisitiva. Es la legislación la encargada de entrar en un justo medio en la protección de una propiedad que debe estar orientada a proteger los intereses individuales pero, a la vez, fortalece su protección si se mantiene productiva. En este sentido, la máxima protección la debe tener el propietario diligente, que usa y hace producir su bien:

> "Los particulares deben explotar sus tierras, y en general, hacer productivos sus capitales (medios sociales de producción). El propietario inactivo que solo persigue acumular capitales en espera de futuras valorizaciones, no goza del favor de los actuales ordenamientos jurídico. Con razón se advierte a este respecto, que "constituye un alto postulado ético el no dejar la propiedad improductiva, al menos cuando puede ser útil a la generalidad." (Valencia 1976, t. II: 224)

En efecto, creemos que, si el ordenamiento jurídico brinda protección, la máxima protección, al derecho de propiedad, ello se justifica también en tanto la propiedad cumple una función social. Como vimos líneas arriba, las características mencionadas justifican no sólo la protección, sino su limitación.

Debe quedar claro, además, que la función social no excluye el legítimo interés individual de satisfacer intereses estrictamente particulares, por lo que se debe buscar una coordinación entre ambos objetivos (Albaladejo 1977: 248):

> "Y el gran problema de nuestro tiempo es cómo conciliar el derecho del dueño con los intereses sociales, cuál será la medida de la socialización hacia la cual tiende el mundo occidental; cuáles, en fin, los límites de ese proceso de socialización, pasados los cuales el derecho de propiedad queda afectado en sus esencias y pierde el gran papel de estímulo de la economía, de incentivo en la actividad humana y queda destruido como derecho natural." (Borda 1989: 143-144)

Por otro lado, es necesario mencionar que cuando hablamos de propiedad, debemos hablar de dos dimensiones de ésta, la primera es la dimensión legal –en el Perú se centra en la regulación que de la propiedad hace el Código Civil-, y la segunda dimensión es la constitucional, entendida ésta como el derecho fundamental a la propiedad:

> "La noción civil de propiedad difiere de su concepto constitucional (…). La protección desplegada por la Constitución comprende todos los derechos patrimoniales de la persona, ensanchando de esta manera los márgenes de la propiedad establecidos por el Código Civil (…).
> Los alcances constitucionales de la propiedad exceden pues los límites del Código Civil, abarcado también en su ámbito de protección a todos los derechos patrimoniales que existen en la esfera económica de os individuos.
> De esta forma, la propiedad puede ser entendida en términos civiles como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar bienes; y en sentido constitucional, como la titularidad que comprende todos [los] derechos patrimoniales de la persona." (Avendaño V. y Avendaño A. 2017: 58)

Esta doble dimensión de la propiedad es reconocida también por el Tribunal Constitucional peruano[2].

En referencia a la primera dimensión en el Perú, la propiedad está regulada en el Código Civil de la siguiente manera:

> "Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley."

De entrada, nuestra norma civil establece cuáles son las facultades que tiene el propietario sobre el bien. La disposición glosada identifica 4, pero debe entenderse como todas las posibles: *"la propiedad confiere a su titular la*

[2] Por ejemplo, en la STC 00043-2007-AA, fj 6, que será referida, más adelante.

plenitud de las facultades sobre el bien. Esta amplitud de facultades impide enumerarlas" (Avendaño V. y Avendaño A. 2017: 59):

> "(…) hacer una enumeración exhaustiva de facultades es imposible, porque siempre quedará algún aspecto del señorío sobre la cosa, en el que quepa pensar singularmente, y concebirlo como otra nueva facultad (…).
> Lo dicho pone de relieve la imposibilidad o inutilidad de querer definir la propiedad mediante enumeración de las facultades que encierra." (Albaladejo 1977: 246)

En todo caso, son las facultades descritas en el artículo 923 las clásicas, en referencia a los derechos reales. Así, el uso se refiere al hecho de que el titular puede servirse del bien; el disfrute se refiere a la capacidad del dueño de aprovechar los frutos del bien, es decir, gozar de los beneficios económicos que el bien posibilita; la disposición alude a la capacidad de transferir el bien bajo toda acepción posible –enajenarlo, darlo en garantía, ceder todas las facultades o parte de ellas, etc-; por último la reivindicación, alude a la facultad de recuperar el bien, bajo un supuesto donde el bien está en manos de un tercero y no del propietario –sobre la naturaleza de la acción reivindicatoria, pertinente en el presente trabajo, hablaremos en extenso, más adelante.

Es pertinente también, conocer qué establece el TC peruano sobre la dimensión civil de la propiedad. Veamos la STC 0005-2006-AI:

> "43. De acuerdo con el ámbito civil, el derecho de propiedad confiere a su titular cuatro atributos respecto del bien: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. Asimismo, la doctrina civil analiza los caracteres de la propiedad, en tanto que es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Así, es un derecho real por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien, ejercitando el propietario sus atributos sin intervención de otra persona. Además, la propiedad es erga omnes, esto es, se ejercita contra todos, cualidad denominada "oponibilidad". Es un derecho absoluto porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien: usa, disfruta y dispone. Es exclusivo, porque descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo que el propietario lo autorice. Y es perpetuo, pues no se extingue por el solo uso."

Queremos detenernos en que, si bien una de las características esenciales de la propiedad es la posibilidad de ejercer poder jurídico pleno o absoluto sobre un bien, ello, ciertamente, no supone poder ilimitado, pues es obvio que el ordenamiento jurídico le impone límites, en distintos niveles:

> "Poder pleno es, pues, poder total, dentro de los límites en los que la ley lo concede sobre la cosa, o, si se quiere, dentro de los límites máximos que la ley admite que alcance el señorío sobre las cosas." (Albaladejo 1977: 245)

Precisamente, el artículo 923, arriba glosado, establece que la propiedad "d*ebe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley":*

> "El artículo 923 del Código Civil debe leerse actualmente con el término "bien común"[3] en reemplazo del interés social. ¿Cuál es la diferencia entre ambos? El primero es el bien general, el bien de todos (…). Se trata de un beneficio general que prescinde del concepto "interés". El interés social alude a grupos sociales que pueden ser indeterminados." (Avendaño V. y Avendaño A. 2017: 64)

Respecto a la dimensión constitucional de la propiedad, tenemos que se trata de un derecho fundamental, el mismo que está reconocido no sólo en nuestra Constitución como un derecho de la persona (artículo 2, inciso 16), sino dentro del sistema internacional de protección y reconocimiento de derechos fundamentales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos[4] (ratificada por el Perú por Resolución Legislativa N° 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[5] y la Convención Americana sobre derechos humanos (aprobada por Decreto Ley Nº 22231 y vigente desde el 28 de julio de 1978, además de ser ratificada por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979):

> "Artículo 21.- Derecho a la Propiedad Privada

[3] El "bien común" es el término utilizado en el artículo 70 de la Constitución, por lo que, por una cuestión de jerarquía, es el que debe prevalecer.
[4] "Artículo 17.
1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad."
[5] "Artículo XXIII. "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar."

> 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
> 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
> 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley."

Dicho artículo reconoce al derecho a la propiedad como un derecho fundamental y, además, distingue los límites al ejercicio de la propiedad (numeral 1), de la privación del derecho de propiedad (numeral 2).

Respecto al numeral 1, tenemos que encuentra en el *"interés social"* –al que antes nos referimos- como fundamento de las limitaciones al derecho:

> "Las restricciones legales al derecho de propiedad son cargas o prohibiciones que se imponen a este derecho para limitar su ejercicio. Se produce una disminución o recorte del poder jurídico que impide al propietario actuar con total libertad sobre el bien, pero no se pierde la propiedad misma ni la posibilidad de ejercer los atributos del dominio" (Avendaño V. y Avendaño A. 2017: 66)

En el caso del numeral 2, tenemos que la privación del derecho de propiedad sólo se materializa a través de la expropiación, justificada por razones de *"utilidad pública"* o *"interés social"*, con respeto del procedimiento establecido en la ley y el pago de una indemnización justa.

1.1.1.2. <u>Características del derecho fundamental de propiedad.</u>

Como se apreciará, el aspecto constitucional de la propiedad es mucho más amplio e involucra muchos más aspectos. Ello se puede apreciar de la siguiente definición:

> "Podemos definir el derecho de propiedad como un derecho constitucional que reconoce el poder jurídico más amplio sobre un bien y que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar este último.
> Es uno de los derechos fundamentales claves al momento de regular el derecho urbanístico pues su objeto es promover un desarrollo urbano sostenible a través de una planificación urbana, zonificación, habilitaciones urbanas, licencias de edificación formalización de

> posesiones informales y la renovación urbana de predios tugurizados." (Ortiz 2017: 37)

De este modo, el aspecto constitucional de la propiedad involucra todo tipo de bienes, no sólo sale del marco del derecho civil, pues también se relaciona con una planificación ordenada del crecimiento urbano, aspecto que lo vincula con el derecho constitucional a la vivienda adecuada, que se verá en el siguiente capítulo, en la medida que se orienta a la dignidad de la vivienda de las personas. Además, esta definición ajusta la propiedad a su interés social, esencial en dicho derecho y, a la vez, fuente de sus límites.

Así concebido, el derecho fundamental a la propiedad ha sido reconocido en varios tratados internacionales sobre derechos humanos, entre ellos, el antes glosado artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que ha motivado nutrida jurisprudencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Por ejemplo, sobre qué es lo que se debe entender por *"bienes"*, la CIDH establece a lo largo de su jurisprudencia una definición amplia:

> "122. Los "bienes" pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor."[6]

Más específica y completa es la siguiente definición:

> "220. (…) este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables o como objetos intangibles, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Asimismo, la Corte ha protegido, a través del artículo 21 convencional, los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas[7]. Por último, resulta necesario reiterar que el derecho a la propiedad no es

[6] Baruch Ivcher Bronstein c. Perú (2001), sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 122.
[7] Sobre este tema, es bueno recurrir a la sentencia de la CIDH Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú, párr. 102: *"102. En este orden de ideas, el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley Nº 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas."*

> absoluto y, en ese sentido, puede ser objeto de restricciones y limitaciones, siempre y cuando éstas se realicen por la vía legal adecuada y de conformidad con los parámetros establecidos en dicho artículo 21[8]".

Además, la CIDH establece importantes criterios para conciliar el derecho privado de la propiedad y su función social, indicando que se debe hacer siempre un examen de proporcionalidad ante toda restricción dentro del marco del artículo 21:

> "60. El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.
> 61. El derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, practicarse según los casos y las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención.
> 62. A su vez, este Tribunal ha señalado que "la restricción de los derechos consagrados en la Convención debe ser proporcional al interés de la justicia y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio de [un] derecho […]".
> 63. La Corte considera que a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción."[9]

Así, para limitar el derecho de propiedad no basta que para la implementación de la medida restrictiva se aleguen motivos de *"interés social"* o *"utilidad pública"*, sino que dicha medida debe ser *"idónea"* para logra el fin buscado y,

[8] Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina (2012), sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 220
[9] María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga v. Ecuador (2008): sentencia del 6 de mayo de 2008, párrafos 60-63.

además, *"proporcional"*, a fin de afectar lo menos posible al derecho de propiedad de la persona afectada con la medida.

Por otro lado, La CIDH ha dotado de contenido a los términos *"interés social"* y *"utilidad pública"*:

> "73. Las razones de utilidad pública e interés social a que se refiere la Convención comprenden todos aquellos bienes que por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática. Para tal efecto, los Estados deberán emplear todos los medios a su alcance para afectar en menor medida otros derechos, y por tanto asumir las obligaciones que esto conlleve de acuerdo a la Convención.
> 74. De manera análoga al interés social, esta Corte ha interpretado el alcance de las razones de interés general comprendido en el artículo 30[10] de la Convención Americana (alcance de las restricciones), al señalar que "[e]l requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del 'bien común' (artículo] 32.2 [de la Convención[11]]), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es 'la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad' (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Considerandos, párr. 1)".
> 75. Asimismo, este Tribunal ha señalado que los conceptos de "orden público" o el "bien común", derivados del interés general, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención."[12]

En este sentido, por ejemplo, la CIDH falló en contra del estado peruano en el caso Baruch Ivcher por carecer -la medida restrictiva estatal- de interés social o utilidad pública:

> "129. En el caso que se examina, no existen prueba ni argumento algunos que acrediten que la medida cautelar ordenada por el Juez

[10] "Artículo 30. Alcance de las Restricciones
Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas."
[11] "Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos
(…)
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática."
[12] María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga v. Ecuador (2008): sentencia del 6 de mayo de 2008, párrafos 73-75

> Percy Escobar tuviera su fundamento en una razón de utilidad pública o interés social; por el contrario, los hechos probados en este caso concurren a demostrar la determinación del Estado de privar al señor Ivcher del control del Canal 2, mediante la suspensión de sus derechos como accionista de la Compañía propietaria del mismo.
> 130. Tampoco hay alguna indicación de que se hubiese indemnizado al señor Ivcher por la privación del goce y uso de sus bienes, ni que la medida que lo afectó se hubiera adoptado conforme a la ley (…). La Corte observa al respecto que cuando un proceso se ha realizado en contravención de la ley, también deben considerarse ilegales las consecuencias jurídicas que se pretenda derivar de aquél. Por consiguiente, no fue adecuada la privación del uso y goce de los derechos del señor Ivcher sobre sus acciones en la Compañía, y este Tribunal la considera arbitraria, en virtud de que no se ajusta a lo establecido en el artículo 21 de la Convención."[13]

También, a modo de ejemplo, la CIDH falló en contra de Ecuador en el caso seguido por Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez, por ser desproporcionada la medida restrictiva:

> "193. Al respecto, el Tribunal resalta que las medidas cautelares reales se adoptan en relación con los bienes de una persona que se presume inocente, razón por la cual estas medidas no pueden perjudicar al sindicado en forma desproporcionada. El cobro efectuado a una persona sobreseída, en relación con los bienes que le fueron despojados provisoriamente, constituye una carga equivalente a una sanción. Esta exigencia resulta desproporcionada para aquellas personas cuya culpabilidad no fue demostrada. Sobre este punto el Estado señaló que "cuando se devuelve o se restituye un bien de propiedad de una persona que ha sido absuelta en un proceso penal" se "tiene[n] que pagar ciertos intereses por la custodia o administración que hace el Estado durante el tiempo que ha permanecido incautado" lo cual "[e]s una clara arbitrariedad que debe ser corregida por el Estado ecuatoriano, a través de la respectiva reforma legal."[14]

Queremos hacer mención a otros criterios de la jurisprudencia de la CIDH en relación al derecho de propiedad. Así, es importante referir la aplicación que hace la CIDH del principio de proporcionalidad, entendido como mecanismo que sopesa la constitucionalidad de una medida –estatal o no- que afecta un derecho fundamental para –teóricamente- beneficiar otro derecho o principio del mismo rango:

[13] Baruch Ivcher Bronstein c. Perú (2001), sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafos 129-130
[14] Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador, sentencia del 26 de noviembre de 2008, párrafo 193

> “En el derecho comparado, se entiende que el principio de proporcionalidad debe cumplir tres requisitos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu. La idoneidad se refiere a que la medida sea apropiada al objetivo buscado, la necesidad dice relación con que la medida afecte lo menos posible a la persona involucrada, y la proporcionalidad stricto sensu tiene que ver con que se respete un balance justo o razonable entre los intereses comunitarios e individuales comprometidos. Desde 1968, la Corte Europea de Derechos Humanos ha recurrido con regularidad al principio de proporcionalidad, centrando su interpretación y aplicación en el subprincipio de la proporcionalidad stricto sensu. La Corte Interamericana ha utilizado este principio desde el 2002 y, si bien pareciera distinguir los tres subprincipios doctrinales, en la práctica tiende a restringir su interpretación y aplicación a la proporcionalidad stricto sensu. Al menos es lo que se desprende de los primeros años de su jurisprudencia sobre protección del derecho de propiedad individual, especialmente de Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, y Salvador Chiriboga.” (López 2015: 567-568)

Sobre ello mismo, y donde la CIDH identificó con claridad los 3 subprincipios del juicio de proporcionalidad, fue en el caso Sebastián Furlan y Familiares contra Argentina (López 2015: 572):

> “222. De acuerdo a lo anterior, la Corte observa que en este caso existe una interrelación entre los problemas de protección judicial efectiva y el goce efectivo del derecho a la propiedad. En efecto, al aplicar un juicio de proporcionalidad a la restricción del derecho a la propiedad ocurrida, se encuentra que la Ley 23.982 cumplía con una finalidad admisible convencionalmente, relacionada con el manejo de una grave crisis económica que afectaba diversos derechos de los ciudadanos. El medio escogido para enfrentar dicho problema podía resultar idóneo para alcanzar dicho fin y, en principio, puede aceptarse como necesario, teniendo en cuenta que en ocasiones puede no existir medidas alternativas menos lesivas para enfrentar la crisis. Sin embargo, a partir de la información disponible en el expediente, la restricción al derecho a la propiedad de Sebastián Furlan no es proporcionada en sentido estricto porque no contempló ninguna posibilidad de aplicación que hiciera menos gravosa la disminución del monto indemnizatorio que le correspondía. No se encuentra en el expediente algún tipo de previsión pecuniaria o no pecuniaria que hubiera podido moderar el impacto de la reducción de la indemnización u otro tipo de medidas ajustadas a las circunstancias específicas de una persona con varias discapacidades que requerían, para su debida atención, del dinero ya previsto judicialmente como derecho adquirido a su favor. En las circunstancias específicas del caso concreto, el no pago completo de la suma dispuesta judicialmente en favor de una persona pobre en situación de vulnerabilidad exigía una justificación mucho mayor de la restricción del derecho a la propiedad y algún tipo

> de medida para impedir un efecto excesivamente desproporcionado, lo cual no se comprobó en este caso."[15]

Finalmente, en un criterio que consideramos relevante para el presente trabajo, la CIDH ha establecido que la duración excesiva de un proceso que impida a una persona la disposición de sus bienes, constituye una afectación al derecho de propiedad:

> "180. No obstante, la Corte advierte que las autoridades judiciales internas no previeron la posibilidad de moderar el impacto de la duración del proceso civil en la facultad de las presuntas víctimas de disponer sus bienes, ni tomaron en cuenta que, según la legislación argentina "[e]l juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger". A pesar de dicha disposición, la medida cautelar ha tenido hasta ahora una vigencia de más de diecisiete años y, según la información disponible en el expediente aportado a este Tribunal, fue reordenada en diciembre de 2011 lo cual supondría una vigencia hasta diciembre de 2016 (supra párr. 112). En suma, la duración prolongada del proceso, en principio de naturaleza sumaria, unida a la inhibición general de bienes por más diecisiete años, ha significado una afectación desproporcionada al derecho a la propiedad privada de los señores Mémoli y ha llevado a que las medidas cautelares se conviertan en medidas punitivas."[16]

Todo lo expuesto tiene relevancia para el presente trabajo, y se vincula con la condición de sumario del proceso de desalojo, pues éste también protege – aunque sea indirectamente, como veremos- al derecho de propiedad, por lo que la eficacia -o no- y celeridad -o no- del proceso, va en directa relación con una proporcional restricción en su ejercicio y disfrute.

Toda modificación que se pretenda hacer al proceso de desalojo, tiene necesaria incidencia en la protección judicial de derechos fundamentales, de tal modo que se tendrá que estimar con un juicio de proporcionalidad, la legitimidad de las medidas que queremos implementar, para lo cual los criterios de la CIDH son de esencial ayuda, así como los criterios del Tribunal

[15] Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina (2012): sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 222
[16] Carlos y Pablo Mémoli c. Argentina (2013), sentencia del 22 de agosto de 2013, párrafo 180

Constitucional peruano y nuestra Constitución, los que veremos a continuación.

Precisamente, en el sistema jurídico nacional tenemos:

> "Constitucionalmente, el derecho a la propiedad se encuentra reconocido no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2°, sino también como una garantía institucional, conforme lo dispone el artículo 70°, según el cual el Estado garantiza su inviolabilidad. Pero, además, la Constitución reconoce su artículo 88º el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal."[17]

Así, y como no podía ser de otra manera, la Constitución peruana reconoce al derecho de propiedad como un derecho absoluto, en tanto se ejerza dentro de los límites que la ley le impone y, no sólo ello, siempre y cuando se ejerza en armonía con el bien común:

> "Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.
> Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio."

Sobre los alcances constitucionales del derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional ha reconocido los ámbitos civil y constitucional del mismo, siendo este último, más amplio. Lo apreciamos en la STC 00043-2007-AA, f.j. 6:

> "6. El derecho de propiedad privada, reconocido por el artículo 2, inciso 17 [sic][18], de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero, la comprensión constitucional de la propiedad es más amplia y, prima facie, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La "inviolabilidad" de la propiedad a la que se refiere el artículo 70° de la Constitución debe interpretarse no sólo

[17] STC No. 01126-2011-HC, f.j. 20
[18] La referencia correcta es Artículo 2, numeral 16, de la Constitución.

como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo. Por esto, desde la perspectiva constitucional, todo cobro indebido a una persona, proceda del Estado o de particulares, constituye una afectación del derecho de propiedad."

Más allá de los atributos que confiere la propiedad a las personas, en la STC 0008-2003-AI, fj 26, se destaca la función social de dicho derecho:

"a) El derecho a la propiedad
(…) Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando estos habilitados para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa.
(…)
Ahora bien, la referencia al bien común establecida en el artículo 70° de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad.
El funcionamiento del sistema económico (…) depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía.
(…)
Pablo Ramella (…) precisa que "la función social de la propiedad se traduce constitucionalmente en limitaciones al ejercicio de este derecho y en obligaciones a cargo del propietario, impuestas unas y otras en beneficio del bien común".
(…)
(…) Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad (…) es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho [...]."

Al igual que en la jurisprudencia de la CIDH, hay criterios –como el principio de proporcionalidad-, para determinar la constitucionalidad de sus restricciones. El TC ha precisado en la STC 3258-2010-AA, fj.5:

> "5.- En consecuencia, el goce y ejercicio del derecho de propiedad solo puede verse restringido en los siguientes supuestos: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias; c) ser proporcionales, y d) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En conclusión, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución."

Es importante destacar que el TC ha amparado demandas en casos donde hay un peligro cierto e inminente de violación al derecho de propiedad, caso en el cual, además, se trata de la afectación indebida a las atribuciones que la propiedad confiere a su titular –como el uso y disfrute del bien:

> "11. Así pues a nivel interno, debe entenderse por expropiación indirecta o expropiación regulatoria aquella en donde la Administración Pública a través de una sobrerregulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien de uno o todos los atributos del derecho de propiedad (ya sea del uso, del disfrute o de la disposición). El derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permite extraer un mayor provecho a los bienes. Si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad carece de relevancia.
> 12. Si bien la Constitución no hace mención expresa relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas (…), una interpretación constitucional válida lleva a concluir que (…) las expropiaciones indirectas se encuentran proscritas (…).
> 13. En consecuencia, se advierte una amenaza cierta e inminente de vulneración al uso y disfrute de la propiedad del recurrente puesto que las medidas adoptadas en la Ordenanza Municipal 1099-MML recortan las legítimas y reales expectativas del demandante, orientadas a darle el uso real y concreto para el cual fue adquirido el predio."[19]

Para entender el contexto en que fue emitida esta decisión del TC, es pertinente explicar que de acuerdo a la Resolución Nº 127-92-MML-AM-SMDU, del 30 de junio de 1992, se estableció en el distrito de Chaclacayo un área denominada "Zona Especial de Habilitación Restringida" (ZEHR), que permitía efectuar habilitaciones recreacionales, restaurantes, huertas, granjas, industria elemental y complementaria, así como usos especiales.

[19] STC No. 00239-2010-PA, ff.jj. 11-13

Posteriormente, mediante Ordenanza Nº 620-MML, la Municipalidad Metropolitana de Lima aprobó la asignación de los usos de suelo en todo Lima Metropolitana (incluyendo Chaclacayo), precisándose que cualquier reajuste integral o cambio específico en la zonificación no podía implicar calificaciones menores al tipo de zona que posea un predio o se disminuya el nivel de uso (art. 35º de la Ordenanza 620-MML). El problema apareció cuando mediante Ordenanza 1099-MML, se reajustaron las zonificaciones y usos del suelo del Distrito de Chaclacayo, en el cual se dispuso la creación de la denominada "Zona de Protección y Tratamiento Paisajista" (ZPTP), que disminuye la antes dicha ZEHR. El demandante, en dicho proceso, era propietario de un predio ubicado en Chaclacayo cuya zonificación inicial fue la ZEHR, convertida –mejor dicho, disminuida- luego en ZPTP.

Fue el TC el que consideró que la Ordenanza 1099-MML, a pesar de no estar dirigida al demandante, *"en la práctica se produce una amenaza indirecta vulneratoria de su derecho al uso y disfrute de su propiedad al validar el cambio de zonificación impuesto por la Ordenanza Municipal 1099-MML, zonificación que ya estaba dispuesta en la Ordenanza Municipal 620-MML"*[20]

Como se puede apreciar, la protección al derecho de la propiedad, tanto a nivel nacional, como americano, es muy amplia y diversa, lo cual atiende a todas las posibilidades en que dicho derecho puede ser vulnerado. No sólo ello, también nos dice en qué casos merece la total protección del sistema jurídico.

Finalmente, sobre el contenido esencial del derecho de propiedad, tenemos lo establecido en la STC 3773-2004-AA:

> "3. Por otro lado, este Colegiado considera pertinente puntualizar, en prospectiva de futuras demandas constitucionales referidas al derecho de propiedad, que lo que constitucionalmente resulta amparable de dicho atributo fundamental está constituido esencialmente y como se puso de relieve en la sentencia recaída en el Exp. 008-2003-AI/TC (Fundamento 26), por los elementos que la integran en su rol tanto de instituto sobre el que el Estado interviene bajo determinados supuestos,

[20] STC No. 00239-2010-PA, f.j. 15

como de derecho individual de libre autodeterminación. Con lo primero se garantiza que el poder estatal o corporativo no invada los ámbitos de la propiedad fuera de lo permisiblemente aceptado por la Norma Fundamental. Con lo segundo, que la propiedad pueda responder a los supuestos mínimos de uso, usufructo y disposición. Por otra parte y vista la existencia de una variada e ilimitada gama de bienes sobre los que puede configurarse la propiedad (urbanos, rurales, muebles inmuebles, materiales, inmateriales, públicos, privados, etc.), puede hablarse de diversos estatutos de la misma, los que, no obstante asumir matices particulares para cada caso, no significan que la propiedad deje de ser una sola y que, por tanto, no pueda predicarse respecto de la misma elementos de común configuración. Corresponderá, en todo caso, a la magistratura constitucional, la construcción de los perfiles correspondientes a un contenido esencial del derecho a la propiedad que, de cara a los postulados por nuestro ordenamiento fundamental, pueda predicarse como común denominador de las diversas clases o manifestaciones de la misma."

Conforme a lo expresado en esta sentencia, tenemos que el contenido esencial del derecho de la propiedad está vinculado a lo siguiente:

a. La garantía de que el Estado no viole la propiedad más allá de lo permitido por la propia Constitución. El Estado interviene bajo determinados supuestos.
b. La garantía de que la propiedad pueda responder a los supuestos mínimos de uso, usufructo y disposición.

Por otro lado, el TC ha sido enfático en señalar, sobre el contenido esencial del derecho de propiedad, dos aspectos adicionales:

a. Su función social:

> "80. (…) El contenido esencial de derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social."[21]

b. Que el derecho real de posesión, no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad (STC 3782-2004-AA, fj 2):

[21] STC 0048-2004-AI, f.j. 80

> "(…) c) este Colegiado ha señalado en reiterada jurisprudencia que, si bien el derecho de propiedad tiene reconocimiento y protección constitucional (…), no todos los aspectos de dicho atributo fundamental pueden considerarse de relevancia constitucional. Es esto último lo que sucede precisamente con la posesión, que no obstante configurarse como uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley, a través de los procesos ordinarios, establece; d) dentro del contexto descrito y no habiéndose acreditado afectación al contenido esencial del derecho de propiedad (…)."[22]

De este modo, y para efectos de nuestro trabajo, el TC delimita que la posesión no forma parte del contenido esencial de la propiedad, y que no sería objeto de protección constitucional, por lo que no podría iniciarse un proceso constitucional de amparo para su defensa.

1.1.2. La posesión.

La posesión es un instituto antiquísimo y al estar relacionado con un poder de hecho ejercido por el hombre sobre las cosas, se presume incluso que es un derecho anterior a la propiedad (Lama 2012: 42).

En todo caso, es un instituto que alcanzó gran desarrollo en el derecho romano, donde el vínculo de las personas con las cosas era eminentemente posesorio. Además, conforme los estudios sobre las fuentes romanas –especialmente las Pandectas-, no se logran poner de acuerdo con su significado etimológico (Lama 2012: 42-43).

1.1.2.1. Concepción moderna de la posesión: entre Savigny e Ihering.

Pues bien, como referimos, la posesión es una institución sobre la que mucho se discutió en el derecho romano, pero poco interesa a nuestros efectos la

[22] Entre otras sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional (RTC) que establecen que la posesión no merece protección constitucional tenemos: STC 3773-2004-AA/TC y RTC 03100-2006-PA/TC, RTC 5578-2006-PA/TC, RTC 03336-2008-PA/TC y RTC 02101-2009-PA/TC, entre otras.

referencia o antecedentes históricos de este instituto, más sí, sus elementos y su actual concepción:

> "Al no hallarse con facilidad textos de doctrina y legislación romanas, los más importantes juristas de los siglos XVIII y XIX hicieron gala de su erudición para desentrañar los misterios del Derecho Romano en materia de posesión. Lo central para ellos no fue evaluar la utilidad o pertinencia de las instituciones romanas en sus respectivas sociedades sino rescatar la supuesta "esencia" del derecho posesorio." (Mejorada 2004, t. II: 713)

Pues bien, para llegar a explicar los elementos y la concepción actual de la posesión, consideramos necesario referirnos brevemente a las dos principales teorías sobre el tema.

Por un lado, el alemán Savigny representa a lo que se ha dado en llamar la teoría subjetiva de la posesión, explicando que, lo que caracteriza a ésta no es sólo el hecho de tener una cosa, sino que, además, se debe tener el *animus* de ser el propietario de la misma; la segunda, tiene también a alemán Ihering como su representante y, a la cual, se le llama objetiva, en tanto minimiza ese *animus* de la teoría subjetiva y se centra en que la posesión es una relación jurídica de una persona con una cosa, donde aquélla se comporta como propietario (Valencia 1978: 67.78).

Para Savigny, sólo hay posesión si se presentan dos elementos: el *corpus* y el *animus* (aunque no cualquier tipo de *animus*). Sobre este elemento, el autor alemán sostiene:

> "(…) cualquiera *detentación* para poderse modificar en posesión, debe ejercerse con intención, esto es, que para ser poseedor es preciso no sólo que haya retención, sino también voluntad de que la haya. Esta voluntad de que debe ir acompañada la retención (*animus possidendi*) va a ser ahora el objeto de que nos ocupemos.
> (…) el *animus possidendi* consiste en la intención de ejercer el derecho de propiedad. Pero esta circunstancia no basta por sí sola, puesto que el que ejerce la detentación puede tener esa voluntad de dos maneras diferentes; para ejercer el derecho de propiedad de otro (…), esta clase de *animus possidendi* que tiene no es capaz (…) de dar a la detentación el carácter de posesión. No nos falta, pues, más que el segundo caso; aquel en que la intención esta dirigida al ejercicio de su *propia*

> propiedad, de modo que el *animus possidendi* debe ser explicado por *animus domini* o por *animus sibi habendi*; y no puede por consiguiente considerarse como poseedor más que el que trata como propietario la cosa detentada, esto es, el que de hecho quiere tratarla lo mismo que un propietario autorizado para ello (…) y especialmente sin querer reconocer persona alguna superior a él (…). Pero la noción de la posesión no requiere más que este *animus possidendi*: de ningún modo es necesario que haya convicción de ser realmente propietario" (Savigny 2005: 64-65).

En base a ello, Savigny concluye que poseedor es tanto el ladrón como el verdadero propietario y, por ejemplo, no es poseedor el arrendatario, al reconocer el derecho de propiedad de otro (Savigny 2005: 65-66).

Sobre el *corpus*, Savigny explica lo siguiente:

> "El que tiene una pieza de moneda en su mano, es sin duda alguna su poseedor; y de este caso y otros semejantes se ha deducido la idea de un *contacto corporal en general* que constituya la esencia de toda adquisición de la posesión. Pero este caso encierra todavía otra cosa que sólo accidentalmente se haya unida a este contacto corporal: esta es la posibilidad física de ejercer una influencia inmediata sobre la cosa, y de excluir toda influencia extraña. Nadie negará que nuestro caso encierra ambas cosas, lo que nos prueba que su coexistencia es sólo accidental, y que esta posibilidad es susceptible de existir sin contacto, así como también el contacto sin esta posibilidad. Decimos desde luego que la posibilidad es susceptible de existir sin el contacto, porque el que puede apoderarse en cualquier instante de una cosa que tiene ante sí, no es ciertamente dueño absoluto del mismo modo que si la ya hubiese cogido. En segundo lugar, decimos que el contacto puede existir sin posibilidad; porque el que se halla atado con cuerdas se halla en un contacto inmediato con ellas, y sin embargo más fácilmente se podría decir que ellas le poseen, que lo contrario.
> (…).
> Un pasaje de Paulo prueba de modo general lo que hemos avanzado: este jurisconsulto (…) establece sin ninguna restricción la regla general de que el contacto corporal no es precisamente necesario para la adquisición, y que la vista sola de una cosa presente basta ya." (Savigny 2005: 139-140)

Avendaño explica la tesis de los dos elementos: el *animus* y el *corpus*, de la siguiente manera:

> "El primer elemento supone el contacto físico con la cosa[23] (…).

[23] Especificando: *"(…) el contacto físico con la cosa o la posibilidad de tenerla (…)"* (Jiménez, 2004, t. II: 723)

> Quien puede en cualquier momento tomar una cosa que se encuentre frente a él es realmente el señor de ella, es como si realmente la hubiese tomado (…).
> El animus es en rigor el animus domini, es decir, la intención de ejercer el derecho de propiedad (…). En consecuencia, quien goza del corpus (…), debe además tener la cosa para sí, con ánimo de propietario. Este último elemento no tiene nada que ver con la buena fe del poseedor (…). El animus domini es una actitud, es un comportamiento. El animus domini no es una convicción." (Avendaño V. y Avendaño A. 2017: 30*)*

Así, para la teoría subjetiva *"los actos materiales no importan si no están acompañados del elemento intencional. Ese elemento intencional implica la voluntariedad y el desconocimiento por parte del poseedor, de un derecho superior"* (Velásquez 2008: 156).

En resumen, ante la presencia de *corpus* y *animus* no siempre hay posesión, sólo la habrá cuando el *animus* sea *animus domini*: el ladrón sí tiene posesión, el arrendatario no.

La posición de Ihering nace como respuesta a la posición de Savigny. El primero denominó *teoría subjetiva* o *teoría de la voluntad* a la postura de Savigny, la cual la tiene *"por totalmente falsa"*, oponiéndole bajo el nombre de *teoría objetiva* la suya (Ihering 2003: 268):

> "Cuando las dos condiciones que, en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el *corpus* y el *animus*, concurren, se tiene *siempre posesión*, a menos que una disposición *legal* no prescriba *excepcionalmente*, que sólo hay simple tenencia.
> Al que sostiene la existencia de semejante fundamento de exclusión de la posesión, compete probarla. Para demostrar que hay posesión basta mostrar la existencia exterior de la relación posesoria (el *corpus*), que, como tal, implica el *animus*, incumbiendo al adversario mostrar la existencia del motivo especial de exclusión de la posesión (…). Para la cuestión de si hay posesión o tenencia, la calificación particular de la voluntad de poseer nada importa. El demandante no necesita sostener la *existencia* de la voluntad jurídica de poseer, y su adversario no puede sostener la *no existencia*. La voluntad de poseer, según lo entiende la teoría dominante, no se presenta nunca en la aplicación práctica del derecho (…). En realidad, el Juez (…) admite la posesión donde quiera que la tenencia simple no se ha mostrado por el contrario que sostiene su existencia, no haciendo así otra cosa que el Juez romano, el cual, según Pablo, debía considerar la posesión como existente, cuando el

> demandante hubiere ofrecido el hecho exterior de la posesión" (Ihering 2003: 268-269).

De este modo, la teoría objetiva no distingue el tipo de *animus*, basta que haya *corpus* y *animus*, para que haya posesión. De este modo, propietario, ladrón y arrendatario, son poseedores:

> "(…) para saber cuándo hay posesión es necesario preguntarse cómo actúa habitualmente un propietario con relación a la cosa. La actitud del propietario es diferente según la naturaleza de la cosa. Hay cosas que el propietario guarda en su casa; hay otras que, por su destino económico, deben estar al descubierto (…). En todos estos casos no existe poder físico sobre la cosa. La seguridad del poseedor no está basada en la medida en que excluye la acción de los extraños sino en que la ley prohíbe esa acción. Ella no se basa en una barrera "física" sino "jurídica".
> La relación posesoria así concebida incluye el animus. Este es un elemento de la posesión, ya que implica voluntariedad. El propietario de los materiales de construcción en la obra y su intención o voluntad es ese. En toda relación posesoria está presente la voluntad, pero es irrelevante analizar la voluntad concreta de tener la cosa como propietario o en nombre de otro." (Avendaño V. y Avendaño A. 2017: 30*)*

Esta teoría respondió a las críticas que recibía la teoría subjetiva, la cual excluía el poder ejercido por terceros sujetos como, por ejemplo, el arrendatario, el comodatario o el depositario. Con la teoría objetiva se amplió el espectro de la protección posesoria (Jiménez, 2004, t. II: 722), incluyendo como poseedores a aquellos supuestos como el arrendatario.

Otra crítica que recibió la teoría subjetiva fue lo difícil de probar la existencia de la voluntad del dominio sobre la cosa o el reconocimiento interno del dominio ajeno, en suma, era muy difícil probar los intereses o intenciones internas de las personas (Jiménez, 2004, t. II: 723).

Así las cosas, para la teoría objetiva *"los hechos logran establecer la posesión, porque, en sí mismos llevan el animus, mientras no se demuestre lo contrario."* (Velásquez 2008: 157)

1.1.2.2. <u>Alcances de la posesión y su reconocimiento en la legislación peruana.</u>

En el Perú, el Código Civil de 1852 siguió la teoría subjetiva, en cambio, los Códigos Civiles de 1936 y el actual de 1984, se adscribieron a la teoría objetiva (Avendaño V. y Avendaño A. 2017: 30-31*)*.

El artículo 896 del Código Civil establece:

> "Artículo 896.- La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad."[24]

Si, como hemos dicho antes, la propiedad supone usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, pues la posesión implica el ejercicio de uno o más de esos atributos:

> "Se trata de un derecho real autónomo (…), que nace por la sola conducta que despliega una persona respecto de una cosa, sin importar si tiene derecho o no sobre el bien. La posesión es el derecho que surge de la propia conducta y del impacto de esta sobre los terceros ajenos a la situación posesoria. El comportamiento del poseedor genera la apariencia de que estamos ante una persona con derecho a poseer" (Mejorada 2004: 710)

La posesión genera importantes consecuencias a partir de su relación con el derecho de propiedad:

> "1) La posesión confiere al poseedor el derecho de tener la cosa sometida a su voluntad, de usarla y aprovecharla como lo crea más conveniente y este conjunto de derechos [son] derivados de la posesión; la propiedad confiere al propietario el derecho de poseer la cosa (…), pero al lado de este derecho el propietario tiene otro más, que le permite disponer y gozar ampliamente de ella (…). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que si bien la posesión y la propiedad son cosas diferentes, existen entre esas dos instituciones relaciones muy grandes: 1) la posesión, como veremos, más adelante, sí es protegida y amparada por la ley y es precisamente porque ella crea una presunción de propiedad; 2) la posesión en sí misma es un elemento de adquisición de la propiedad; 3) la posesión por el transcurso del tiempo conduce a la adquisición de ésta (…)" (Salvat 1951: 33)

[24] Sólo para una muestra de cómo se regula la posesión bajo la teoría subjetiva, tenemos al Código Civil colombiano que en su artículo 762 establece la posesión *"como la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño"* (Velásquez 2008: 156)

Lo que nos dice el artículo 896 es que la posesión existe desde que se usan –o se ejercitan- uno más atributos de la propiedad y, en este sentido, no interesa si es legítima o ilegítima. En suma, la posesión es un derecho más cercano a la realidad, a los hechos, y nace de la necesidad de la protección de la apariencia:

> "(…) al cumplir la posesión un rol que se basa en la apariencia de propiedad y en la normalidad, sino existen estos elementos externos, no se configura la posesión, ya que la evidente ilegitimidad no genera apariencia de titularidad" (Jiménez 2004 t.II: 730)

De este modo, poco importa la voluntad del sujeto que posee el bien, más sí importa que se comporte como propietario:

> "Por consiguiente, todo el que usa es poseedor. También lo es quien disfruta. Estos dos son en realidad los poderes que configuran la posesión. La disposición, si bien es también un poder inherente a la propiedad, importa un acto único y aislado, por lo que difícilmente es expresión posesoria.
> (…)
> (…) la posesión supone un ejercicio de hecho. Lo que deseo destacar de la frase final: el ejercicio de los poderes del propietario ha de ser de hecho, en oposición a lo que sería "de derecho". Para que haya posesión no es necesaria ni es suficiente la posesión de derecho, esto es, la que haya sido atribuida por un contrato o una resolución judicial.
> (…)
> La exigencia de que la posesión importe un ejercicio de hecho tiene una segunda consecuencia: se descarta toda noción de legitimidad. Por consiguiente, posee tanto el propietario (poseedor legítimo) como el usurpador (poseedor ilegítimo).
> Ambos gozan, por el solo hecho de ser poseedores, de todos los derechos que conforme al Código, corresponden al poseedor. Claro está, llegará un momento en que el poseedor ilegítimo tenga que restituir, pero mientras esto no ocurra, es un verdadero poseedor." (Salvat, 1951: 33)

Reiteramos, la definición de las características de la posesión es en extremo importante, pues nos permite definir los alcances materiales de protección del proceso de desalojo, frente a otros procesos como los interdictos, el amparo o la acción reivindicatoria. Cada proceso está orientado a la protección específica de determinadas controversias.

En esta misma línea, tenemos otra definición de posesión:

> “La sola posesión es el control voluntario de un bien con relativa permanencia 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.” (Gonzáles 2014: 46)

Sobre esta última definición, queremos hacer hincapié en el hecho de que para ejercer la posesión no es necesario un título jurídico, pues, como vemos –y veremos al hablar de posesión ilegítima-, la posesión se puede ejercer sin título, pues estamos ante una apariencia.

En efecto, en la realidad la coincidencia entre que un poseedor de un bien es, al mismo tiempo, su propietario es muy alta, por lo que la protección que recibe la posesión –veremos más adelante- más breve, urgente y expedita –en teoría- puede servirle al propietario sin tener que acreditar su título a menos, claro, sea necesario hacerlo, como en el caso del mejor derecho de propiedad. Ahora bien, como sostiene Mejorada, es cierto que de dicha protección también puede servirse un poseedor ilegítimo, ello es absolutamente inevitable, pero es un riesgo que el derecho asume, pues en la inmensa mayoría de casos, quien es el beneficiado con la protección es el propietario (Mejorada 2004 t.II: 714). En pocas palabras, al proteger al poseedor se protege un presunto propietario (Velásquez 2008: 158).

Esta presunción ha sido recogida por el artículo 912 del Código Civil:

> “Artículo 912.- El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito.”

La doctrina nacional, en la línea de lo antes expuesto, nos dice:

> “Queda claro que la posesión es una exteriorización de la propiedad, una suerte de “cara de la propiedad” y por ello, alivia la carga de los propietarios de probar su derecho y sirve como una buena guía para la identificación del dueño de cierto bien.” (Ravina 2014: 77)

Esta concepción también ha sido asumida correctamente por la jurisprudencia nacional. En efecto, el Cuarto Pleno Casatorio Civil –que será referido

regularmente en este tema- ha establecido no sólo la diferencia entre las teorías objetiva y subjetiva de la posesión, sino la importancia de la defensa de la posesión como una apariencia del derecho de propiedad:

> "33.- (…)
> (…) lo decisivo en la posesión es ser una apariencia socialmente significativa, que exterioriza (manifiesta) formalmente la propiedad, y a la que se le liga la adquisición, ejercicio y prueba de la propiedad (traditio, usucapión, tesoro, frutos, etc.). Es el reconocimiento social de la voluntad inmediata (ejecutiva) decisoria sobre una cosa, es una atribución primaria fundada en la propia complejidad de la fijación de la titularidad plena. No hay que partir de la posesión con una visión individualista (como voluntad preferente), sino desde una visión global que considera el derecho como generador o tutelador de apariencias significativas.
> 34. Por todo ello, la posesión cumple una función de legitimación, en virtud de la cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar, en el tráfico jurídico, las facultades derivadas de aquél, así como que los terceros pueden confiar en dicha apariencia."

En tal situación, la posesión ha sido un hecho de la realidad incorporado al derecho que, creemos, beneficia en esencia al propietario, a la sociedad y al tráfico jurídico, siendo, sin lugar a dudas, un derecho muy ligado al de propiedad. Por ello, su importancia y existencia son esenciales. Como sostiene Hernández Gil, *"la tutela de la posesión descansa en razones de seguridad jurídica"* (Ravina 2014: 77).

Por todo ello, los sistemas jurídicos, en general, han reconocido la necesidad de proteger la posesión con, como veremos, medios procesales teóricamente urgentes y breves.

Sobre esta necesidad de protección, y habida cuenta que la posesión –en tanto apariencia- puede proteger tanto al legítimo propietario o poseedor, cuanto inclusive a un usurpador, se debe distinguir dos aspectos de este derecho real: el derecho a la posesión (*ius possidendi*), y el derecho de posesión (*ius possessionis*). La doctrina explica lo siguiente:

> “El derecho a la posesión implica la legitimidad para poseer pero no necesariamente su ejercicio efectivo, es ese, por ejemplo, el caso de un propietario que, está legitimado para poseer (derecho a la posesión) y ha sido privado de su posesión efectiva. En cambio, un usurpador, si bien carece del derecho a la posesión por falta de legitimidad, ejerce la posesión efectiva del bien (derecho de posesión).” (Ravina 2014: 75)

Ambas distinciones nos permiten entender cómo se presenta la posesión actualmente:

> “Ahora, la doctrina distingue claramente entre ius possessionis (derecho de posesión), concepto restringido, del que surgen hechos independientes y separados del dominio, vale decir, que la posesión "considerada en sí misma" (…) y el ius possidendi (derecho a poseer) que es un concepto absoluto, amplio, que está ligado al dominio o al titular de un derecho determinado (usufructo, uso, etc.).
> De tal modo que en el Derecho moderno, la posesión puede presentarse de tres formas:
> 1.- La posesión como poder o señorío fáctico, relación puramente material (ladrón, usurpador): ius possessionis.
> 2.- La posesión derivada de un derecho real, o sea posesión de derecho (la del usufructuario, anticresista, etc.): solo el ius possidendi.
> 3.- La posesión del dueño que conduce u ocupa el bien directamente: ius possessionis y ius possidendi (este último, siempre lo tiene).” (Sánchez 2007: 129)

En consecuencia, consideramos que existe relación directa entre los mecanismos de protección de la posesión y las manifestaciones de ésta (*ius possessionis y ius possidendi*). En efecto, sin soslayar la importancia de la posesión en todo ordenamiento jurídico, y su necesidad de protección inmediata y urgente, no se debe dejar de lado la distinción entre el derecho de posesión y el derecho a la posesión, pues obviamente el sistema no debe proporcionar a un usurpador o poseedor ilegítimo un derecho que no le corresponde.

Precisamente por ello, como veremos, los medios procesales –o extraprocesales- protegen indistintamente al poseedor, sea cual fuere su manifestación (poseedor con derecho de posesión o con derecho a la posesión), lo importante es la naturaleza y finalidad de los mismos, y en ello radica su distinción. Así, adelantando un poco lo que veremos más adelante, el derecho de posesión, precisamente al amparo de la presunción de

propiedad, merece una protección pronta y urgente, aunque no definitiva, mientras que el derecho a la posesión, no sólo puede ser amparado por estos mecanismos urgentes –en teoría-, sino por otras vías no sólo de cognición amplia son, además, definitivas.

En todo caso, la posesión (sea *ius possessionis* o *ius possidendi*) merece una protección efectiva y urgente pues, como se ha dicho, finalmente estamos ante una apariencia donde en la generalidad de casos se protege al propietario o a un legítimo poseedor.

Ahora bien, en el presente trabajo, el objetivo principal de estudio es el proceso de desalojo, mecanismo procesal donde también se encuentra como objeto de protección, generalmente, el derecho del propietario, por lo tanto, este medio procesal debe cumplir esa función de efectiva tutela jurisdiccional.

En este marco, es que una de las posiciones centrales de este trabajo es que la posesión merece protección constitucional a través de mecanismos procesales que cumplan esas funciones, sino no cumplen esas funciones pues estaremos ante la afectación de la tutela jurisdiccional efectiva. En consecuencia, el desalojo –como mecanismo procesal de protección de la posesión- debe ser un medio eficaz para proteger, finalmente, al propietario, a todos los propietarios. Sabemos que no en todos los casos son propietarios los arrendatarios, pero la gran mayoría sí, y, por ello, al utilizar sus bienes en interés de la sociedad, incorporándolos en el tráfico jurídico, es que merecen la mayor protección.

Precisamente, el proceso de desalojo y los otros mecanismos especializados desinados a la protección de la posesión (como los interdictos, defensas posesorias e, incluso, el proceso de amparo, como se verá más adelante), aparecen como consecuencia de la concepción de tutela procesal diferenciada, concepto que realiza al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y que *“impone al legislador la obligación de diseñar técnicas orgánico funcionales y procesales, verdaderas y propias instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio, adecuadas*

para la salvaguarda de los derechos y a los jueces el deber de prestar su protección en los casos concretos" (Berizonce 2010: 247).

En otras palabras, la necesidad de protección especial de los derechos de propiedad y posesión, imponen al legislador y al juez adoptar mecanismos no sólo para equilibrar la posición de las partes, sino para proteger derechos que, para la sociedad y el sistema constitucional de derechos, imponen la necesidad de, como dijimos, la mayor protección. Ello es importante en la medida que el objetivo general del presente trabajo es determinar el contenido de un proceso único de desalojo y qué se debe modificar, y esta modificación deberá tener en cuenta que un único proceso de desalojo debe adecuarse tanto a necesidades económicas o de mercado, sino a la situación jurídica, social y económica de las partes, en atención a los derechos o intereses en juego dentro del proceso.

Aclaramos que, ciertamente, no pretendemos que el derecho a la posesión sea un derecho constitucional (aunque al ser, muchas veces, un derecho accesorio al de la propiedad, puede ser favorecido con la tutela constitucional), pero sí que los medios procesales de protección sean –realmente- eficaces y confieran tutela jurisdiccional efectiva.

Así las cosas, la posesión no sólo tiene una gran importancia jurídica, sino que, creemos, tiene más importancia social y económica –no por gusto se dice que la posesión es un hecho, antes que un derecho-. Hemos visto que ha sido su uso práctico el que ha llevado a este instituto al derecho.

Precisamente, la importancia práctica de la posesión es que genera una protección en tanto la persona se conduzca como propietario pues es siempre difícil probar la propiedad a cada momento. Todos nosotros presumimos que tal persona es propietaria al comportarse como tal –sean bienes muebles o inmuebles-, y no andamos preguntando que nos muestren sus títulos de propiedad a menos que haya razones específicas y justificadas para ello.

En el mismo sentido, los propietarios –de muebles e inmuebles- no andan cargando sus títulos a todos lados. Ello facilita enormemente el tráfico económico y se ve con mayor claridad en los bienes muebles: nosotros adquirimos un libro, por ejemplo, de quien nos lo ofrece, y presumimos -dependiendo de las circunstancias- que se trata de su propietario, no andamos –no siempre- pidiendo su título de propiedad sobre aquél –la boleta o, en ausencia de ésta, una foto que acredite que lo compró en una librería o de su anterior propietario-.

Ciertamente, en muchos casos, podemos presumir que muchos poseedores de un bien mueble –un reloj, una tablet, por ejemplo- no son sus poseedores legítimos debido a las circunstancias, pero en mucho otros casos no, y en estos casos, reiteramos, no andamos pidiendo los títulos de propiedad, más aún, actualmente, en donde las ventas a través de sitios web se ha vuelto masiva, generando millones de transacciones diarias a nivel mundial:

> "(…) la posesión se configura como un sustituto de la propiedad ante la dificultad inevitable que significaría tener que probar el dominio a cada momento." (Mejorada 2004, t.II: 712)

Por otro lado, no sólo tiene importancia para los bienes muebles, sino, especialmente en el Perú, para acreditar la propiedad en un medio donde existen dificultades probatorias de este derecho, debido a la informalidad y nuestro sistema registral imperfecto (Mejorada 2004, t.II: 715):

> "En el Perú, existe un enorme porcentaje de predios cuyos propietarios no cuentan con títulos que los acrediten como tales. No me refiero a los llamados pueblos jóvenes o asentamientos humanos sino a los predios rurales y a algunos bienes ubicados en sectores marginales, en los que los poseedores son normalmente propietarios, pero no cuentan con documentos ni registro de sus titularidades. El excesivo costo de la legalidad ha sido la causa principal de que los propietarios y otros titulares permanezcan únicamente en la esfera de la apariencia: la esfera de la posesión." (Mejorada 2004, t.II: 715):

Reiteramos, la importancia de la posesión no es sólo jurídica, sino social y económica, por ello es un derecho merecedor de una alta protección constitucional –aunque sea indirecta- en todo sistema jurídico.

1.1.2.3. Clases de posesión.

1.1.2.3.1 Posesión mediata e inmediata:

El artículo 905 del Código Civil establece:

> "Artículo 905.- Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título."

Conforme a ello, el poseedor inmediato tiene dos características: posee temporalmente un bien (a un plazo determinado o determinable) y en virtud de un título (que supone una relación jurídica entre el poseedor mediato y el inmediato). Tiene, por tanto, una obligación de restituir el bien (Avendaño V. y Avendaño A, 2017: 34).

Es poseedor inmediato el arrendatario, posee un bien de manera determinada, y en base a un título (generalmente un contrato) que contiene la obligación de restituir el bien.

El poseedor mediato, sin embargo, es quien ha conferido el título al poseedor. Posee el bien por intermedio de otro, y es quien tiene la pretensión de entrega del bien en razón del título. El poseedor mediato puede coincidir con ser el propietario, o puede ser un usurpador, o puede ser un arrendatario que ha dado en sub arrendamiento el bien (Avendaño V. y Avendaño A, 2017: 35).

Sobre este tema, el Cuarto Pleno Casatorio Civil establece la relación entre ambos tipos de poseedores, de la siguiente manera:

> "38. (…) Hay una yuxtaposición vertical y hasta, en cierto sentido, jerárquica de posesiones. Aunque el poseedor inmediato tiene unos poderes directos sobre la cosa (de ahí que sea inmediato), su posición jurídica dentro de la mediación posesoria, viene terminada por otro u otros poseedores (mediatos)."

1.1.2.3.2. Posesión legítima e ilegítima. Posesión ilegítima de buena fe y mala fe:

> “Artículo 906.- La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título.”

El poseedor ilegítimo es aquél que no tiene derecho a poseer, es decir, aquél que posee sin tener un título. Pues bien, la posesión ilegítima está relacionada no solo al vicio formal del título del adquiriente o del poseedor, sino además a la falta de derecho de éste a la posesión (Avendaño 1986: 59). Son ejemplos de ello (Avendaño V. y Avendaño A, 2017: 36):

- El usurpador: posee sin tener título;
- El que tiene un título, pero ha vencido –por haberse vencido el plazo, o por que concluyó bajo alguna otra circunstancia;
- El que posee teniendo un título viciado –comprador con contrato nulo;
- El que posee con un título válido y vigente, pero deriva de una persona que no tiene derecho –arrendatario que celebra contrato con un usurpador.

Ahora, es claro que sólo la posesión ilegítima puede ser de buena fe o mala fe, pues no existe una posesión legítima de buena o mala fe.

Cuando hablamos de posesión ilegítima de buena fe, no es otra cosa que la ignorancia o desconocimiento de la ilegitimidad –el poseedor se considera legítimo-, lo segundo implica el conocimiento pleno y cabal de la posición injusta de poseedor (Avendaño 1986: 61).

> “La posesión injusta puede ser de mala o de buena fe. Lo es de mala, cuando el poseedor la sabe injusta (es decir, conoce que posee indebidamente); lo es de buena, cuando la cree justa (es decir, estima, erróneamente, tener derecho a la posesión de que disfruta). La posesión de buena fe se basa pues, en un error.” (Albaladejo 1982: 69)

Como sostiene Avendaño, el desconocimiento o error del poseedor de buena fe debe ser excusable, que tenga una determinada justificación, por tanto, un error inexcusable deberá ser siempre de mala fe. En este sentido debemos entender el artículo 907 del Código Civil cuando dice:

> "Artículo 907.- La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada."

La posesión legítima, claramente, es un ejercicio legítimo de la posesión, ligado a la validez del título en base al cual actúa como poseedor. Para estos efectos, entendemos como *"título"* al acto jurídico en base al cual se invoca la calidad de poseedor (Avendaño 1986: 59). Así, un título válido para que una persona ejerza como poseedor puede ser un contrato de arrendamiento, es decir, existe una relación jurídica entre las partes.

En el Cuarto Pleno Casatorio Civil, se establece:

> "41.- Se ha llegado a sostener que la posesión es legítima cuando el ejercicio de dicho derecho sea de acuerdo a las disposiciones del ordenamiento civil, en tanto que será Ilegítima cuando se tenga sin título o por un título nulo o que ha sido adquirido por un modo insuficiente para adquirir los derechos reales, o cuando se adquiere del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla.
> Es posesión legítima en cuanto no se declare la nulidad del título que la produce si se ha adquirido el bien de quien no es su dueño."

1.1.2.4. <u>Poseedor precario.</u>

El artículo 911 del Código Civil establece sobre el poseedor precario, lo siguiente:

> "Artículo 911.- La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido."

Pues bien, como hemos visto, las clasificaciones anteriores, refieren varios supuestos de posesión, pero ninguna definición trae tantas implicancias para el presente trabajo como el de poseedor precario, concepto el cual –como veremos- guarda estrecha relación con el proceso de desalojo. Precisamente, el denominado desalojo por precario llevó al ensanchamiento de los supuestos de protección en este mecanismo procesal hasta, inclusive, desnaturalizarlo.

No sólo ello, sino que el término de precario parece ser una clasificación o definición que puede confundirse si nuestro código también regula a la posesión ilegítima y, más aún, si debe entenderse como una de buena o mala fe. La doctrina tampoco puede decidirse si se trata sólo de un supuesto de poseedor mediato o inmediato, o ambos a la vez. Es precisamente ello lo que ha generado confusión no sólo en la doctrina sino en el Poder Judicial, complicando instituciones como el proceso de desalojo o la acción reivindicatoria. Ello ha sido parcialmente superado con el Cuarto Pleno Casatorio Civil, pero antes de dicho pleno la confusión era enorme:

> "La jurisprudencia [antes del Cuarto Pleno Casatorio Civil] considera como precario a todo poseedor que no cuenta con título o cuyo título ha fenecido (…). De esta forma, se dice que es precario un usurpador, pues no tiene título; o un usufructuario, en donde el plazo del título ha concluido; o un comprador que sufre la sucesiva resolución del vínculo negocial a través del acto unilateral de su vendedor por el cual se actúa la cláusula legal o convencional de resolución.
> La doctrina judicial señala que el precario es una modalidad de posesión en la que no se cuenta con legitimidad para mantenerse en el control u ocupación del bien, es decir, se ejerce sin contar con el título justificativo de posesión." (Gonzáles 2014: 235).

Como un poco de antecedentes, tenemos que en el derecho romano se entendía por *precarium* a un contrato innominado en el cual una persona cedía a otra, gratuita y temporalmente, una cosa, de modo que ésta -el poseedor precario- quedaba obligada a devolver el bien en el primer requerimiento del concedente (Avendaño V. y Avendaño A, 2017: 37).

En resumidas cuentas, *"se considera a la posesión precaria la que se concede a otro con reserva del derecho de revocarla a voluntad del primero"* (Gonzáles 2014: 235). Esta definición –originaria- del precario suponía un acuerdo previo entre éste y el cedente de la posesión, y la precariedad del título residía allí: en la fragilidad de éste, pues por su poca estabilidad en el tiempo, podía ser revocado en cualquier momento, suponiendo la restitución del bien a favor del cedente.

Se debe aclarar que un poseedor precario, así descrito, no tiene calidad de poseedor en la teoría subjetiva (Savigny), en tanto carece de *animus domini*, al reconocer a otro como propietario -o a cualquier persona con derecho a que

el bien le deba ser restituido-, por ello, bajo los alcances de esta teoría se le llama precario: es temporal e ilegítimo, por lo que no es verdadera posesión (Gonzáles 2014: 235).

Así, no hay ninguna duda que el poseedor precario es un poseedor ilegítimo (Avendaño 1986: 62). Esta norma ha traído más problemas que soluciones, bajo el manto de la teoría subjetiva de la posesión:

> "Ese concepto de poseedor precario no tiene cabida en un régimen posesorio inspirado por Ihering. En efecto, el poseedor inmediato, a pesar de su temporalidad y pese a que reconoce un propietario, es verdadero poseedor (…). No hay entonces precariedad sino posesión legítima, siempre que el título emane de quien tiene derecho para otorgarlo.
> El Código Civil define a la posesión precaria en el artículo 911 y la define como aquella que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido. La norma se refiere a la posesión ilegítima, porque alude expresamente a la falta de título o en todo caso a su extinción." (Avendaño V. y Avendaño A, 2017: 38)

Sobre la posesión precaria –ahora en términos del artículo 911 de nuestro Código Civil- se puede decir que es aquella donde media título vencido o nulo, pero también cuando no media título:

> "La posesión precaria es posesión viciosa, es decir, cuando la posesión se ha conseguido mediante la violencia, v.gr. la usurpación de un inmueble, o clandestinamente o por abuso de confianza. Esta posesión es regulada por el artículo 2364 del Código Civil argentino y se deduce de una interpretación en contrario del artículo 1200 del Código Civil del Brasil: "La posesión es justa si no fuere violenta, clandestina o precaria". Esto implica que tanto el Código argentino como el brasileño, reconocen a la posesión precaria como una de las causas de la posesión viciosa. Por su lado, el Código Civil peruano determina que la posesión precaria no es solo aquella que se ejerce sin título alguno (aquí estarían comprendidas las situaciones de violencia y clandestinidad), sino que también se da cuando el poseedor inmediato (arrendatario, usuario, usufructuario, superficiario, comodatario, etc.) pierde el título que tenía, por el que se encontraba poseyendo temporalmente un bien, y se niega a devolverlo (abuso de confianza)." (Álamo 2009).

Como se puede apreciar, si bien Avendaño sostiene que la definición original de precario supone un vínculo jurídico entre el denominado precario –que no es más que un poseedor inmediato, según Ihering- y el otorgante del título,

esa definición, continua el mismo autor, ya no se puede sostener con la redacción del artículo 911 y, en tal razón, lo asimiló al poseedor ilegítimo que, como vimos, incluye supuestos variados como el usurpador.

Sin embargo, parte de la doctrina no asume la equivalencia de precario con ilegítimo, pero para ello recurre a una interpretación conjunta del artículo 911 del CC con los artículos 585[25], 586[26] y 587[27], sobre el proceso de desalojo, del Código Procesal Civil (Gonzáles 2014: 178). La interpretación de los artículos del CPC se sustenta en que utilizan, para la procedencia del desalojo, el término "restitución", lo que implica una relación entre poseedor inmediato y mediato, en los términos que hemos descrito arriba, es decir, una relación jurídica temporal y sustentada en un título que contenga no sólo los términos de la entrega del bien, sino su devolución o restitución:

> "En tal contexto (…), es posible entender que el precario es aquel poseedor que, efectivamente, no cuenta con título jurídico, pero sí social o de mera tolerancia, aplicable a los casos en los que el inmediato ha recibido voluntariamente el bien por parte del mediato; y, en consecuencia, aquel está obligado a su restitución. Esta última definición no se encuentra únicamente en el Código Civil, por lo que es necesario complementarla con el Procesal." (Gonzáles 2014: 179)

Por tanto, para otro sector de la doctrina es precario:

> "(…) todo poseedor inmediato que recibió el bien en forma temporal por acto voluntario del concedente o poseedor mediato, cuya finalidad es proporcionar el goce por liberalidad, gracia o benevolencia. El precario se origina por título social o, excepcionalmente, por título jurídico de

[25] *"Artículo 585.- Procedimiento*
La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo.
Procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza.
Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código"

[26] *"Artículo 586.- Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el Artículo 598, considere tener derecho a la restitución de un predio.*
Pueden ser demandados: el arrendatario, el sub-arrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución."

[27] "*Artículo 587.- Si el predio es ocupado por un tercero ajeno a la relación establecida entre el demandante y la persona a quien éste le cedió la posesión, el demandante debe denunciarlo en su demanda. El denunciado será notificado con la demanda y podrá participar en el proceso.*
Si al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que va a producirle la sentencia.
El tercero puede actuar como litisconsorte voluntario del demandado desde la audiencia única.
Si durante la audiencia se advierte que el tercero carece de título posesorio, el Juez aplicará lo dispuesto por el Artículo 107."

carácter obligatorio que ha fenecido por nulidad manifiesta" (Gonzáles 2014: 185)

Como vemos, dicha posición no es más que la adoptada por el derecho romano: la entrega a título gratuito de un bien, con la condición de la entrega del mismo en el momento en que se solicite la restitución.

Tenemos reparos en la adopción de posiciones sin considerar la realidad nacional, más aún de un modelo ajeno a nuestra realidad. Sin embargo, también somos conscientes de los errores incurridos por el legislador del Código Civil al redactar –o siquiera incluir- el artículo 911. Por otro lado, también parte de la doctrina considera que el poseedor precario es una especie del poseedor ilegítimo, específicamente es un poseedor ilegitimo de mala fe (Lama 2012: 128-129).

Todo este panorama fue aclarado por el Cuarto Pleno Casatorio Civil, donde se establece que el concepto de poseedor precario está relacionado directamente con el proceso de desalojo –recordemos que dicho proceso sumarísimo tiene como parte pasiva de su relación procesal al precario[28]-. De tal modo, el poseedor precario se entiende en función de dicho proceso que, en nuestro Código Procesal Civil, es uno de tipo sumarísimo.

Como sostiene Mejorada, si el poseedor precario se entiende únicamente en función al Código Civil obviamente existirá la confusión respecto al poseedor ilegítimo, pero ello no debe entenderse así. En efecto, el poseedor precario deberá entenderse por su relación con el proceso de desalojo, en la medida que será pasible de restituir la posesión del bien, por medio del desalojo, aquél poseedor que ejerce la posesión sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido (Mejorada 2018).

1.1.2.5. El Cuarto Pleno Casatorio Civil.

[28] El artículo 586 del Código Civil establece, en su segundo párrafo: *"Pueden ser demandados: el arrendatario, el sub-arrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución."*

El tema parece haber sido zanjado en el Perú, como dijimos, con el Cuarto Pleno Casatorio Civil, sentencia de fecha 13 de agosto de 2012, decisión que con calidad de precedente judicial es de obligatoria aplicación por parte de todas las instancias judiciales.

Como se establece de las consideraciones del Pleno, es su objetivo definir un concepto de precario en sede nacional, a fin de uniformizar los criterios en todas las instancias judiciales.

> "51.- (…) Entendiéndose, dentro de una concepción general y básica, que cuando dicho artículo en análisis [el artículo 911 del Código Civil] hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico o circunstancia que hayan expuesto, tanto la parte demandante, como la demandada, en el contenido de los fundamentos fácticos tanto de la pretensión, como de su contradicción y que le autorice a ejercer el pleno disfrute del derecho a la posesión; hechos o actos cuya probanza pueden realizarla, a través de cualquiera de los medios probatorios que nuestro ordenamiento procesal admite; entendiéndose que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.
> (…)
> 54.- Siendo así, de la lectura del artículo en análisis queda claro que la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer (…).
> 55.- El segundo supuesto que contempla la norma es que el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento, por lo que resulta lógico concebir que dicha extinción se puede deber a diversas causas, tanto intrínsecas o extrínsecas al mismo acto o hecho, ajenas o no a la voluntad de las partes involucradas (…).
> 57.- Igualmente resulta necesario interpretar de una manera concordada el sentido del artículo 585° del Código Procesal Civil, puesto que su primer párrafo, al ser aplicable a todo tipo de causales de desalojo, hace alusión a la "restitución" de bien, lo que debemos entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto, a quien corresponde dicho derecho, a ejercer el pleno -disfrute del mismo, independientemente de, si el derecho de propiedad se encuentra previamente declarado o no, puesto que en este proceso no se puede discutir – por su sumariedad- sobre dicho extremo, sino tan solo si es que se tiene derecho a la restitución del bien.
> 58.- Como quiera que el legislador ha precisado que esta pretensión restitutoria de la posesión debe ser tramitada bajo las reglas del procedimiento sumarísimo, debe interpretarse que tal indicación

> implica que este específico conflicto de intereses no contiene una naturaleza compleja, dado que para la protección del derecho en análisis la controversia debe circunscribirse sustancialmente a la alegación y probanza del derecho al disfrute de la posesión inmediata, independientemente de la determinación de la propiedad o de la validez o vigencia (en sí) del título con el cual se defiende el disfrute de dicho derecho, lo cual será materia de análisis y decisión en los otros procesos pertinentes (…).”

Como se puede apreciar, el Cuarto Pleno Casatorio Civil, establece la relación directa entre el poseedor precario y el proceso de desalojo, mecanismo procesal sumario –como veremos, más adelante- donde se discute únicamente a quién corresponde el derecho de posesión –al demandante o al demandado- y, en ese sentido, si corresponde o no la restitución. Si sólo se discute la posesión, la actividad probatoria debe ser sencilla, acorde con un proceso que sólo permite una actividad cognitiva breve.

Por ello, si existe confusión -como de hecho lo existe- entre poseedor precario y poseedor ilegítimo, ello, sólo sucede a nivel sustantivo, más no a nivel del proceso de desalojo, donde recién cobra sentido la noción de precario (Mejorada 2018). Se concluye en el Cuarto Pleno Casatorio:

> “61.- (…) esta Corte Suprema acoge un concepto amplio de precario –a efectos de englobar todas las variables, que en la casuística se viene planteando en la Jurisdicción (…)-, no limitándose únicamente al caso que el propietario cede la posesión de un inmueble para que otro la use y se la devuelva cuando lo reclame, sino también cuando existe una situación de tolerancia de la posesión de hecho sin título (hecho o acto alguno) que la ampare o, cuando sobreviene un cambio de la causa, por cesar la vigencia de un acto jurídico o variar los efectos de los actos o hechos antes inexistentes, situación que justificaban, al demandado al ejercicio del disfrute del derecho a poseer. En consecuencia se presentará esta figura en cualquier situación en la que falte un título (acto o hecho), o este haya fenecido en la cual deberá fundarse o justificarse la condición de precario con el bien, situación que se imputa al demandado y que habilita al reclamante (…) pedir y obtener el disfrute del derecho a poseer. Por ello, una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título, según las pruebas presentadas en el desalojo, no genere ningún efecto de protección para quien ostente la posesión inmediata frente al reclamante.”

En primer lugar, se puede apreciar que se adopta una definición amplia de precario, muy amplia, ciertamente, pues engloba a *"cualquier situación en la que falte un título (…), o este haya fenecido"*, una persona será precario *"cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título (…), no genere ningún efecto de protección"*.

Obviamente, si se lee únicamente esta definición amplísima de precario se distorsiona la regulación sobre el proceso de desalojo, que veremos más adelante, pues puede contemplar toda una serie de supuestos para los que no está hecha una vía sumaria y expedita como el desalojo.

Reiteramos, la definición de precario debe estar orientada al proceso de desalojo, pero es útil que, a pesar de dicha amplia definición, el Pleno se adhiere a una serie de supuestos que considerará precarios, que deberán ser abordados en un proceso de desalojo únicamente si la actividad probatoria, acorde a un proceso con cognición breve, es directa, inclusive, meramente documental. En este sentido, si bien no están impedidos que en los casos de despojo violento o clandestino u otros analógos se puedan interponer demanda de desalojo por ocupación precaria (Abanto 2013: 62), se debe atender a que estamos ante un proceso breve, por lo que, se podría excluir todo medio probatorio que no sea de actuación inmediata, dada la naturaleza del desalojo.

En lo que a nuestro trabajo es relevante, serían supuestos de precario, conforme al Pleno (Abanto 2013: 62):

1. Los casos de resolución extrajudicial del contrato de desalojo en mérito a los artículos 1429 y 1430 del Código Civil. Se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título habilitante para seguir poseyendo el inmueble.
2. Supuesto previsto por el artículo 1704[29] del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la

[29] *"Artículo 1704.- Vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y a cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento."*

voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No lo será el caso del artículo 1700 del CC, pues se asume la continuación del contrato en las mismas condiciones.

3. Si el juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, analizará la situación en la parte considerativa de la sentencia y declarará fundada o infundada la demanda sobre el desalojo.
4. La enajenación de un bien arrendado, con contrato no inscrito en registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño.

La jurisprudencia nacional sigue actualmente la posición del Cuarto Pleno, así tenemos la Casación 3520-2006-Lima que, dentro de un proceso de desalojo, y diferenciando la posesión ilegítima de la precaria, ha establecido

> "Octavo.- Que, es preciso diferenciar la posesión ilegítima de la posesión precaria. El poseedor ilegítimo es aquel cuyo título de posesión adolece de algún defecto formal o de fondo; en tanto el poseedor precario es quien ejerce la posesión sin título alguno, sea porque nunca lo tuvo o porque ya feneció. Para contrarrestar la pretensión en su contra, el poseedor deberá acreditar el título que justifica su posesión, aunque éste tenga la calidad de inválido, ya que no se configura la ocupación precaria cuando la parte demandada ostenta un título vigente que justifica su posesión, no siendo objeto de discusión la validez o no de dicho instrumento a través de este proceso. (…).
> Noveno.- Que, a ello cabe agregar que es el propio Código Civil quien en el Capítulo Tercero del Título I, Sección Tercera del Libro V (Derechos Reales) diferencia claramente a la posesión ilegítima de la posesión precaria, estableciendo que la primera es la que se detenta con un título afectado con un vicio que lo invalida (artículo novecientos seis), mientras que la segunda es la que se detenta sin título alguno (artículo novecientos once)."

Sin embargo, las distinciones no son claras, y ello corresponde a la complejidad de la institución.

El Pleno fue polémico en su momento, al haber motivado comentarios positivos como negativos, aún hasta hoy. Objetivo de comentarios negativos está el identificado como precedente o regla 5.2 (literal b, de líneas arriba). Este caso se califica como poseedor precario a aquel arrendatario cuyo

contrato ha vencido por finalización del plazo, y a quien se le ha requerido la devolución del inmueble, conforme al artículo 1704 del CC. Como sostiene Abanto:

> "¿Es conveniente considerar un supuesto de conclusión del contrato de arrendamiento como un supuesto de posesión precaria? Ello implica que el demandante el seguimiento de un proceso de dos instancias, la primera ante un Juzgado Especializado en lo Civil o Mixto, la Segunda ante una Sala Civil o Mixta con el dilatado trámite del recurso de Casación ante una Sala Civil de la Corte Suprema. ¿No hubiese sido mejor considerarlo como un supuesto de vencimiento del plazo y facilitar su inicio ante un Juzgado de Paz Letrado y su conclusión ante un Juzgado Especializado o Mixto? Bajo un punto de vista de política judicial, nos parece inconveniente la decisión de la Corte Suprema, pues por un exceso de academicismo, condena a los abogados y litigantes a tramitar un largo y dilatado proceso." (Abanto 2013: 65-66)

En efecto, conforme las reglas del Código Procesal Civil, el desalojo por causal de precario, sea cual fuere la renta mensual, siempre será conocida por el Juez Especializado en lo Civil[30], en cambio, serán competentes los Jueces de Paz Letrados cuando la cuantía de la renta mensual no supere a las 50 URP[31]. Ello ocasiona un grave problema social, pues la inmensa mayoría de alquileres -sobre todo de vivienda- son inferiores a ese monto, obligando a pequeños alquileres a seguir una ruta procesal larga –con posibilidad de casación- por causal de precario.

En el mismo pleno hubo opiniones discordantes. Nos explicamos. La posición finalmente aprobada se ponía en el supuesto de que una vez que vence el contrato, y el arrendador requería la devolución del bien, entonces el arrendatario se convertía en precario (supuesto de fenecimiento del título, del artículo 911 del CC).

¿Es ello jurídicamente correcto? Las opiniones discordantes indicaban que ello no era exacto. Así, una vez que vence el contrato, y el arrendador requería la devolución del bien, no supone el fenecimiento de todo el contrato, pues

[30] Del Código Procesal Civil: *"Artículo 547.- Competencia*
(…)
En el caso del inciso 4) del artículo 546 [referido al desalojo], cuando la renta mensual es mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía [que es el caso de la demanda de desalojo por precario], son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados."

[31] Al año 2024, el monto asciende a S/ 25,750.00 (URP asciende a S/ 515.00).

aún subsisten obligaciones del contrato –ejemplo, el pago de los servicios, el mantener la integridad del bien-, por tanto, el arrendatario no es precario (Abanto 2017), supuesto en el cual, todo arrendamiento con una renta mensual inferior a las 50 URP, tenía como juez competente al Juez de Paz Letrado, evitando, la gran mayoría de alquileres, llegar hasta la Corte Suprema en casación.

Creemos en esta última posición. Nos explicamos, como hemos sostenido líneas arriba, la posesión es un derecho estrechamente vinculado a la propiedad, y como éste, favorece y facilita el tráfico jurídico. En este sentido, ambos derechos permiten la realización de una función social.

Si bien la propiedad tiene reconocimiento constitucional, lo que posibilita una protección procesal más amplia –por ejemplo, un proceso de amparo al que sólo la posesión no tiene acceso por jurisprudencia del TC-; ello no implica que la posesión no acceda a dicha protección amplia. De hecho, procesos como el desalojo o los interdictos (acciones posesorias) se caracterizan por teóricamente, su urgencia, menos duración y cognición sumaria. Ello indudablemente considera la importancia de la posesión y su facilidad de probanza –el solo actuar como propietario, conforme la teoría objetiva-. Por ello, todo proceso judicial que no cumpla esa función sumaria, indudablemente afecta la tutela jurisdiccional efectiva de aquellos poseedores con derecho a la restitución del bien.

Como sabemos, la protección de estos derechos constitucionales debe ser realizada y, por ello, ante dos posibles interpretaciones se debe optar por la que favorece a la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual no se realiza si para este proceso se contempla el recurso de casación. Recordemos, los derechos reales merecen la máxima protección en tanto cumplan una función en el tráfico jurídico que es lo que le interesa a la sociedad y al Estado.

1.2. Mecanismos procesales de restitución de propiedad y posesión.

1.2.1. Conceptos previos

En las líneas que siguen definiremos algunos conceptos a los que iremos mencionando en adelante, y que servirán para esclarecer nuestras posiciones.

Para hablar de la naturaleza de cada vía procesal que se encarga de la protección de los derechos reales de propiedad y posesión, en la medida que son similares al proceso de desalojo, debemos entender que la distribución en la protección de los bienes jurídicos se basa en dos criterios jurídicos: la regla de la propiedad y la regla de la posesión:

Tabla 1

Criterios de protección de propiedad y posesión

Regla de la posesión	Regla de la propiedad
Toma en cuenta la relación del hecho de la persona con un bien.	No es necesario una relación de hecho con un bien, pues toma en cuenta si la persona tiene (o no) un título solemne sobre el bien.

Fuente: Gonzáles 2016: 156

Es sobre ambos criterios que se estructuran los deberes, derechos y, lo que nos interesa para nuestros efectos, diversos mecanismos de defensa que corresponden si eres un detentador de la propiedad o de la posesión. Más adelante, se apreciará un cuadro sobre los mecanismos de defensa.

De este modo, tenemos que cada proceso que veremos a continuación tiene un objetivo específico de protección, es decir, un bien jurídico determinado a proteger, a saber: propiedad*,* el *ius possessionis* (derecho de posesión) o *ius possidendi* (derecho a la posesión). El cuadro que veremos, más adelante, fue en su momento distorsionado por el proceso de desalojo por causal de ocupante precario y que, de algún modo, ha intentado corregir el Cuarto Pleno Casatorio Civil.

Ahora bien, si es objetivo del presente trabajo llegar a un proceso único de desalojo, es necesario, por tanto, poder diferenciarlo de otros mecanismos procesales afines, pero no iguales -en la medida que protegen bienes jurídicos distintos-, que nos ayudarán a poder delimitar los alcances de aquél.

Seguidamente, expondremos los diferentes mecanismos procesales que protegen la propiedad y la posesión, pero previamente presentamos un cuadro resumen sobre ello:

Tabla 2

Mecanismos procesales de protección de propiedad y posesión

Derecho	Mecanismo procesal
Derecho de propiedad	Acción reivindicatoria / proceso de reivindicación (proceso de conocimiento)
	Mejor derecho de propiedad
	Acción de Amparo (determinados supuestos)

Derecho		Mecanismo de defensa	Objetivo
Derecho de posesión	Defensas posesorias Extrajudiciales	Conducta ilegitima destinada a privar de la posesión al poseedor actual y tomarla para sí (artículo 920 Código Civil).	Defensa del derecho de posesión y a la posesión
	Defensas posesorias Judiciales	Acción posesoria (proceso de conocimiento) Desalojo (proceso sumario)	Defensa del derecho a la posesión
		Interdictos	Defensa del derecho de posesión
	Acción de amparo	Caso pueblos originarios (Convenio 169 OIT)	Defensa del derecho de posesión y a la posesión

Fuente: En parte tomado de EIAC 2016: 14 y Gonzáles 2016: 157

En los cuadros que anteceden podemos ver no sólo los procesos que protegen al derecho de propiedad, sino a las dos manifestaciones de la posesión. Es claro que muchas veces, como se ha visto, coincidirá el propietario con la titularidad de ambas manifestaciones de la posesión, tan es así que, con una prueba mínima, el propietario podrá –amparándose en la presunción que genera la posesión- acudir por una vía teóricamente más breve –es el caso del arrendatario que inicia un desalojo-; más no siempre será así, pues puede suceder que el poseedor no sea propietario pero sí tenga derecho a la posesión –arrendatario, usufructuario, por ejemplo-, en este caso, podrá acudir a procesos como el desalojo o interdictos, o inclusive, acudir a la defensa extrajudicial, más no a la pretensión reivindicatoria.

Además, el sistema prevé defensas urgentes para los poseedores que detentan sólo derecho de posesión, por lo que en estos casos también un usurpador podría iniciar un interdicto, más no otro tipo de proceso, amparándose en la presunción que genera la posesión, y bastará con acreditar ésta. En estos casos será necesario, por ejemplo, que el propietario no poseedor, inicie contra ese poseedor ilegítimo –usurpador- una pretensión reivindicatoria y poner fin al conflicto, en definitiva.

Como se aprecia, adoptar tal o cual mecanismo, depende en mucho del tipo de derecho que uno detenta, y qué tipo de solución requiere del sistema:

> "Queda claro que la posesión es una exteriorización de la propiedad, una suerte de "cara de la propiedad" y por ello, alivia la carga de los propietarios de probar su derecho y sirve como una buena guía para la identificación del dueño de cierto bien. En la misma línea (…), la presunción permite aliviar la carga probatoria de la propiedad a partir de la apariencia que la posesión conlleva.
> En consecuencia, la protección posesoria se basa finalmente en la protección a la propiedad, aunque, en algunos casos, posesión y propiedad no coincidirán e incluso podrían entrar en conflicto. Por ello, es importante entender la relación que existe entre los mecanismos de protección posesoria y los de protección de la propiedad, en especial cuando estos entran en conflicto. Como comentáramos anteriormente, la defensa posesoria (…) es básicamente rápida y efectiva pero en ningún caso definitiva, en cambio, la defensa de la propiedad es normalmente más lenta pero definitiva. Por ello, salvo circunstancias especiales, el conflicto entre posesión y propiedad, lo termina ganando la propiedad. (Ravina 2014: 77-78)

Teniendo en cuenta estos principios es que se debe analizar cada mecanismo para ver restituido la propiedad o la posesión.

1.2.2. Proceso de reivindicación (Acción reivindicatoria) y Mejor derecho de propiedad.

En principio, como sabemos es equivocado utilizar la terminología de "acción" reivindicatoria, pues dicho vocablo alude al derecho que tiene toda persona a poder acceder al Órgano Jurisdiccional y poder obtener de él una respuesta fundada en derecho. Por ello, preferimos usar el término proceso de reivindicación.

Dicho ello, sobre este proceso la doctrina es muy diversa, pero podemos centrarla en algunos conceptos:

Así, según Carbonnier:

> "La reivindicación (…) es la acción que comprende al propietario, para que se reconozca su derecho, hipotéticamente desconocido por otra persona. Se endereza, pues, al reconocimiento del fondo del derecho, y no al simple hecho de la posesión." (Carbonnier 1965, t.II, v. I: 390)

Puig Brutau hace suyo el siguiente concepto de la referida acción:

> "(…) se entabla para reclamar la entrega de la cosa, cuando ésta se halle en posesión de un tercero sin título alguno (…). Mediante ella, el propietario no poseedor hace efectivo su derecho a exigir la restitución de la cosa (…)." (Puig t. III, v. I: 176)

Para Valverde y Valverde:

> "La reivindicación es una acción por virtud de la cual el verdadero propietario de la cosa puede dirigirse contra cualquier poseedor de la misma, para que se la restituya (…). Esta acción, como de naturaleza real, puede dirigiré erga omnes, contra cualquier poseedor, y por eso es el medio de defensa de la propiedad más pleno y completo, distinguiéndose por lo mismo de las demás acciones, puesto que por éstas no se reivindica la cosa, solo la reivindicatoria reclama el dominio mismo, las otras podrán pedir algún derecho inherente (…); pero nunca podrá pedirse por otra acción que no sea ésta el dominio mismo o sea la restitución de la propiedad con todas sus consecuencias jurídicas naturales (…)" (Valverde y Valverde, 1925 t. II: 280)

El proceso de reivindicación pues, sirve para la protección de la propiedad, contra una privación o una detentación posesoria, y se dirige, ante todo, a la recuperación de la posesión, y a la indemnización y entrega de los frutos y accesorios (Wolff, citado por Avendaño 1990: 215).

Como su propio nombre lo indica, estamos ante uno de los atributos de la propiedad, el de reivindicar, según el cual *"se entiende la recuperación de lo*

propio, luego del despojo o de la indebida posesión o tenencia por quien carecía de derecho de propiedad sobre la cosa" (Palacios 2002: 83)

Hay consenso en la doctrina en que el proceso de reivindicación corresponde al propietario o copropietario, no poseedores inmediatos, y procede en tanto al poseedor no le asista un derecho a la posesión frente a aquéllos. En este sentido, es indiferente que el propietario no haya poseído nunca, o que haya dejado él mismo la posesión, o que la haya perdido involuntariamente (Avendaño 1990: 215-216). En suma, se trata de un proceso que involucra al propietario no poseedor, contra el poseedor no propietario (Palacios 2002: 83).

De este modo, la finalidad del proceso de reivindicación cubre dos aspectos: *"1°, que sea declarado el derecho de propiedad de quien la interpone; 2°, que, en consecuencia, le sea restituida a cosa sobre que aquél recae"* (Albaladejo 1982: 215)

Las referencias legislativas a dicha pretensión se encuentran en nuestro Código Civil:

> "Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.
> Artículo 927.- La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción."

Sobre la facultad de reivindicar ya hemos hablado. Más bien, y sobre la imprescriptibilidad de la pretensión reivindicatoria, tenemos que ello obedece a la perpetuidad del derecho de propiedad, que lleva necesariamente consigo la perpetuidad de la acción que busca la reivindicación (Avendaño 1990: 217). En otras palabras, el derecho a reivindicar es imprescriptible, pues nace de un derecho perpetuo como lo es la propiedad, la que no se pierde por el transcurso del tiempo (Palacios 2002: 84).

A pesar de la importancia del proceso de reivindicación, esa única referencia legislativa no establece ni los requisitos ni las características de su ejercicio,

espacio que ha sido dejado a la doctrina y a la jurisprudencia nacional. En este sentido, y sobre los requisitos del proceso tenemos, por ejemplo, a la Casación No. 18824-2015 La Libertad, de fecha 27 de junio del 2017[32]:

> "Que, esta Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, como la recaída en la Casación N.° 3436-2000/ Lambayeque, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social, así como en la Casación N.° 729-2006/Lima, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha señalado que si bien es cierto, la norma no define exactamente los alcances de la acción reivindicatoria, para su ejercicio deben concurrir los siguientes elementos: a) Que, se acredite la propiedad del inmueble que se reclama; b) Que, el demandado posea la cosa de manera ilegítima o sin derecho a poseer; y, c) Que, se identifique el bien materia de restitución."

Teniendo en cuenta dichos requisitos, notamos que se reconoce a este proceso como uno propio para la protección del derecho de propiedad, pudiendo ser iniciado únicamente por el propietario no poseedor, a fin de recuperar el inmueble de un poseedor ilegítimo. En consecuencia, para la procedencia del proceso de reivindicación, se necesita que el demandado posea el inmueble, pues lo que se busca es la recuperación del predio[33].

Además, en este proceso se permite determinar qué parte detenta el derecho de propiedad. Si lo acredita la demandante, en perjuicio de la demandada que no acredita la legalidad de su derecho de posesión –o no tiene éste-, ello implica que el bien –debidamente identificado- deberá ser restituido al demandante. Por el contrario, si la parte demandada acredita que es la propietaria o, en todo caso, su posesión es legítima, será declarada infundada la restitución.

Así, por ejemplo, el caso a que se refiere la Casación No. 18824-2015, mencionada líneas arriba, la parte demandante pretendía la restitución de un inmueble que había adquirido en propiedad por sucesión intestada, en razón del fallecimiento del causante –su padre-, quien era el anterior titular registral. Todo ello estaba acreditado en la partida registral. Por el otro lado, el

[32] Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de mayo de 2018.
[33] Sobre ello, ver la Casación 2937-2011 Arequipa, de fecha 24 de setiembre de 2013, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de octubre de 2016.

demandado sostuvo en su defensa que la ocupación que detentaba sobre el inmueble se amparaba en que lo había adquirido del antes mencionado causante, mediante compraventa, conforme a un documento con firmas legalizadas que suscribieron antes del fallecimiento de éste, y cuya formalización solicitó mediante un juicio de otorgamiento de escritura pública.

Como se observa, en este caso, si bien el demandante acreditó la propiedad del inmueble, tenemos que el demandado también acreditó la titularidad sobre el mismo y, por ende, la legitimidad de su posesión. Es en tales casos que se hace necesario el proceso de reivindicación que, acorde con su naturaleza, permite determinar quién detenta la propiedad de un bien.

En líneas generales, nuestra jurisprudencia anota las características expuestas en líneas anteriores. Así, por ejemplo, la casación de fecha 2 de junio de 2009, causa 4496-2008, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, sobre reivindicación:

> "OCTAVO.- (…). De otro lado, uno de los atributos del derecho de propiedad es la reivindicación, entendida inicialmente como la pretensión real destinada a conseguir la restitución de la posesión del bien, de la que se encuentra privado el propietario, de persona que sólo tiene la calidad de poseedor; sin embargo, en virtud a que por su propia naturaleza el derecho de propiedad excluye la posibilidad de que otra persona alegue idéntico derecho sobre el mismo bien, el ejercicio del atributo reivindicativo comprende también la posibilidad de recuperar la posesión del bien de persona que incluso se atribuye derecho de propiedad, para cuya dilucidación es posible la aplicación de las reglas contempladas en el Código Civil, sobre concurso de acreedores, prioridad registral, oponibilidad de derechos reales y fe pública registral. NOVENO.- Es necesario señalar que la doctrina comparte este criterio cuando señala "El demandado no debe ostentar ningún derecho sobre el bien. No es necesario señalar que el demandado invoque y pruebe ser propietario, también puede oponerse si cuenta con algún derecho real que le habilite mantener en posesión legítima del bien. Esta alegación del demandado no se aplica cuando su pretendido derecho deriva de hechos o relaciones jurídicas que no derivan del actor. Por ejemplo, si el demandado invoca ser propietario, pero adquirió el bien de un tercero, en este caso, hay dos cadenas de transmisiones, y el juez deberá evaluar dentro de la misma reivindicatoria qué cadena es mas fuerte" (Gonzáles Barrón, Gunther. Derechos Reales, Editorial

> Juristas Editores. I Edición. Setiembre – dos mil cinco, página quinientos noventa).”[34]

Lo dicho acá nos permite ver que, dentro del proceso de reivindicación, se puede generar un debate sobre mejor derecho de propiedad, ello a pesar que ambas pretensiones son de naturaleza diferente y son independientes. Ello nos lleva a mencionar la naturaleza y objetivos del denominado mejor derecho de propiedad.

Como establece la Casación 2937-2011 Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de octubre de 2016:

> “SEXTO.- (…) la acción de mejor derecho de propiedad tiene como única finalidad obtener una declaración de que la accionante es la verdadera propietaria del bien, por tanto, no se procura la restitución del bien a favor del propietario no poseedor, como sí ocurre en la reivindicación. En ese sentido, a diferencia de la reivindicación, es una acción netamente declarativa carente de condena al poseedor ilegítimo.”

Dicho criterio es una posición consolidada. Veamos lo expuesto en la Casación N° 19809-2022, del 8 de agosto de 2024, emitida por la Quinta Sala Constitucional y Suprema de Justicia:

> “4.3. La acción de mejor derecho de propiedad tiene como única finalidad obtener una declaración de que el actor es el verdadero propietario del bien, es una acción de mera declaración de propiedad. No procura la restitución del bien a favor del propietario no poseedor. En suma, es un proceso en el cual se confrontan títulos contradictorios sobre un mismo bien, los que van a determinar el derecho de propiedad.
> 4.4. A nivel de la doctrina Diez Pìcazo y Gullon, señala: “Así como la acción reivindicatoria no se detiene en la mera condena del demandado a que reconozca el dominio del actor, sino que aquel es condenado a la restitución de la cosa que detenta indebidamente, la acción declarativa de dominio, admitida por una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene como fin la condena del demandado a que reconozca el dominio del actor simplemente, que discute o se atribuye ese derecho. Sin aspiraciones de reintegración de la posesión que detenta en ese proceso. La acción declarativa exige la prueba del dominio por el actor y la identificación de la cosa en iguales términos

[34] http://spij.minjus.gob.pe/juris/civil-pdf/civil-06759.pdf (Consultada el 3 de marzo de 2019)

> que la acción reivindicatoria, pero no que el demandado se halle en su posesión. La legitimación pasiva corresponde, pues, a los que nieguen o contesten simplemente el derecho de aquel".
> (…)"

En otras palabras, el proceso de mejor derecho de propiedad, como proceso autónomo, no busca la restitución del bien. Pero, entendemos que, aunque procesos autónomos, tienen pretensiones perfectamente compatibles o acumulables.

En ese sentido, en la Casación 2937-2011 Arequipa, mencionada líneas arriba, también se expone lo siguiente: *"la pretensión procesal de mejor derecho de propiedad es subsumible dentro de la reivindicación"*[35].

Por tanto, ambas pretensiones –reivindicatoria y de mejor derecho de propiedad-, son complementarias y acumulables, y así, generar un debate probatorio que permite un proceso de conocimiento. Por tanto, es posible que, durante el transcurso del proceso, se genere debate sobre cuál de las partes detenta el derecho de propiedad o, en todo caso, un mejor derecho de propiedad. En el mismo sentido, tenemos a la Casación No. 3977-2015-La Libertad, sobre proceso de reivindicación, y en la cual la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema establece:

> "QUINTO.- Finalmente, ante la presentación de dos títulos de propiedad, las instancias se encuentran facultadas para determinar que título prima; pues, conforme ha señalado reiterada jurisprudencia de este Tribunal, en la reivindicación también procede determinar el mejor derecho de propiedad cuando ambas partes aleguen tener título sobre el bien controvertido (Casación número 1803-2004, Loreto y Casación número 4221-2001, Arequipa), en tanto carece de sentido postergar la decisión judicial a resultas de lo que se decida en nuevo proceso. Al respecto, Gunther Gonzales Barrón, ha señalado que: "La reivindicación es la acción plenaria entablada por el propietario para que se le reconozca como tal. Siendo ello así, dentro de la reivindicación se puede actuar todo tipo de pruebas o alegatos para determinar quién es el propietario del bien (o quien tiene mejor derecho de propiedad)"[36]

[35] Considerando Cuarto
[36] https://legis.pe/procede-determinar-mejor-derecho-propiedad-proceso-reivindicacion-casacion-3977-2015-la-libertad/ (Consultado 13 de diciembre de 2018)

En consecuencia, si en un proceso de reivindicación, se tiene una actividad probatoria amplia, es posible que en el mismo proceso se discuta el mejor derecho de propiedad de las partes. Estamos pues, ante pretensiones compatibles y, además, perfectamente acumulables.

Las características descritas para el proceso de reivindicación, lo hacen muy diferente al proceso de desalojo, y aunque ambas buscan la restitución o entrega de un bien, difieren básicamente en lo siguiente:

1. La demanda es presentada por el propietario, condición que debe ser acreditada.
2. El proceso de reivindicación es un proceso de cognición amplia ya que determinar la asignación del derecho de propiedad al solicitante, u otra persona.
3. En este sentido, la actividad probatoria es la mayor posible.

Precisamente, en relación con el proceso de desalojo, la Sexta Sala Civil de Lima ha dicho en el expediente 764-2009, de fecha 9 de junio de 2009 (Avendaño Arana 2012: 191), lo siguiente:

> "QUINTO: (…) la demanda de desalojo se regula en la vía procedimental del proceso sumarísimo; debiéndose precisar que en los procesos que versan sobre desalojo por ocupación precaria es sujeto activo de la relación jurídica 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 demostrar que posee en mérito a un título que permita advertir la legitimidad de su posesión.
> Por otro lado (…). El ius vindicandi, es el derecho que asiste al propietario de recurrir a la justicia reclamando el objeto de su propiedad, evitando la intromisión de un tercero ajeno; para ello, el reclamante debe probar ser el propietario del bien cuya titularidad ostenta y que el demandado debe poseer sin tener derecho oponible al demandante."

Como se puede apreciar, el proceso de reivindicación es de naturaleza diferente al desalojo. Si una persona desea recuperar la posesión de un inmueble con una sentencia que reconozca su condición y título de

propietario, acudirá a la reivindicación, donde su naturaleza y etapa probatoria permiten excluir toda otra pretensión que trate de desestimar su derecho.

Por otro lado, el desalojo no busca declarar o reconocer como propietario a ninguna de las partes. Como veremos más adelante, es un proceso en el que se determina, sumariamente, quien tiene derecho a poseer el bien y, por tanto, serle restituido o no.

1.2.3. Defensas posesorias.

Como se ha visto, en el cuadro que da inicio al acápite referido a los mecanismos destinados a la restitución de la posesión, existen unos referidos a la protección de la posesión. Estos mecanismos se han dado en llamar genéricamente como defensas posesorias, y pueden ser extrajudiciales o judiciales.

El mecanismo de defensa posesoria extrajudicial, está regulado en el artículo 920 del Código Civil:

> "Artículo 920.-
> El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.
> El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.
> La Policía Nacional del Perú así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.
> En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código."[37]

[37] Redacción conforme a la modificación hecha por el artículo 67 de la Ley No. 30230, publicada el 12 julio 2014.

Como se puede apreciar, el artículo glosado reconoce un supuesto de autotutela, es decir, se autoriza legalmente a todo poseedor a poder ejercer justicia por mano propia –en forma proporcional-, siendo una excepción a lo que llamamos métodos heteros compositivos de solución de conflictos, como es el de acudir a un tercero imparcial para su solución, como el Órgano Jurisdiccional.

Ahora bien, sin perjuicio que el proceso de desalojo es considerado también como una defensa posesoria, debemos aclarar que, para efectos del trabajo, a dicho proceso se le tratará separadamente.

Dicho ello, debemos decir que la doctrina no es clara en cuanto a la definición o características de las denominadas defensas posesorias. Sin embargo, preliminarmente, podemos decir que las defensas posesorias se dividen en extrajudiciales y judiciales (Ledesma 2008, t. II: 1035), a su vez, éstas son reconocidas como los mecanismos procesales destinados a la adquisición, conservación o recuperación de la posesión. Son procesos sumarios y limitados estrictamente al derecho de posesión (Diez-Picazo y Gullon 1979: v. III: 80)

El artículo 921 del Código Civil establece una distinción entre las defensas posesorias judiciales:

> "Artículo 921.- Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él."

Como se puede apreciar, el Código Civil establece que las acciones posesorias, así como los interdictos, son las dos clases de defensas posesorias. Sin embargo, ello no es claro en la doctrina y son muy amplias las definiciones que las asimilan y las diferencias.

Si mantenemos la distinción que nos establece el Código Civil, deberíamos aceptar lo siguiente:

> "En tal sentido, debemos indicar que la acción posesoria versa o defiende el "derecho a la posesión" o el "mejor derecho a poseer" (ius possidendi), mientras que los interdictos tutelan la posesión como hecho (ius possesionis). En el caso de la acción posesoria se trata de un proceso plenario, en el cual será necesario acreditar el derecho a la posesión, pero en el caso de los interdictos son procesos sumarios, de cognición limitada, cuya función es tutelar la posesión como hecho, sin entrar a considerar si se tiene derecho o no a la posesión (Sánchez: 2007, t.V)"

En consecuencia, la acción posesoria se encarga de reconocer al titular del derecho de posesión, de determinar a quién le corresponde el derecho a poseer y poder ejercer éste sin limitaciones, dentro de los límites de su propia naturaleza, o también tiene como finalidad la restitución del derecho de posesión; en cambio, los interdictos, no defienden el derecho a la posesión, sino la posesión en sí misma, teniendo como consecuencia que el poseedor *"recobra o afianza su posesión"* (Cuadros, citado por Sánchez: 2009, t.V).

En el mismo sentido, tenemos:

> "(…) frente a las acciones petitorias, que son las que plantean la cuestión de existencia de un derecho real, las acciones posesorias son las que protegen el simple hecho de la posesión, amparando al poseedor contra cualquier perturbador, pero sin recabar una declaración acerca del derecho a la posesión."[38] (Castán Tobeñas, 1964, t. II, v. I: 496)

1.2.3.1 Acciones posesorias

Las acciones posesorias, como hemos dicho, están orientadas a determinar y reconocer al titular del derecho de posesión, a fin que lo ejerza con exclusión de otras personas que, eventualmente hayan alegado el mismo derecho.

[38] Debemos aclarar que la referencia a "acciones petitorias", lo es a lo que estamos denominando las "acciones posesorias", mientras que las "acciones posesorias", lo es a los "interdictos".

En efecto, las acciones posesorias defienden una situación de hecho, no se discute el título sin su ocupación o posesión, cuyo hecho merece protección.

> "La posesión constituye, pues, un hecho cierto y visible, comprobable en forma inmediata, de fácil y reducida prueba; razón por la que se otorga una protección interina a través de mecanismos rápidos y simples, en los que el juez decide una controversia sumaria, pues el ámbito del conflicto (cognición) es limitado, y las pruebas que abonan los hechos también se encuentran reducidos al exclusivo fin de la posesión" (Gonzales 2016: 194)

En el Código Procesal Civil no se regulan a las acciones posesorias[39], por lo que no se ha determinado directamente la vía procedimental a la que se seguirían. Sin embargo, por aplicación del artículo 601 del mismo código, y dado que lo que allí se viene a discutir es el derecho de posesión, la vía adecuada debería ser el de un proceso de cognición plena como el de conocimiento.

El artículo 601, en mención establece:

> "Artículo 601.- La pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda. Sin embargo, vencido este plazo, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento."

Sobre este artículo, vemos que se reconoce a la acción posesoria como la vía donde se discute si el demandante tiene o no derecho a ejercer su posesión, ya no es una vía sumaria, sino plenaria, como el de conocimiento. Es reconocido que mediante la acción posesoria el demandante también puede recuperar la posesión del bien.

Sin embargo, no cualquiera puede iniciar una acción posesoria: *"(…) no todos los poseedores pueden recurrir a la acción posesoria, sino aquellos que tienen la condición de propietarios o que sean titulares de algún derecho real que los legitime para solicitar la restitución de la posesión (…)"* (Ledesma 2008, t. II: 1036). Cabe decir que, si el posible demandante de una acción posesoria es

[39] Salvo el proceso de desalojo

el propietario, éste tiene también expedito el camino para acudir a la acción reivindicatoria.

1.2.3.2 Interdictos

En el Perú, el Código Procesal Civil reconoce dos tipos de interdictos: de recobrar y de retener.

Sobre los interdictos, a diferencia de las acciones posesorias, se trata de un proceso sumario orientado *"a la tutela de la posesión fáctica de un poseedor no legitimado, como podría ser la posesión de un usurpador. Aquí el poseedor recobra o afianza su posesión de hecho inmediata, sin considerar si tienen derecho o no a la posesión (…)"* (Ledesma 2008, t. II: 1036)

> "Los procesos judiciales civiles sumarísimos, destinados a resolver provisionalmente sobre la posesión actual, con prescindencia del derecho, tanto para mantenerla o conservarla como para recuperarla." (Torres 2006: 451)

En líneas generales, en el interdicto tan solo se debe acreditar la posesión del demandante y el hecho perturbador de la posesión o el de la desposesión, los cuales no requieren de prueba escrita, a diferencia de la acción posesoria en donde sí se tiene que acreditar el derecho a la posesión, que debería constar en un título o prueba instrumental (Ledesma 2008, t. II: 1036).

En suma, los interdictos *"(…) amparan la "possesio naturalis",* o sea la posesión considerada en su aspecto exterior por lo que representa el *"corpus posesorio", que tanto lo tiene el verdadero poseedor, como el detentador (…)"* (Palopoli, 1967: 102)

Como se ha visto, en el artículo 601 del CPC, el interdicto sólo se puede interponer dentro del año de iniciado el hecho perturbador o de desposesión, luego de pasado el año, sólo es posible inicial una acción posesoria.

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento de proteger la posesión por la vía de un proceso tan sumario como los interdictos? Pues como hemos dicho, el derecho de posesión tiene una gran importancia social y económica:

> "La razón de ser de tales acciones (posesorias o interdictales) es de carácter social, en el sentido de que, salvaguardado el principio de la prohibición de hacerse justicia por sí mismo, es, sin embargo, de interés general que el poseedor no sea privado por otro de la posesión y que no sea molestado en ella por nadie; quien se considere con un poder superior al del poseedor, tiene a su disposición las correspondientes acciones petitorias, cuya función y eficacia es, precisamente, la de determinar, a beneficio del titular del derecho subjetivo que ejercite la acción petitoria, la cesación de la posesión ajena." (Messineo, 1954, t. III: 233)

En el Perú se regulan dos tipos de interdictos, y el que importa, para nuestros efectos, es el de recobrar[40], denominado también de despojo o de reintegración. En este tipo de interdicto:

> "Debe mediar desapoderamiento efectivo del bien, no bastando la existencia de actos perturbatorios que justificarían, en todo caso, el interdicto de retener (…), siendo suficiente el despojo parcial, lo que ocurriría, por ejemplo, frente a la construcción de un edificio que encerrarse parte de un terreno" (Ledesma 2008: 1040)

Nuestra jurisprudencia, enseña que sólo se protege la posesión directa e inmediata, más no la indirecta o mediata (Ledesma 2008: 1040).

1.2.4. El proceso constitucional de amparo

Antes de entrar a comentar los alcances del proceso de desalojo, tenemos que referirnos al proceso de amparo, el cual protege al derecho de propiedad como derecho constitucional, que se encuentra reconocido principalmente en los artículos 2, numeral 16[41], 70[42] y 89[43] de la Constitución.

---

[40] Artículo 603 del Código Procesal Civil, primer párrafo: *"Procede cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo".*

[41] *"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
(…)
16. A la propiedad y a la herencia."

[42] *"Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio."*

[43] *"Artículo 89.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.*

En efecto, el artículo 44, inciso 14[44], de la Ley N° 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, establece que el derecho de propiedad es protegido por el proceso de amparo.

Las líneas que siguen tienen el objetivo de establecer qué aspectos del derecho de propiedad son protegidos por este mecanismo procesal, ello conforme a la jurisprudencia del TC. Sin embargo, y como ya lo dijimos, la posesión no es objeto de protección directa constitucional por el proceso de amparo, por lo que queda excluida de este análisis, con una sola salvedad, que será indicada más adelante.

Seguidamente, veremos los aspectos constitucionales que merecen protección a través del proceso de amparo.

1.2.4.1. El contenido esencial del derecho de propiedad.

Como hemos dicho antes, en este mismo trabajo, según el TC, el contenido esencial del derecho de propiedad está dado por los siguientes aspectos:

1. La garantía de que el Estado no viole la propiedad más allá de lo permitido por la propia Constitución. El Estado interviene bajo determinados supuestos.
2. La garantía de que la propiedad pueda responder a los supuestos mínimos de uso, usufructo y disposición.
3. El derecho de propiedad tiene una función social.
4. El derecho real de posesión, no forma parte del derecho constitucionalmente protegido del derecho de propiedad.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior."

[44] *"**Artículo 44. Derechos protegidos***
El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:
(…)
14) De propiedad y herencia."

En este sentido, el proceso de amparo será viable –o no- si representa cualquiera de estas dimensiones.

1.2.4.2. Amparo contra la vulneración del derecho de propiedad en los procesos de expropiación.

Este supuesto está relacionado con los casos de expropiación a cargo del Estado, los que se tiene que ajustar a lo establecido en el artículo 70 de la Constitución:

> "Artículo 70.- (…) A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.
> Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio."

Sobre la expropiación, en la STC 0031-2004-AI, f.j. 5:

> "5. La expropiación consiste en una potestad que se concretiza en un acto de derecho público por el cual el Estado priva coactivamente a un particular, o a un grupo de ellos, de la titularidad de un determinado bien. Para ello, es preciso que el Poder Legislativo lo declare, mediante ley, y sobre la base de la existencia de una causa real y apremiante de seguridad nacional o necesidad pública.
> Dado que la expropiación compromete seriamente la titularidad de la propiedad de bien, la Constitución ha establecido una serie de garantías para que se lleve a cabo el ejercicio de esta potestad."

Así, toda expropiación que no cumpla con dichos requisitos será una confiscación y, por tanto, un supuesto de violación del derecho de propiedad privada que podrá ser protegido por la vía del amparo. La STC 05614-2007-PA, f.j. 13, establece:

> "13. De este modo, se estará ante supuestos inconstitucionales de privación del derecho de propiedad, cuando:
> a. No exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación sino otra norma con rango de ley.
> b. Exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación, pero no exprese o señale alguno de los motivos

contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación, o se fundamente en motivos distintos.
c. Exista la ley del Congreso de la República que señale alguno de los motivos de expropiación contemplados en la Constitución, pero ésta se produce sin indemnización.
En estos supuestos el Estado confisca el derecho de propiedad por cuanto se apodera de la totalidad o de una parte considerable de los bienes de una persona sin que exista ley del Congreso de la República o sin que se presenten algunos de motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación, o sin indemnización."

En todos estos supuestos, la vía idónea de protección será el amparo.

Cabe agregar que la referida STC 05614-2007-PA, resolvió un caso en el que la expropiación se resolvió mediante un decreto legislativo, y no mediante una ley del Congreso, por lo que estábamos ante una violación del artículo 70 de la Constitución, por la forma, declarándose fundada la demanda de amparo presentada y, por ende, inconstitucionales las transferencias inscritas a favor del Estado –en ese caso, el Instituto Nacional de Desarrollo- en perjuicio de la demandante –en ese caso, la empresa Aspillaga Anderson Hermanos S.A.

Otro supuesto que cabe bajo los alcances del contenido esencial del derecho de propiedad, es el resuelto por la STC 03569-2010-PA, vinculado a la sentencia anterior, pues si bien en aquella sentencia se había resuelto a favor de Aspillaga Anderson Hermanos S.A., siendo su derecho de propiedad reestablecido, resulta que antes que interpusiera su demanda de amparo, parte de su propiedad había sido adquirida por un tercero –la empresa Agrícola Cerro Prieto S.A.C.-, *"en una subasta pública internacional, es decir, que adquirió los terrenos eriazos de buena fe y a título oneroso"*[45].

Así las cosas, en esta sentencia, el TC instituyó una regla para la protección de los terceros adquirientes de buena fe:

"4. (…)
En estos casos la tutela que la jurisprudencia de este Tribunal ha brindado al derecho a la propiedad privada vulnerado por un acto de confiscación, es que la propiedad confiscada por el Estado sea restituida al propietario que se le confiscó su bien; sin embargo esta

[45] STC 03569-2010-PA, f.j. 1.

solución no puede ser utilizada en todos los casos de confiscación, pues existen supuestos en los cuales el Estado ya no es propietario porque transfirió a título oneroso la propiedad confiscada a un tercero que la adquirió de buena fe.
Basándose en lo expresado supra, este Tribunal considera que cuando la propiedad privada es confiscada deben existir dos soluciones de tutela que son las siguientes:
a. Si el acto de confiscación del derecho a la propiedad privada tiene su origen en una norma con rango de ley, la sentencia estimativa, además de disponer la inaplicación de la norma autoaplicativa al caso concreto, debe ordenar la nulidad de cualquier inscripción registral a favor del Estado y que se restituya la propiedad a la persona que se le confiscó, siempre y cuando el bien inmueble confiscado siga siendo propiedad del Estado.
b. Si la propiedad confiscada por una norma con rango de ley ha sido transferida por el Estado a un tercero de buena fe y a título oneroso, la sentencia estimativa le ordenará al Estado que inicie el procedimiento de expropiación para que le abone al propietario que sufrió la confiscación una indemnización justipreciada por la propiedad confiscada, pues ordenar la restitución de la propiedad conllevaría que se le prive al tercero de buena fe y a título oneroso su derecho legítimo al uso y goce de la propiedad privada, lo cual afectaría también el principio de seguridad jurídica."

Sin embargo, debe quedar claro que dentro de los supuestos habilitantes del amparo en un proceso de expropiación no se encuentra la discusión sobre el monto de la indemnización o justiprecio. En este caso, sí existe una vía paralela o igualmente satisfactoria, con la etapa probatoria necesaria para discutir el verdadero valor del bien (Castillo 2006: p 18).

1.2.4.3. La garantía de que la propiedad pueda responder a los supuestos mínimos de uso, usufructo y disposición: expropiación indirecta.

Otro caso que se ubica en este acápite de la protección de la propiedad ante actos confiscatorios del Estado, es el denominado supuesto de la *"expropiación indirecta o regulatoria"* (García 2013: 22) por la vía administrativa. Un ejemplo de ello es definido en la STC 00834-2010-PA/TC:

"40. (…) a juicio del Tribunal Constitucional, toda esta situación ha generado una nueva afectación respecto del derecho de propiedad de la actora sobre las instalaciones en la laguna Parón. A decir del Instituto de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual, ello genera una expropiación indirecta o regulatoria. En efecto, mediante el precedente

> vinculante recaído en el Expediente Nº 1535-2010/SCI-INDECOPI, publicado el 3 de junio de 2010, fundamento 12, dicha entidad ha dejado establecido que, además de las expropiaciones tradicionales, la protección que prevé el artículo 70° de la Constitución Política también alcanza a las expropiaciones regulatorias o indirectas, "es decir, a actos gubernamentales que afectan el valor de la propiedad, sin despojar formalmente al propietario de su título."

En este caso, si bien no estamos ante un caso típico de expropiación, es decir, de privación de la titularidad del privado sobre un bien, sí es un caso donde se priva a éste de uno o más facultades de su derecho de propiedad. Veamos lo argumentado por el TC en este caso glosado en el párrafo precedente:

> "41. (…) se advierte que el hecho de que la Autoridad Nacional del Agua se mantenga en posesión de los activos de la empresa actora, a pesar de que ya transcurrió el plazo del estado de emergencia que la legitimaba para usar tales bienes, genera que en la práctica dicha empresa haya perdido la administración, el uso y/o control de sus bienes, es decir, que en forma indirecta ha sufrido una expropiación.
> 42. En efecto, si bien los actos desarrollados por la Autoridad Nacional del Agua, como por ejemplo, la creación de un Comité de Gestión que maneje las instalaciones en la laguna Parón, no generan un despojo formal del título de la empresa sobre sus instalaciones; pero sí generan un despojo de los atributos que forman parte del contenido esencial del derecho de propiedad. Y es que en las actuales circunstancias, y como antes se ha visto, la empresa demandante no puede ejercer su derecho de propiedad, circunstancia que evidencia el despojo que viene sufriendo en la práctica, lo que supone que este Tribunal Constitucional extienda la tutela constitucional requerida con la finalidad de que también cesen estas nuevas afectaciones."

Como se puede advertir, en el presente caso el Estado –a través de la Autoridad Nacional de Agua- despojó al privado de la posesión de sus activos, aún después de que haya terminado el estado de emergencia, lo que convertía en ilícito tal despojo. Ello es claro. Lo que no es tan claro es que el TC pareciera haber contradicho –en estos casos- una de su más consolidada doctrina: que el derecho de posesión no es objeto de protección a través del amparo, y es lo que creemos sucede en este caso. Siendo así las cosas, la vía idónea para esta violación al derecho de posesión del privado debió ser la vía de proceso contencioso administrativo, y no la del amparo. Es claro, además, que ya no había una situación de emergencia que, tal vez, hubiera justificado el proceso constitucional, aunque ese caso ya no se justificaría al

haber dentro de los procesos contenciosos administrativos, el denominado proceso urgente[46], vía paralela idónea para los casos de actos administrativos de hecho, como es precisamente este caso, desde que culminó el estado de emergencia que justificaba la desposesión de los activos de la parte demandante.

En todo caso, pareciera que el TC admite la defensa de la posesión dentro del marco de actos abusivos o de carácter confiscatorio del Estado a particulares, apartando la defensa de la posesión entre particulares a otro tipo de procesos.

1.2.4.4. Derecho de propiedad de los pueblos originarios

Como ya hemos referido, el artículo 89 de la Constitución reconoce la autonomía organizacional de las comunidades indígenas y nativas, en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco de la ley. Además, establece que la propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo 87 constitucional.

Específicamente en el caso de los pueblos originarios, es importante referirnos al Convenio 169 de la OIT[47], el mismo que tiene extrema relevancia en el presente caso. El artículo 14 del Convenio establece:

> "Artículo 14
> 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan

[46] Decreto Supremo No. 011-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley No. 27584 - Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo:
"Artículo 25.- Proceso Urgente
Se tramita como proceso urgente únicamente las siguientes pretensiones:
1. El cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo.
(…)
Para conceder la tutela urgente se requiere que del mérito de la demanda y sus recaudos, se advierta que concurrentemente existe:
a) Interés tutelable cierto y manifiesto,
b) Necesidad impostergable de tutela, y
c) Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado."

[47] Aprobado por Resolución Legislativa No. 26253, del 2 de diciembre de 1993.

> tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (…).
> 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
> 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados."

De este modo, tenemos que exclusivamente en el caso de los pueblos originarios –tribales e indígenas, a se refiere el Convenio 169-, no sólo hay un reconocimiento al derecho de propiedad sobre sus tierras al más alto nivel constitucional sino, a la vez, este alto reconocimiento comprende a la posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

En el caso de los pueblos indígenas o tribales el reconocimiento del derecho de posesión, al más alto nivel, tiene sentido desde que mayor importancia tiene el uso tradicional y ancestral que de sus tierras pudieran ejercer dichos pueblos, que sobre las formalidades legales que establezca cada estado. En dicho sentido, la propia OIT sostiene:

> "son tierras que los pueblos indígenas habitaron a lo largo del tiempo y que desean transmitir a las generaciones futuras. Es por ello que el establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basa en la ocupación y en el uso tradicional, y no en el eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados, en virtud de que la ocupación tradicional confiere el "derecho a la tierra en virtud del Convenio... independientemente de que tal derecho hubiera sido reconocido o no [por el Estado]" (Ruiz 2016: 174)

Es de destacar lo establecido en el artículo 18 del Convenio 169:

> "Artículo 18
> La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones."

El Convenio 169, debe ser interpretado también conforme a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada

por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007, y que en los artículos 26 y 27, establece:

> "Artículo 26
> 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.
> 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
> 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.
> Artículo 27
> Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso."

Por ello, y dado el rango de los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de posesión de las Comunidades Indígenas o Nativas, es que consideramos que, para el caso puntual de éstas, su derecho de posesión sobre las tierras que han venido ocupando, pueden ser defendidas mediante un proceso de amparo.

En el Perú, el TC ha establecido, en reiterada jurisprudencia, que el derecho de propiedad de las Comunidades Campesinas tiene alcances y especiales características, ello desde el punto de vista del multiculturalismo:

> "14. (…) Lo multicultural implica la aceptación de distintas culturas (…). La tolerancia a la diversidad contempla también diferentes formas de aceptar concepciones de justicia y de respetar el ejercicio del poder contramayoritario, siempre que no contravengan directamente derechos fundamentales y los fines esenciales del Estado."[48]

[48] STC 1126-2011-HC, fj 14

Por ello, el TC ha reconocido un nuevo modelo de propiedad, al lado de las concepciones ya explicadas del derecho de propiedad en el ámbito civil y constitucional, cual es un modelo de propiedad comunitaria:

> "21. Pero esta visión civilista de la propiedad debe ser recompuesta desde una mirada multicultural (…). Así, este Tribunal ya ha establecido en anteriores sentencias la relevancia que las tierras tienen para los pueblos indígenas. En efecto, en la STC 0022-2009-PI/TC, este Colegiado recogió e hizo suyos los criterios establecidos por la Crte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Yakye Axa vs Paraguay. Específicamente en lo concerniente al vínculo espiritual de las comunidades para con sus territorios. En efecto, en dicho caso la Corte Interamericana estableció que "la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 [derecho a la propiedad privada] de la Convención Americana."[49]

En base a ello, el TC hace la distinción entre los términos *"tierras"* y *"territorio"*, explicando que el primero de ellos alude a una concepción civilista, mientras el segundo tiene:

> "22. (…) una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban el territorio de la República del Perú."[50]

Tanto la Constitución como el Convenio 169 de la OIT, establecen la existencia de garantías para la defensa de los territorios de las comunidades. El artículo 18 del Convenio dice que la ley debe establecer garantías contra toda intrusión ilegítima de en territorios de las Comunidades.

Finalmente, el TC ha establecido que el derecho de propiedad de las comunidades no es ilimitado, y como todo derecho tiene límites, como son los artículos 66, 67, 70 y 72 de la Constitución.

[49] STC 1126-2011-HC, fj 21
[50] STC 1126-2011-HC, fj 22

De este modo, queda claro que el proceso de amparo también puede ser iniciado para la protección de los derechos territoriales reconocidos a los pueblos originarios.

1.2.5. El proceso de desalojo.

1.2.5.1. Naturaleza del proceso

Sobre la naturaleza del proceso de desalojo debemos decir, en primer lugar, que se trata no de una acción real, como parecería a primera vista, sino de una acción personal:

> "(…) el derecho que nace de esta relación [el arriendo] a favor del arrendatario es personal, porque la concesión temporal que le hago no es sino una manera, para mí, de gozar mi cosa sacando de ella un precio. Existe, es cierto, en el derecho del arrendatario algún elemento que lo asemeja al derecho real (ius ad rem), tanto más que él puede hacerse valer en ciertos límites contra terceros propietarios (…)" (Chiovenda 2008: 8)

Así pues, el proceso de desalojo es reconocido como un proceso en el que se interpone una pretensión personal –originada en un contrato de arrendamiento-, que busca la defensa del derecho a poseer un bien.

Dicho proceso, además, es lo que se da en llamar una acción –pretensión, debería ser llamada- de condena, y que consiste en:

> "(…) se condena al demandado a una determinada prestación (dar o hacer) o que se deshaga lo hecho (no hacer). Esta acción requiere un hecho contrario a derecho (…), en este sentido, la sentencia de condena declara un derecho y, además, prepara la vía para obtener, aún contra la voluntad del obligado, el cumplimiento de esa prestación." (Alsina 2003: 130-131)

Además, como hemos dicho antes, el proceso de desalojo es *"una defensa posesoria que tiene por objeto la restitución del bien a aquel que tiene derecho a poseer el bien"* (EIAC 2016: 13). Si deseamos ser más específicos, en el proceso de desalojo se tutela el derecho a la posesión y no el derecho de posesión –como sucede, con los interdictos-. Por tanto, en el desalojo, se

obtiene una sentencia favorable –de condena, que ordena la restitución- a quien acredite fehacientemente que tiene derecho al uso concreto del bien[51].

Tabla 3

Estructura relación procesal en el proceso de desalojo

Demandante		Demandado
Aquél que tiene un derecho de posesión sobre el bien (Arrendador o poseedor mediato)	Tutela del derecho a la posesión	Aquél que se encuentra detentando el bien (poseedor inmediato o arrendatario) y que no puede acreditar que su tenencia se fundamente en causa justa

Fuente: propia

Como se puede observar, al iniciarse un proceso de desalojo, el debate se centra en quién tiene derecho a la posesión, y no quién se encuentra en efecto tomando posesión efectiva del bien –que, como vimos, es el objetivo de los interdictos.

El proceso de desalojo es un conflicto entre quien tiene un derecho a ejercer la posesión sobre el bien, cualquiera fuere su naturaleza –por lo que demanda la restitución-, contra quien se encuentra detentando el bien y que no puede acreditar que lo hace con alguna causa justa. Se debe agregar que dicho debate sólo debería circunscribirse a las partes que suscribieron, por ejemplo, un contrato de arrendamiento o uno de usufructo, pues lo realmente importante es que en el proceso de desalojo la relación jurídica sustantiva que mantienen las partes consista en un vínculo contractual donde se ceda la posesión de un bien, y ello por la propia naturaleza de este derecho:

> “La posesión constituye, pues, un hecho cierto y visible, comprobable en forma inmediata, de fácil y reducida prueba; razón por la que se otorga una protección interna a través de mecanismos rápidos y simples, en los que el juez decide una controversia sumaria, pues el ámbito del conflicto (cognición) es limitado, y las pruebas que abonan los hechos también se encuentran reducidos al exclusivo fin de la posesión.” (Gonzáles 2016: 194)

[51] En este supuesto se trata de quien tiene derecho a la posesión del bien, y no el supuesto de quién se encuentra en efecto en posesión del bien, supuesto que pertenece a los interdictos (EIAC 2016: 13).

En atención a ello, en el Perú –y sin perjuicio de ver los detalles de la regulación, más adelante-, el desalojo se ubica en nuestro Código Procesal Civil como un proceso sumarísimo, que es uno de los procesos de cognición breve regulados por nuestro Código Procesal Civil:

> "(…) responde a un diseño lato, de reducidos plazos y limitado debate probatorio, a fin de obtener respuestas rápidas, todo ello justificado por la urgencia de obtener tutela jurisdiccional, pero, en este caso, será el juez quien califique las circunstancias que hagan atendible dirigir el debate de la pretensión por un modelo sumarísimo." (Ledesma 2008 t.II: 194)

En el mismo sentido opina Mejorada, para quien en dicho modelo de proceso se cuenta con una evaluación de urgencia y no profunda de los derechos alegados, sino más bien con un sumario examen de títulos y fuentes jurídicas (Avendaño y Mejorada 2013: 354).

Por tanto, las características principales del proceso sumarísimo son un limitado debate probatorio, sustentado en la obtención de una respuesta rápida para pretensiones urgentes. Ello, como vimos, se condice con la naturaleza del desalojo que, al igual que las acciones posesorias, no se centra en analizar el derecho de quien posee el bien con exclusión de otros, sino en el hecho de la posesión: ¿hay o no documentos o medios de prueba que justifiquen que el demandado no restituya el bien arrendado o entregado? Estos medios de prueba, deberán ser, en esencia, documentales y al ser revisados en una vía sumaria deberán dar la impresión de saber si se está ante un poseedor que parece con derecho a la posesión o no. Será en una vía lata –como en la acción posesoria ordinaria[52] o en la acción revocatoria- donde se defina finalmente si el poseedor –eventualmente desalojado- tenía derecho a poseer o era propietario. (Mejorada 2018).

El desalojo responde, pues, a un proceso rápido o veloz, limitado en actividad probatoria:

[52] No sumaria como el desalojo, reiteramos.

> No existe una declaración definitiva de derechos, sino sólo una constatación veloz del título que según el demandante le permite acceder al bien, y de la causa que tendría el demandado para permanecer. Si de las circunstancias materiales que rodean las alegaciones se aprecian complejas para lo apretado del proceso de desalojo (…) no se ordenará la entrega. (Avendaño y Mejorada 2013: 357)

Ello tiene aceptación en la doctrina nacional, la cual acepta que los conflictos en que se den en un contrato de arrendamiento deben ser resueltos en forma simple. Se exige, además, una respuesta rápida justificada en (Gonzales 2016: 230):

1. La recurrencia al arrendamiento y su rápida rotación hace que los conflictos sean frecuentes.
2. Se debe defender al poseedor mediato –generalmente el propietario- que requiere la devolución del bien.
3. Fomentar la celebración de arrendamientos para contar con mecanismos más baratos de acceso a vivienda y disfrutar de un bien esencial para la vida.
4. Dilucidar conflictos de poca monta y escaza complejidad de manera rápida.

De este modo, y en correlación con el derecho de posesión que allí se discute, el proceso de desalojo debe –o debería tener- la misma importancia que el derecho que defiendo. Por tanto, si el derecho de posesión tiene una enorme importancia social y económica, pues el proceso en el que se canaliza su defensa debe ser también igual de importante. En atención a ello pues, es que no sólo el proceso de desalojo debe ser simple y expedito, sino en igual importancia lo deben ser también los interdictos, en donde se defiende el hecho de la posesión. En este campo, por lo menos idealmente, nuestra legislación procesal cumple con ese objetivo, aunque, como sabemos, la realidad dista mucho de ese ideal.

Agrega Avendaño que lo único que se debe probar -comentando el caso del poseedor precario- es si quien está siendo demandado tiene un título que comúnmente debe constar en un papel, después no cabe más prueba que

actuar, lo mismo sucede si se alega que la situación jurídica -o título- se extinguió o feneció (Avendaño y Mejorada 2013: 358).

Es importante tener en cuenta que, si bien las pretensiones que se debaten en un proceso de desalojo son importantes, desde un punto de vista social y económico, y que ameritan un proceso simple y de cognición sumaria, esa característica es compartida por muchas otras pretensiones o controversias de relevancia jurídica. ¿Cuál es el criterio para poner unas como sumarias y otras no? Finalmente, es una opción del legislador, opción que establece una prelación o prioridades que muchas veces pueden ser arbitrarias.

1.2.5.2. Regulación del proceso de desalojo en el Perú.

Como hemos visto, el proceso de desalojo se enfoca en proteger el derecho a la posesión, mediante un proceso expedito y de cognición sumaria, en el cual una parte acredita –la no poseedora y demandante- su derecho a que el bien le sea restituido, y la otra –la poseedora y demandada- debe acreditar que se le siga reconociendo su derecho a mantener la posesión.

Las características esenciales del desalojo es su brevedad -tanto en la duración como en la etapa de cognición- y su simplicidad, ello, como toda otra defensa posesoria, con el objetivo de garantizar una rápida solución y mantener el tráfico jurídico de los bienes dados al poseedor inmediato. No sólo el derecho, sino razones sociales y económicas, coadyuvan a buscar soluciones rápidas a este tipo de conflictos.

¿Ello se viene cumpliendo en el Perú? Es decir, se ha contado con un modelo de desalojo que cumpla con esas características: un proceso expedito y simple para solucionar las controversias que se le presentan y que tienen una incidencia social importante. Pues bien, como respuesta inicial consideramos que el común denominador va a ser que ello no es así, por las siguientes razones:

1. Duración del proceso. Como en todo proceso judicial, lo establecido en la ley no se condice con el tiempo real que dura el proceso.

   Para ofrecer un panorama general de la duración del proceso de desalojo en el Perú, sea por causal de poseedor precario (Juzgado Competente por razón de materia, es el Especializado Civil), o vencimiento e incumplimiento de contrato (Juzgado Competente por razón de materia, es el Juzgado de Paz), hemos realizado encuestas a diversos Jueces de Paz, como a Jueces Especializados en lo Civil, de distintas Cortes Superiores del Perú, que en su experiencia laboral o profesional, han conocido de cerca el trámite de este proceso.

   En ese sentido, se les preguntó: ¿Cuánto tiempo de duración aproximadamente tiene el trámite del proceso, desde la presentación de la demanda hasta la fecha de lanzamiento del demandado?; solicitándoles que evidencien sus respuestas con números de expedientes que se puedan consignar y sustentar, (i) la fecha de inicio del proceso de desalojo, desde la presentación de la demanda; y, (ii) la fecha de lanzamiento, materializando la ejecución de lo ordenado en la sentencia emitida en cada proceso.

   Adjuntamos como anexo las entrevistas realizadas a diversos Jueces de Paz y Especializados en lo Civil, de las Cortes Superiores de Justicia de Lima, de Lima Este, Ventanilla, Selva Central y Tacna. También se adjunta los resultados del acceso a la Consulta de Expedientes Judiciales – SIJ del sitio web del Poder Judicial, a fin de confirmar la información proporcionada, pudiendo acceder a la revisión del trámite de diversos procesos judiciales de desalojo, en ambas instancias. Asimismo, hemos podido acceder a información de diversos procesos de desalojo tramitados en la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

   A continuación, resumiremos la citada información obtenida, a fin de tener un promedio aproximado de duración de un proceso de desalojo, en sus diversas modalidades, Se presenta cuadros por cada Corte

Superior, consignando número de expediente, fecha de presentación de la demanda y la fecha de lanzamiento del poseedor del bien inmueble.

a.1. Corte Superior de Justicia de Arequipa:

Se tuvo oportunidad de acceder a los siguientes expedientes, tramitados ante un Juzgado Especializado en lo Civil, cuyo resumen de duración se detalla en la Tabla 4:

Tabla 4

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia de Arequipa (Juzgado Especializado en lo Civil)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
342-2022	13/09/2022	Al 12/11/2024, no tiene orden o fecha de lanzamiento.	Tiempo transcurrido sin tener fecha de lanzamiento: **2 años** y 2 meses.
6211-2022	18/10/2022	08/11/2024	**2 años** y 20 días aprox.
660-2022	01/02/2022	27/05/2024	**2 años** y 2 meses aprox.
2125-2022	21/04/2022	22/01/24 Demandado entregó posesión voluntariamente.	**1 año** y 3 meses aprox.
190-2022	29/04/2022	07/09/2023	**1 año** y 5 meses
1113-2023	09/03/2023	Al 12/11/2024, no tiene orden o fecha de lanzamiento, pues está pendiente pronunciamiento de segunda instancia.	Tiempo transcurrido sin tener cosa juzgada, ni fecha de lanzamiento: **1 año** y 8 meses, aprox.

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo A

Fuente: propia

a.2. Corte Superior de Justicia de Lima Sur:

Se tuvo oportunidad de acceder a los siguientes expedientes, tramitados ante un Juzgado Especializado en lo Civil. Los detalles de la duración de cada proceso se presentan en la Tabla 5:

Tabla 5

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia de Lima Sur (Juzgado Especializado en lo Civil)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
261-2018	22/05/2018	04/07/2024	**6 años** y 2 meses aprox.
352-2018	28/06/2018	16/08/2014	**6 años** y 1 mes aprox.
043-2021	22/02/2021	26/06/2024	**3 años** y 4 meses aprox.
326-2014	30/09/2014	11/04/2024	**9 años** y 7 meses aprox.
352-2018	28/06/2018	16/08/2024	**1 año** y 5 meses

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo B

Fuente: propia

a.3. Corte Superior de Justicia de Lima Este:

Según la entrevista realizada al Juez del Primer Juzgado Especializado Civil de San Juan de Lurigancho, doctor Yuri Orlando Quispe Puma, ante la pregunta formulada, respecto al tiempo de duración promedio que tiene el trámite del proceso de desalojo, desde la presentación de la demanda, hasta la fecha de lanzamiento, respondió, que *"un promedio de 5 a 6 años"*. Los sustentos a sus respuestas se resumen en la Tabla 6:

Tabla 6

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia de Lima Este (Primer Juzgado Especializado Civil de San Juan de Lurigancho)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
2520-2015	16/06/2015	25/05/2024	**8 años** y 11 meses aprox.
1827-2015	30/04/2015	06/09/2024	**9 años** y 2 mes aprox.
1828-2015	30/04/2015	04/12/2019	**4 años** y 7 meses aprox.
2570-2017	31/05/2017	26/01/2022	**4 años** y 7 meses aprox.

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo C

Fuente: propia

La información proporcionada en la encuesta ha sido verificada con los documentos que sirven de sustento a la información presentada en la Tabla 6.

Asimismo, pudimos tener acceso a dos expedientes tramitados en la misma Corte Superior, pero ante el Tercer Juzgado Civil de San Juan de Lurigancho, a cargo del Juez Especializado Civil, doctor Javier Jiménez Vivas, pudiendo obtener la siguiente información de dos expedientes de desalojo:

Tabla 7

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia de Lima Este (Tercer Juzgado Especializado Civil de San Juan de Lurigancho)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
918-2016	15/03/2016	01/07/2021	**4 años** y 10 meses aprox.
2278-2017	12/05/2017	03/10/2022	**5 años** y 4 meses aprox.

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo C

Fuente: propia

Del mismo modo, se entrevistó al Juez del Primer Juzgado de Paz de San Juan de Lurigancho, doctor Eduardo Salvador Ramos, quien, ante la pregunta formulada, respecto al tiempo de duración promedio que tiene el trámite del proceso de desalojo, desde la presentación de la demanda, hasta la fecha de lanzamiento, respondió, que un promedio de 1 año y medio a 4 años. Sustentó su respuesta en los siguientes expedientes:

Tabla 8

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia de Lima Este (Primer Juzgado de Paz Letrado de San Juan de Lurigancho)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
4294-2018	18/06/2018	06/03/2020	**1 año** y 9 meses aprox.
2370-2020	23/10/2020	06/11/2024	**4 años** aprox.
506-2005	20/10/2005	07/03/2007	**1 años** y 6 meses aprox.

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo C

Fuente: propia

Ingresando a los citados expedientes judiciales, se sustentó la información proporcionada por el magistrado y que se resume en la Tabla 8

a.4. <u>Corte Superior de Justicia de la Selva Central</u>:

Según la entrevista realizada al Juez del Juzgado Especializado Civil de Chanchamayo, doctor Augusto Pedro Balbin Solis, ante la pregunta formulada, respecto al tiempo de duración promedio que tiene el trámite del proceso de desalojo, desde la presentación de la demanda, hasta la fecha de lanzamiento, respondió, que *"entre 1 año a 1 año 8 meses"*.

Tabla 9

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia de la Selva Central (Juzgado Especializado Civil de Chanchamayo)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
296-2021	23/10/2021	09/08/2023	**1 año** y 10 meses aprox.
119-2022	05/04/2022	06/04/2023	**1 año** aprox.
097-2018	03/04/2018	09/01/2021	**2 años** y 9 meses aprox.
341-2021	05/01/2022	19/06/2023	**1 año** y 5 meses aprox.

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo D

Fuente: propia

Ingresando a los citados expedientes judiciales, se sustentó la información proporcionada por el magistrado y que se resume en la Tabla 9.

a.5. <u>Corte Superior de Justicia de Ventanilla - Callao</u>:

Según la entrevista realizada a la Jueza del Juzgado Especializado Civil de Pachacutec, doctor Roy Esteban Alva Navarro, quien ejerció funciones en dicho Juzgado hasta el 31 de julio de 2019, siendo actualmente magistrado titular de otra especialidad; y ante la pregunta formulada, respecto al tiempo de duración promedio que tiene el trámite

del proceso de desalojo, desde la presentación de la demanda, hasta la fecha de lanzamiento, respondió, que *"La duración de los procesos de desalojo es variable, pero usualmente era superior a un año y podía extenderse varios años"*.

Tabla 10

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia de Ventanilla - Callao (Juzgado Especializado Civil de Pachacuteq)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
00380-2015	18/12/2015	11/10/2018	**2 años** y 10 meses aprox.
00142-2015	31/01/2015	24/01/2018	**3 años** aprox.
00149-2017	16/10/2017	17/01/2019	**1 año** y 3 meses aprox.
00020-2016	21/11/2016	22/01/2019	**2 años** y 2 meses aprox.

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo E

Fuente: propia

Ingresando a los citados expedientes judiciales, se sustenta la información proporcionada y que se resume en la Tabla 10.

a.6. <u>Corte Superior de Justicia de Lima</u>:

Según la entrevista realizada a la Jueza del Vigésimo Tercer Juzgado Especializado Civil de Lima, doctora Sara Atusparia López, ante la pregunta formulada, respecto al tiempo de duración promedio que tiene el trámite del proceso de desalojo, desde la presentación de la demanda, hasta la fecha de lanzamiento, respondió, que 4 años aproximadamente.

Tabla 11

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia de Lima (Vigésimo Tercer Juzgado Especializado Civil de Lima)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
1347-2017	10/08/2017	08/08/2023	**6 años** aprox.
7174-2019	13/08/2019	26/06/2023	**3 años** y 10 meses aprox.
10192-2019	18/11/2019	19/09/2023	**3 años** y 10 meses aprox.
18732-2013	12/07/2013	26/06/2017	**4 años** aprox.

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo F

Fuente: propia

Ingresando a los citados expedientes judiciales, se sustentó la información proporcionada por el magistrado y que se resume en la Tabla 11.

Del mismo modo, entrevistamos a la Jueza del Noveno Juzgado de Paz de Lima, doctora Yeniva Isabel Lleellish Juscamayta, quien, ante la pregunta formulada, respecto al tiempo de duración promedio que tiene el trámite del proceso de desalojo, desde la presentación de la demanda, hasta la fecha de lanzamiento, respondió, que de 1 a 3 años. Sustenta su respuesta en los siguientes expedientes:

Tabla 12

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia de Lima (Noveno Juzgado de Paz de Lima)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
704-2009	06/04/2009	23/06/2023	**14 años** aprox.
3027-2017	01/09/2017	03/06/2024	**7 años** y 3 meses aprox.
3219-2011	08/07/2011	14/08/2024	**13 años** y 1 mes aprox.

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo F

Fuente: propia

Asimismo, entrevistamos a la Jueza del Octavo Juzgado de Paz de Lima, doctora Claudia Yessenia Cipriani Avalos quien, ante la pregunta formulada, respecto al tiempo de duración promedio que tiene el trámite del proceso de desalojo, desde la presentación de la demanda, hasta la fecha de lanzamiento, respondió, que *"(…) depende mucho de la parte demandante, pero hay procesos que pueden durar entre 6 a 10 años (…)*. Sustenta su respuesta en los siguientes expedientes:

Tabla 13

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia de Lima (Octavo Juzgado de Paz de Lima)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
4888-2012	15/10/2012	24/09/2024	**12 años** aprox.
1743-2017	01/06/2017	Actualmente en segunda instancia	**AL 12/11/2024, 6 años** y 5 meses aprox.; sin que se tenga orden de lanzamiento.

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo F

Fuente: propia

Finalmente, entrevistamos a el Juez del Séptimo Juzgado de Paz de Lima, doctor Jorge Mariano Ramírez Capristán quien, ante la pregunta formulada, respecto al tiempo de duración promedio que tiene el trámite del proceso de desalojo, desde la presentación de la demanda hasta la fecha de lanzamiento, respondió que 1 año. Sustentó su respuesta en los siguientes expedientes:

Tabla 14

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia de Lima (Séptimo Juzgado de Paz de Lima)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
3509-2014	15/08/2014	23/10/2015	**1 año** y 2 meses
1074-2017	09/03/2017	28/11/2017	8 meses
921-2017	27/02/2017	04/12/2018	**1 año** y 10 meses

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo F

Fuente: propia

Podríamos citar también un proceso, cuyo trámite ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de La Victoria y San Luis, tuvo una duración larga, considerando además que fue un proceso de desalojo por causal de vencimiento de contrato, conforme a lo siguiente:

Tabla 15

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia de Lima (Segundo Juzgado de Paz Letrado de La Victoria y San Luis)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
1078-2018	20/12/2018	03/12/2021	**3 años** aprox.

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo F

Fuente: propia

a.7. Corte Superior de Justicia del Santa:

Ante el Primer Juzgado Especializado Civil del Santa, donde despacha el doctor Ricardo Manuel Alza Vásquez, ante la pregunta formulada, respecto al tiempo de duración promedio que tiene el trámite del proceso de desalojo, desde la presentación de la demanda, hasta la fecha de lanzamiento, respondió, que 4 aproximadamente. Sustenta su respuesta en los siguientes expedientes:

Tabla 16

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia del Santa (Primer Juzgado Especializado Civil del Santa)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
2967-2021	29/11/2021	19/06/2024	**2 años** y 7 meses aprox.
2078-2007	13/06/2007	18/09/2024	**17 años** y 3 meses aprox.
3227-2021	22/12/2021	02/10/2024	**2 años** y 10 meses aprox.
3433-2022	23/12/2022	11/10/2024	**1 año** y 10 meses aprox.

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo G

Fuente: propia

a.8. Corte Superior de Justicia de Tacna:

Según la entrevista realizada a la Jueza del Segundo Juzgado de Paz de la Corte Superior de Justicia de Tacna, doctora Milagros Parihuana Serrano, ante la pregunta formulada, respecto al tiempo de duración promedio que tiene el trámite del proceso de desalojo, desde la presentación de la demanda, hasta la fecha de lanzamiento, respondió, que de *"4 a 6 años"*. Sustentó su respuesta en los siguientes expedientes:

Tabla 17

Muestreo de procesos de desalojo en la Corte Superior de Justicia de Tacna (Segundo Juzgado de Paz de la Corte Superior de Tacna)

Expediente	Fecha de inicio	Fecha de Lanzamiento	Duración aproximada
652-2017	13/10/2017	29/08/2023	**5 años** y 10 meses aprox.
388-2019	17/10/2019	12/06/2023	**3 años** y 8 meses aprox.

Nota: los documentos de sustento se pueden apreciar en el Anexo H
Fuente: propia

Ingresando a los citados expedientes judiciales, se sustenta la información proporcionada y que se resume en la Tabla 10.

En conclusión, los procesos de desalojo, a nivel nacional tienen una duración variada, que puede ir desde los 5 meses y hasta los 17 años.

2. Coexistencia en el país de 4 tipos de procesos de desalojo. Como veremos más adelante en detalle, actualmente existen 4 procesos de desalojo:
   - El proceso sumarísimo del Código Procesal Civil.
   - El denominado desalojo *express* de la Ley N° 30201.
   - El proceso de desalojo del Decreto Legislativo N° 1177.
   - El desalojo notarial de la Ley N° 30933).

   Se podrá observar que los procesos más recientes (Ley N° 30201, DL - N° 1177 y Ley N° 30933) presentan soluciones a casos muy específicos a la variedad de controversias que se pueden llevar al Poder Judicial.

   En efecto, dichos procesos se enfocan únicamente en las controversias que se generen en contratos de arrendamiento y, dentro de éstos, especialmente los destinados a vivienda, dejando de lado otro tipo de casos de cesión de posesión (comodato, uso, usufructo, habitación, etc), Además, la pretensión de restitución regulada en los procesos se origina en determinadas causales, como vencimiento del contrato o falta de pago (dejando de lado otro tipo de incumplimientos).

   En suma, tenemos procesos de desalojos enfocados en controversias específicas, cuando consideramos que lo ideal es contar con un solo

proceso que presente solución a todas las causales, no sólo para que el proceso sea más accesible a los justiciables, sino que se logre una mayor uniformidad jurisprudencial en base a casuística presentada en un solo proceso.

3. Formalismo debido al instituto de poseedor precario. Se verá más adelante que el Poder Judicial ha querido tener iniciativas para dar uniformidad a la jurisprudencia, como el caso del Cuarto Pleno Casatorio Civil, que dotó de contenido al instituto del poseedor precario, el mismo que tiene mucha relación con el proceso de desalojo.

   Sin embargo, el pleno ha regulado dicho instituto de tal modo que el acceso al proceso de desalojo se ha hecho muy formal, al extremo que la conducta específica de los justiciables determina la variación de la competencia en el proceso, entre los jueces especializados y los jueces de paz letrados cuando, en el fondo, estamos ante una misma controversia y pretensión.

Otro aspecto general, muy importante, sobre el proceso de desalojo en el Perú, es la carga procesal que implica para el Poder Judicial. Se adjunta un cuadro proporcionado por la Secretaría de Atención al Ciudadano y Trámite Documental de la Gerencia General del Poder Judicial, al que se tuvo acceso por la ley de acceso a la información pública, y que condensa la información desde el 2018, y que se adjunta como Anexo I. En el mismo se puede observar lo siguiente:

1. El porcentaje de la carga procesal de los procesos de desalojo, sean iniciados en Juzgado de Paz Letrado o en Juez Especializado, respecto de la carga total del Poder Judicial, a nivel nacional y en los años mencionados, fluctúa 3.5% y 4%. Ello en cifras va de un total de 15,040 casos (hasta el mes de setiembre solo del año 2024), a 17,479 casos (año 2018).

   Es decir, el número de casos por dicha materia es realmente importante, lo cual refleja la importancia de este proceso para la ciudadanía, por lo

que dar solución a dicha carga sería un paso importante para el Poder Judicial.

2. Otro aspecto es que la carga que soportan los juzgados especializados es mucho mayor a la de los juzgados de paz letrado. Se puede apreciar que aquéllos soportan más del triple de la carga de éstos, y ello se debe, indudablemente, al Cuarto Pleno Casatorio Civil, el cual al definir supuestos de Poseedor Precario ha favorecido la competencia de los primeros.

   Que un proceso de desalojo se inicie ante un Juez Especializado, implica la posibilidad que el mismo termine en la Corte Suprema, vía casación, lo cual a nuestro criterio es un despropósito. En efecto, si como hemos venido diciendo, el desalojo es un proceso simple y sumario, donde teóricamente las controversias requieren prueba directa y un debate jurídico no complicado, la posibilidad que este tipo de controversias lleguen a la Corte Suprema no solo alarga el proceso, sino, actuando en su contra, sobre carga su capacidad e invierte mayor tiempo y personal en casos teóricamente sencillos.

   Consideramos que la carga debería ser soportada mayormente por los Juzgados de Paz Letrado.

3. También, se observa que muchos de los casos resueltos por el Poder, no lo son dentro del año de haber ingresado. Es decir, anualmente, el Poder Judicial resuelve menos del total de casos con los que empieza cada año. No sólo ello, sino que muchos casos duran más de 1 año.

Dicho ello, es claro que el desalojo es actualmente un problema para el Poder Judicial, extendiéndose innecesariamente ante la Corte Suprema, sin mencionar que se trata de un caso al que recurren muchos justiciables anualmente. Es urgente tomar medidas para una solución del mismo.

Sin embargo, en el Perú sí se han tratado de dar soluciones al problema social que genera la demora del proceso de desalojo y su poca simplicidad. Estas soluciones son de dos tipos: legislativas (iniciativas del congreso y ejecutivo), y judiciales (iniciativas del poder judicial). Las legislativas han permitido que, hasta la fecha, coexistan en nuestro sistema hasta 4 procesos de desalojo

que se enfocan en un tipo específico de controversias, en líneas generales complican el panorama, lo que no contribuye a tener un proceso realmente expedito y simple, hasta el punto que la última de las soluciones legislativas, el denominado desalojo notarial, busca parcialmente una salida por fuera del sistema proceso judicial.

Las soluciones judiciales, se han traducido en los denominados plenos casatorios civiles, emitidos por la Corte Suprema y que consisten en criterios jurisprudenciales que tienen el carácter de precedentes vinculantes, es decir, obligan a todas las instancias judiciales a aplicarlos y, así, lograr la uniformidad de criterios en la solución de casos análogamente similares, lo que permitiría, además, soluciones más expeditas. En este caso, el poder judicial ha emitido los Plenos Casatorios Cuarto y Noveno, aplicables al desalojo.

En otra línea de solución judicial, se ha emitido el Cuarto Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, de noviembre de 2017, que ha uniformizado criterios sobre el desalojo a nivel de cortes superiores. Este tipo de plenos se hacen al amparo del artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[53], pero no tienen carácter de vinculantes, por lo que sólo buscan uniformizar criterios. Sin embargo, la experiencia judicial ha probado que los jueces sí adoptan y siguen este tipo de disposiciones.

Sobre ello, consideramos que las soluciones judiciales pueden ser más eficientes, pero, en el Perú, han convertido el desalojo del Código Procesal Civil, en un proceso complicado por las formalidades impuestas en la competencia judicial. Las soluciones judiciales se han mostrado menos prolíficas que las legislativas, siendo éstas las que han tomado siempre la iniciativa en la búsqueda de un proceso de desalojo realmente expedito.

Veamos los 4 procesos de desalojo que coexisten en nuestro medio.

[53] *"Artículo 116.- Plenos jurisdiccionales. Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial."*

1.2.5.2.1. Proceso sumarísimo de desalojo regulado en el Código Procesal Civil.

Regulado como proceso sumarísimo en los artículos 585[54] y siguientes del Código Procesal Civil, podemos destacar de los aspectos generales del proceso y la conformación de la relación jurídica procesal, el hecho que se seguirá en esta vía toda pretensión de restitución de un predio, con lo cual estamos ante cualquier relación jurídica que implica la cesión de posesión (no sólo el contrato de arrendamiento sino, por ejemplo, usufructo, comodato, uso, habitación, superficie, etc).

Ello debe ser concordado con lo dispuesto en el artículo 586[55], que regula a las partes del proceso. Dicha disposición dice que el demandante puede ser el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otro lado, serán demandados, el arrendatario, el subarrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución.

Como hemos visto antes, la referencia al poseedor precario como parte pasiva de la relación procesal indujo desde un principio un elemento negativo en el proceso de desalojo pues, en la práctica, los justiciables iniciaban demandas de desalojo no sólo contra el arrendatario o sub arrendatario, sino, en nombre del artículo 911 del Código Civil[56], lo hacían contra todo aquel que ejercía posesión sobre un predio sin título alguno o, en caso haya habido uno, éste hubiere fenecido.

---

[54] *"Artículo 585.- Procedimiento*
La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo.
Procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza.
Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código."

[55] *"Artículo 586.- Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el Artículo 598, considere tener derecho a la restitución de un predio.*
Pueden ser demandados: el arrendatario, el sub-arrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución."

[56] *"Artículo 911.- La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido."*

De este modo, desnaturalizando el proceso de desalojo, y desde el inicio de la vigencia del Código Procesal, se demandaba al invasor; al poseedor de larga data; al constructor de edificación; al arrendatario con título vigente cuando el arrendador vendió el bien a tercero; al comprador con dudosa resolución de contrato por acto unilateral; al comprador o adquiriente de cualquier derecho con título nulo; según el juez del proceso sumario en apreciación oficiosos; al primer comprador que no inscribió su título frente al tercero que sí lo inscribió; lo que convirtió al proceso de desalojo en un proceso *"multiusos"*, convirtiéndolo en ineficaz (Gonzáles 2016: 232-233).

Como se podrá apreciar, este carácter de proceso *"multiusos"* convirtió al desalojo en una suerte de vía paralela a la pretensión de reivindicación, por lo que era evidente que los justiciables optarían por la vía sumarísima a la de conocimiento (aunque en la realidad podían tener la misma duración). Ello se complicaba aún más, en tanto había dispersión de criterios, en tanto muchos jueces derivaban los temas que no podrían resolverse en desalojo a la vía correspondiente de conocimiento, en tanto otros los admitían y eran las instancias superiores –luego de años de litigio- las que establecían la vía procesal idónea.

Además, la amplitud del desalojo era reforzada por la propia redacción del artículo 586 del CPC, cuando facultaba a iniciar el desalojo a *"todo aquel que (…) considere tener derecho a la restitución de un predio"*.

Este fue tratado de ser solucionado por la propia doctrina, la cual, por ejemplo, buscó restringir a la parte activa y pasiva del proceso de desalojo en base a la interpretación del artículo 585 del CPC, el cual establece que dicho proceso tiene como objetivo la *"restitución"* de un predio, *"lo que implica haberlo entregado previamente por título temporal y luego pedir su devolución"* (Gonzáles 2016: 233). Dicha interpretación podría restringir la amplitud de partes pasiva y activa cuando de por medio existía un acuerdo previo entre ambas partes procesales –como un arrendamiento o un usufructo-, lo que justificaba la pretensión de restitución.

Otro aspecto relevante del proceso de desalojo regulado en el CPC, era el relativo a la competencia. En este caso, el artículo 547 del CPC establece, en parte pertinente, que en caso de la pretensión de desalojo:

> "(…) cuando la renta mensual es mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal[57] o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados."

En este caso, se planteaba un enorme problema, ya que en los denominados procesos de *"desalojo por precario"* –donde la pretensión solicitaba la restitución del bien en tanto el demandado tenía tal condición-, al no tener cuantía supuestamente[58], se iniciaban ante un Juez Especializado con la posibilidad de terminar en casación ante la Corte Suprema, por lo que los procesos de predios pequeños o de escaso valor, en materias o controversias sencillas, podían llegar hasta la Corte Suprema. Este caso impedía, evidentemente, que el arrendador satisfaga su derecho rápidamente (Aguado 2016: 129).

Queremos detenernos brevemente en la supuesta relación del desalojo por preciaría y la inexistencia de cuantía ¿es así realmente? Este es un tema discutible, aunque como sostiene Pretel, jurisprudencialmente dicha relación es indestructible (Pretel 2020: 127). Sin embargo, no vemos impedimento en que, ante un contrato de arrendamiento de plazo determinado vencido, con requerimiento notarial de entrega del bien, la competencia del juez no se pueda determinar en base al monto de la renta mensual de ese mismo contrato (aunque al momento del inicio del proceso sea un título fenecido). Ello determinaría que la competencia de la gran mayoría de procesos de desalojo por precario, de usarse este criterio, sería de los jueces de paz letrado. Sin embargo, este no es la posición adoptada por la judicatura (donde en un proceso por precario necesariamente no hay cuantía), por lo que

[57] Para el año 2024, la Unidad de referencia procesal es equivalente al 10% de la UIT, por lo que asciende a S/ 515.00. En este sentido, 50 UIT equivalen a S/ 25,750.00.
[58] Nótese que el artículo 547 del CPC, que se ha glosado, establece la competencia en base al monto de la renta mensual o inexistencia de cuantía.

jurisprudencialmente se ha establecido que la competencia es de los jueces civiles (Pretel 2020: 127).

Los problemas del proceso de desalojo del CPC, en cuanto la definición de precario y la competencia, fueron solucionados muy parcialmente por el Cuarto Pleno Casatorio.

En efecto, como hemos dicho antes, y es importante volver a este tema, el Cuarto Pleno Casatorio definía al poseedor precario (artículo 911 del CC) únicamente en función al proceso de desalojo (específicamente al artículo 585 CPC), siendo que por éste proceso sólo era viable discutir la restitución del bien y no se podía discutir –dada su sumariedad- si había o no un derecho de propiedad, excluyendo de dicho proceso toda discusión de naturaleza compleja[59].

En este sentido, el Cuarto Pleno establecía una serie de supuestos –como lista no excluyente- de poseedor precario:

> "5.1. Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429º y 1430º del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce el proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.
> 5.2. Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704º del código civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato.

[59] Los numerales 57 y 58 del Pleno dicen, en parte pertinente: *"57.- Igualmente resulta necesario interpretar de una manera concordada el sentido del artículo 585° del Código Procesal Civil (…), lo que debemos entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto, a quien corresponde dicho derecho, a ejercer el pleno -disfrute del mismo, independientemente de, si el derecho de propiedad se encuentra previamente declarado o no, puesto que en este proceso no se puede discutir – por su sumariedad- sobre dicho extremo, sino tan solo si es que se tiene derecho a la restitución del bien.*
58.- Como quiera que el legislador ha precisado que esta pretensión restitutoria de la posesión debe ser tramitada bajo las reglas del procedimiento sumarísimo, debe interpretarse que tal indicación implica que este específico conflicto de intereses no contiene una naturaleza compleja, dado que para la protección del derecho en análisis la controversia debe circunscribirse sustancialmente a la alegación y probanza del derecho al disfrute de la posesión inmediata, independientemente de la determinación de la propiedad o de la validez o vigencia (en sí) del título (…)."

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

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

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

5.5. Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo –sea de buena o mal fe–, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a discutir de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente[60].

5.6. La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

6. En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de

[60] Este numeral fue modificado por el Pleno Casatorio Civil, Casación N° 4442-2015 MOQUEGUA, de fecha 9 de agosto de 2016, donde se establece “debiéndose entender en lo sucesivo que: Sin en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutiva de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.”

> pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas."

De todos los casos expuestos, y lo volvemos a decir, ha sido muy criticado el supuesto 5.2, referido al caso establecido en el artículo 1704 del CC[61], es decir, el referido al vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento. Precisamente, en este caso, la sola finalización del contrato, más el requerimiento a hacerse para la devolución del inmueble, convertía al arrendatario en precario, por lo que, con independencia del monto de la renta mensual o cuantía, este caso debía ser iniciado en el Juez Especializado –al tratarse de una pretensión sin cuantía, supuestamente-, y podía llegar a la Corte Suprema, con toda la demora que implica ello. Mientras que, en los casos de cobro de arriendos, por ejemplo, eran procesos que –por su cuantía- iniciaban en juzgado de paz letrado:

> "¿Es conveniente considerar un supuesto de conclusión del contrato de arrendamiento como un supuesto de posesión precaria? Ello implica que el demandante el seguimiento de un proceso de dos instancias, la primera ante un Juzgado Especializado en lo Civil o Mixto, la Segunda ante una Sala Civil o Mixta con el dilatado trámite del recurso de Casación ante una Sala Civil de la Corte Suprema. ¿No hubiese sido mejor considerarlo como un supuesto de vencimiento del plazo y facilitar su inicio ante un Juzgado de Paz Letrado y su conclusión ante un Juzgado Especializado o Mixto? Bajo un punto de vista de política judicial, nos parece inconveniente la decisión de la Corte Suprema, pues por un exceso de academicismo, condena a los abogados y litigantes a tramitar un largo y dilatado proceso." (Abanto 2013: 65-66)

En efecto, tal vez por un exceso de academicismo se dio por resultado que, en los casos de poseedor precario por vencimiento de contrato de arrendamiento, el proceso de desalojo pueda durar mucho tiempo más –de haber casación ante la Corte Suprema-, cuando se podía optar por otras salidas.

[61] Artículo 1704.- Vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y a cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento.

Precisamente, al momento de emitirse el Cuarto Pleno Casatorio, la opinión minoritaria consideró que en el caso del artículo 1704 del CC, y aun cuando se haya requerido la devolución del bien, ello no suponía el fenecimiento total del contrato de arrendamiento, pues subsistían otras obligaciones como las de mantenimiento del bien o pago de conceptos adicionales, por lo que no estamos ante un caso de precario y la competencia se mantenía en el juez de paz letrado (Abanto 2017).

En nuestra opinión, este aspecto del Pleno Casatorio en mención, no va a favorecer la tutela jurisdiccional que necesitan las defensas posesorias: urgentes y sumarias.

Como vimos, el derecho de posesión obtiene protección constitucional no por el derecho en sí mismo –como el de propiedad-, sino –de modo indirecto, se puede decir-, a través de la tutela jurisdiccional efectiva que exige, acorde a este tipo de defensas posesorias determinadas características para poder cumplir su función, entre las cuales está, la sencillez de proceso.

En este sentido, reconducir a algunos procesos de desalojo a un debate ante la Corte Suprema es restarle sencillez a este proceso de cognición sumaria. Como vemos, los supuestos dados por en el Pleno no son complejos, ni mucho menos:

1. En el supuesto 5.1, el pleno sostiene que basará verificar el cumplimiento de las condiciones de resolución contractual.
2. El supuesto 5.2, se genera luego del requerimiento de devolución del bien, requisito que no implica mayor debate probatorio.
3. En el supuesto 5.3, la venta del bien arrendado.

Establecidos algunos criterios sobre la competencia funcional en el proceso de desalojo, y aunque la solución a aquélla parece sencilla ateniéndonos a las reglas establecidas en el artículo 547 del CPC (monto de la renta mensual o inexistencia de cuantía), ello en la realidad no es así.

Es ilustrativo explicar cuáles son las causales actuales para acudir al proceso, y que se pueden resumir en las siguientes (Pretel 2020: 126):

1. Vencimiento del plazo del contrato: Este caso incluye a los contratos con plazo determinado que, a la fecha del inicio del proceso, se encuentran vencidos.

   Esta causal está reconocida legalmente en los artículos 591[62] y 679[63] del CPC.

   En este caso, no se recomienda remitir comunicación solicitando la devolución del bien al arrendatario (a que se refiere el artículo 1700 del CC[64]), pues de verificarse este hecho, estaríamos ante un arrendatario que se convierte en poseedor precario (conforme al numeral 5.3 del Cuarto Pleno Casatorio Civil[65]), y la competencia recaería en un juez especializado, pudiendo llegar el proceso hasta la Corte Suprema (Limo 2018).

   Por ello, si se desea mantener la competencia en los juzgados de paz letrado (en caso la cuantía o renta mensual sea menor a las 50 URP), no se debería remitir dicha comunicación, debiéndose iniciar un proceso por vencimiento de plazo de contrato, sin entrar al supuesto de posesión precaria.

   Otro aspecto relevante que puede ser tocado en esta causal es el acuerdo tomado en el Pleno Jurisdiccional Civil y Procesal Civil del 4 de

[62] *"Artículo 591.- Si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, sólo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia, en su caso."*
[63] *"Artículo 679.- En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien."*
[64] *"Artículo 1700.- Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento."*
[65] Lo glosamos nuevamente:
"5.2. Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704º del código civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700º del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título."

noviembre de 2017, donde se sometió como Tema 1 lo siguiente: *"Tras la emisión del IV Pleno Casatorio Civil, ¿ha quedado impedido el arrendador de interponer demanda de desalojo por vencimiento de contrato cuando ya realizó el requerimiento (carta notarial) de restitución del bien, o es facultativo que lo haga valer por esa causal o por ocupación precaria?"* Luego del debate, por 55 votos a favor y 43 en contra se adoptó la siguiente ponencia:

> "Luego (…) del Cuarto Pleno Casatorio Civil, los jueces de paz letrado han quedado impedidos de conocer los procesos de desalojo en los casos de que exista requerimiento de restitución del bien (carta notarial) de parte del arrendador hacia el arrendatario (artículo 1704 CC); toda vez que en todos estos casos éste último ha quedado constituido en poseedor precario, por lo que el Juez competente para conocerlos es el Especializado, quedando impedido el arrendador de interponer demanda de desalojo por vencimiento de contrato, sino únicamente por ocupación precaria."

Esta conclusión también ha sido muy cuestionada, pues termina derivando nuevamente este caso a los jueces especializados. Sobre ello, en muchos casos puede presentarse al arrendador la opción de iniciar un proceso de desalojo por precario (al haber cursado la comunicación extrajudicial de requerimiento de entrega a que se refiere el artículo 1704 del CC, por haber vencido el plazo de duración del arrendamiento a plazo determinado) con competencia en el juez especializado; o iniciar un proceso por vencimiento de plazo[66] ante Juez de Paz Letrado (dependiendo del monto de la renta mensual), cuando en estricto se está ante ambas causas y, consideramos, que ninguna de ellas es excluyente, es decir, una no desaparece a la otra.

2. Falta de pago de renta y otros incumplimientos contractuales o legales: La causal referida al pago de rentas está reconocida en los artículos 591 y 679 del CPC, antes glosados. Y debe ser concordada con el numeral

[66] Causal reconocida en los artículos 591 del CPC (*"Si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, sólo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia, en su caso"*) y 679 del CPC (*"En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien"*).

1 del artículo 1697 del CC[67], para cuantificar el atraso que amerita el incumplimiento del arrendatario y, una vez verificado ese hecho judicialmente, se ordenará la restitución del bien.

Como en el caso anterior, si se desea evitar caer en el supuesto de un poseedor precario (conforme al numeral 5.1 del Cuarto Pleno Casatorio[68]) y, con ello, la competencia de los jueces especializados, se debe evitar la resolución extracontractual establecida en el Pleno, por lo que la demanda puede ser iniciada sin necesidad de resolver el contrato.

En este caso, la competencia se rige por el monto de la renta mensual o la cuantía.

Respecto a las otras causales que suponen incumplimiento del contrato (tipificadas en el mismo artículo 1697 del CC[69]), consideramos que se puede aplicar el criterio mencionado arriba.

3. Posesión precaria. Estos supuestos están tipificados en el numeral 5 del Cuarto Pleno Casatorio Civil y que ya han sido mencionados líneas arriba. En estos casos, conforme el criterio judicial ya explicado, la competencia es de los jueces especializados en lo civil.

   Respecto a la actividad probatoria, queremos mencionar que sólo se admite prueba documental, salvo el caso de los procesos en donde se invoque las causales de falta de pago o vencimiento del plazo, en los

---

[67] *"Artículo 1697.- El contrato de arrendamiento puede resolverse:*
1.- Si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días. Si la renta se pacta por períodos mayores, basta el vencimiento de un solo período y además quince días. Si el alquiler se conviene por períodos menores a un mes, basta que venzan tres períodos."

[68] *"5.1. Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429º y 1430º del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce el proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia."*

[69] *"Artículo 1697.- El contrato de arrendamiento puede resolverse:*
(…)
3.- Si el arrendatario da al bien destino diferente de aquél para el que se le concedió expresa o tácitamente, o permite algún acto contrario al orden público o a las buenas costumbres.
4.- Por subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador.
5.- Si el arrendador o el arrendatario no cumplen cualesquiera de sus obligaciones."

cuales sólo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia, en su caso, conforme artículo 591 del CC.

Sobre la estructura del proceso, es destacable lo siguiente:

1. Al admitir se la demanda, se da un plazo al demandando para que la conteste, momento en el cual propondrá sus defensas de forma.
2. Contestada la demanda o trascurrido el plazo para hacerlo, el Juez fijará fecha para la audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia.
3. La sentencia es apelable con efecto suspensivo.
4. Si el proceso inicia en juzgado especializado, puede interponerse recurso de casación. Ello no sucede si el proceso inicia ante juez de paz letrado.
5. Emitida la decisión final, se emitirá decreto declarando consentida la sentencia o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado. El lanzamiento se ordenará, a pedido de parte, luego de seis días de notificado el decreto mencionado precedentemente (artículo 592 CPC).

Como hemos visto, la jurisprudencia ha ayudado (o no) a estructurar el proceso, pero como veremos seguidamente, la iniciativa ha estado de lado del legislador, el mismo que ha creado hasta 3 *"mecanismos nuevos que coadyuven a solucionar problemas que necesitan tutela jurisdiccional realmente efectiva (en términos de otorgamiento de tutela rápida"* (Hurtado 2006: 25)

1.2.5.2.2. El proceso de desalojo con cláusula de allanamiento a futuro de la Ley 30201 o mal denominado *desalojo express*.

El 28 de mayo de 2014 se publicó la Ley 30201, la misma que entró en vigencia a los 45 días de su publicación y, a la vez, modificaba el artículo 594 del CPC, el cual estableció las condiciones de aplicación y procedimiento del que sería denominado *"desalojo express",* quedando como sigue:

> "Sentencia con condena de futuro.-
> Artículo 594.- El desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien. Sin embargo, de

> ampararse la demanda, el lanzamiento sólo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo.
> Si el emplazado se allanara a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante, éste deberá pagar las costas y costos del proceso.
> En los contratos de arrendamiento de inmuebles, con firmas legalizadas ante notario público o juez de paz, en aquellos lugares donde no haya notario público, que contengan una cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario, para la restitución del bien por conclusión del contrato o por resolución del mismo por falta de pago conforme a lo establecido en el artículo 1697 del Código Civil, el Juez notifica la demanda al arrendatario para que, dentro del plazo de seis días, acredite la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado.
> Vencido el plazo establecido sin que se acredite lo señalado en el párrafo anterior, el Juez ordena el lanzamiento en quince días hábiles, de conformidad con el artículo 593 del Código Procesal Civil.
> Es competente para conocer la solicitud de restitución del inmueble, en contratos con cláusulas de allanamiento, el Juez del lugar donde se encuentra el bien materia del contrato.
> La deuda del arrendatario judicialmente reconocida origina la inscripción del demandado en el Registro de Deudores Judiciales Morosos."

En líneas generales, se respetaba la naturaleza del proceso de desalojo, regulándose un proceso simple y –en el papel- sencillo, donde se estandarizaba la prueba principal de un contrato de arrendamiento: el acuerdo de voluntades, el mismo que debía constar por escrito y con firmas legalizadas donde se le incluiría una cláusula de allanamiento a futuro, que tenía como finalidad que el demandado se allane –antes del proceso- a la pretensión de restitución del inmueble a ser planteada por el arrendador bajo dos únicos supuestos: la finalización del contrato o la falta de pago.

Sin embargo, uno de los puntos de crítica era que este proceso se aplicaría únicamente a los contratos de arrendamiento, dejando fuera a otros contratos donde se cedía la posesión como, por ejemplo, el usufructo o el uso.

Además, la competencia se mantenía entre el juez de paz letrado o el juez especializado, conforme a las reglas establecidas para el caso del proceso regulado en el CPC y desarrollado en el acápite anterior. Es decir, dependiendo de la cuantía de la renta (50 URP, como límite divisor) o si se

trataba de una pretensión sin cuantía. En este caso, entendemos que, si se demandaba la restitución del bien por vencimiento del contrato, el juez competente sería el especializado, con lo que la posibilidad que caiga en casación es una posibilidad cierta y, en el caso nacional, una dilación creemos innecesaria. Pero con los criterios antes expuestos, la competencia puede mantenerse en los jueces de paz.

Creemos que, si el texto del artículo glosado no lo menciona, sí debería haber audiencia única en el caso de haber medios de prueba que necesiten actuación.

Otra discusión estima si la apelación de la sentencia de primera instancia es de efecto suspensivo o no. Consideramos que debería ser con efecto suspensivo, aunque una posición estima que sea sin efecto suspensivo, pues aunque la apelación es posible, el propio artículo 594 del CPC señala que *"el Juez ordena el lanzamiento en quince días hábiles"*, con lo que la apelación no impediría el lanzamiento (Gonzales 2016: 249).

Para este caso específico, el antes mencionado Cuarto Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, realizado en la ciudad de Chiclayo, los días 3 y 4 de noviembre de 2017, propone varias soluciones judiciales para la abreviación de este proceso en específico, así, el pleno sostiene:

1. Dado que hay un contrato de arrendamiento de cláusula de allanamiento, no se exige conciliación previa al proceso.
2. Por la misma razón, no proceden excepciones ni defensas previas

Por nuestra parte, creemos que la posibilidad de que el proceso llegue a la Corte Suprema, lo hace innecesariamente lato, más aún si como sostenemos se trata de pretensiones sencillas y urgentes. En todo caso, es interesante que se diera la posibilidad que la apelación a la sentencia sea sin efecto suspensivo, aunque ello no fue solucionado por el Pleno realizado en la ciudad de Chiclayo, por lo que tan solo es una opinión sin apoyo judicial.

1.2.5.2.3. Proceso de desalojo del Decreto Legislativo 1177.

El 18 de julio de 2015, fue publicado el Decreto Legislativo 1177, modificado por Ley N° 30822 publicada el 19 de julio de 2018, el mismo que regula un proceso de desalojo para, entre otros, determinados contratos de arrendamiento para fines de vivienda, exclusivamente. En este sentido, dejó fuera a los otros modos de cesión de la posesión y a los arrendamientos con fines diferentes, como el comercial o el industrial. Preliminarmente lo consideramos un error, pues, como hemos visto el derecho de posesión, para el caso del desalojo, debe ser protegido sin perjuicio de su finalidad.

Sin embargo, el propio decreto legislativo justifica ello pues en el Perú *"hay un alto porcentaje de viviendas desocupadas, pues los propietarios prefieren la falta de rentabilidad que asumir el riesgo de enfrentar un arrendamiento moroso"* (Gonzáles 2016: 250), en donde no se pague la renta, que no pueda ser lanzado por la lentitud del proceso, que se dañe el inmueble por su uso, y los daños o hurto dolosos por venganza o malicia (Gonzáles 2016: 250).

Al igual que en el desalojo *express*, que se busca estandarizar los medios de prueba, en este caso se han aprobado unos formularios para que servirán de contrato, especificando el bien a arrendar, el monto de la renta, las otras obligaciones la cuenta bancaria para el pago, la duración de contrato. Dicho formulario deberá tener las firmas legalizadas por notario.

El desalojo procede en los siguientes casos: por vencimiento del plazo del contrato, por resolución de mutuo acuerdo incumplimiento del pago de la renta convenida.

Un detalle importante es que el proceso se inicia siempre ante el Juzgado de Paz Letrado y, en este caso, se ha eliminado por completo el supuesto de poseedor precario, por lo que necesariamente el proceso se iniciaría en dicha instancia judicial. Ello es sintomático con la Ley 30201, y es que como hemos visto, el instituto del poseedor precario es un factor de distorsión en el proceso de desalojo regulado en el CPC.

Otro detalle importante es que la sentencia expedida es apelable sin efecto suspensivo:

> "La realidad sociológica exige que la sentencia sea cumplida sin más trámite pues la apelación normalmente es superflua. Se desincentiva se sigan con procesos los demandados sin posibilidad de éxito, descargando al poder judicial" (Gonzales 2016: 254)

Existe un debate en torno a la naturaleza de este proceso, así, se considera que dicho proceso es una combinación ejecutivo/cognitivo olvidando que el desalojo tiene en el Perú un tratamiento cognitivo, sumarísimo pero cognitivo. Se busca algo entre lo ejecutivo y lo urgente (Monroy 2015: 13).

Sostiene el mismo autor, que la lógica del decreto legislativo es que el Estado intervenga para equilibrar una relación jurídica (Palacios 2015: 25) no siempre horizontal: la del propietario y arrendatario:

> "(…) incentivar el mercado inmobiliario de vivienda, sin desproteger al arrendatario (…), pero al mismo tiempo evitando que aquél abuse de su protección." (Monroy 2015: 14)

Ello explica –como en el caso anterior-, la abundancia de formalidades, tales como la exigencia de formularios, intervención notarial, el registro administrativo. El principio es que se respete la voluntad contractual (Monroy 2015: 14). Se busca evitar el inicio de un proceso y, a la vez, de darse éste que sea rápido.

Otro detalle del Decreto Legislativo 1177, y que es algo en que las nuevas leyes dadas en el marco de desalojo invocan, es a la responsabilidad funcional del juez en caso de demora e incumplimiento de los plazos, sanción que, consideramos, es por demás inútil, en la medida que los magistrados siempre podrán invocar la carga judicial –siempre presente y real-, que impide llevar los casos adelante.

Más allá de si, en efecto, existe una relación desigual en los contratos de arrendamiento, creemos que el sistema le proporciona, a ambas partes, la posibilidad de abusar de su posición contractual.

En efecto, se llega a este punto, ya que el proceso sumarísimo de desalojo, no es una garantía de que el arrendador pueda recuperar el bien, sin percibir renta y muchas veces recibirá un bien canibalizado o deteriorado (Aguado 2015: 128)

Sin embargo, consideramos que el proceso de desalojo del Decreto Legislativo 1177 es un modelo que puede ser extendido a todos los supuestos de entrega de posesión de un bien. Precisamente, consideramos que no existe una razón suficiente para restringir su aplicación a otros tipos de arrendamiento, como el comercial o industrial, inclusive no sólo al caso de los contratos de alquiler, sino en casos de uso y usufructo, en la medida que el objetivo es dotar al derecho de posesión de un –no varios- mecanismo eficiente acorde con la tutela que se exige.

Otro tema que llama la atención en todos estos modelos, creados legislativamente, es que no reconocen en su aplicación los criterios del poseedor precario establecidos en el Cuarto Pleno Jurisdiccional, lo cual sintomáticamente refleja la necesidad de alejarse de lo allí establecido, lo que consideramos correcto pues, como vimos, complica y formaliza, en extremo, el modelo. En este caso, no hay posibilidad de llegar a la Corte Suprema, en casación, pero creemos que ello sí puede darse en el caso de la Ley 30201.

1.2.5.2.4. Proceso de desalojo notarial

El 24 de abril de 2019 se publicó en El Peruano la Ley 30933, que regula las condiciones y el procedimiento especial para el denominado desalojo notarial.

Una característica de este proceso es que podemos dividirlo en dos etapas, una notarial, donde se determina la existencia de la causal para un lanzamiento, y una judicial, a la que se acude para ejecutar el lanzamiento.

Solo se puede acudir a un notario –o juez de paz letrado- si el contrato de arrendamiento está contenido en uno de los formularios aprobados por el Decreto Legislativo N° 1177, o si consta en escritura pública. Además, el contrato debe contener una cláusula de allanamiento a futuro (para la restitución del bien por vencimiento de plazo del contrato o la resolución del arrendamiento por falta de pago de la renta) y sometimiento expreso a la competencia notarial y el juez de paz letrado ejecute el lanzamiento (artículos 4 y 5).

Presentada la solicitud ante el notario –o juez de paz letrado- sólo por las causales de vencimiento de plazo y resolución por incumplimiento del pago de la renta (artículo 7), se corre traslado al arrendatario para que presente una oposición sólo por causales específicas (artículo 8).

Luego de ello el notario puede determinar que no hay causal de desalojo, o si verifica que existe causal, extiende un acta no contenciosa dejando constancia de ello, con la declaración de la procedencia del desalojo, lo cual protocoliza en el Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos. El acta extendida por el notario constituye título ejecutivo especial para proceder sin más trámite al lanzamiento del inmueble (artículo 8).

La etapa judicial consiste en la ejecución del lanzamiento. Ésta se inicia con la presentación del acta y expediente notarial al Juzgado de Paz Letrado, quien emite la orden de lanzamiento y la orden de descerraje. Esta resolución es impugnable sin efecto suspensivo (artículo 9).

1. ¿Un proceso no contencioso?

Precisamente, una de las peculiaridades de la Ley 30933, es no menciona que se está ante un proceso no contencioso, solo hasta el momento en que en el artículo 8.4.1 dispone que la decisión final del notario se deberá extender en un acta no contenciosa que, además, se protocolizará en el Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos.

Pero ¿qué significa estar ante un proceso o procedimiento no contencioso?:

> "El proceso asume diferentes clasificaciones. En atención a la función represiva o preventiva de éste, podemos ubicar al proceso contencioso y al proceso no contencioso. Ambos se diferencian en que el primero encierra un conflicto actual y el segundo un conflicto potencial de intereses." (Ledesma 2008, t. II: 258)

Este carácter preventivo, resulta de la contraposición entre lo contencioso y lo no contencioso. Así, es propio de lo contencioso el principio de contradictorio o de bilateralidad, mientras que en lo no contencioso, tenemos al principio de unilateralidad:

> "El carácter estructural más saliente, que deriva de este principio [en referencia al principio de unilateralidad], es la falta de la discusión, el juez, antes de proveer, debe escuchar a otras personas, ya sean titulares de intereses divergentes respecto de aquel al que el negocio se refiere, a fin de que le procuren la información conveniente para proveer bien (…)" (Carnelutti 1960: 264).

Así pues, como sostiene Ledesma, el proceso no contencioso no tiene partes en sentido estricto, pues ella es una noción que implica enfrentamiento entre dos sujetos, por lo que el juez no juzga:

> "[Los jueces] se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el peticionante es (…) cierto, con arreglo a la justificación que él mismo suministra. Es una tarea de simple verificación externa, unilateral, formal. A diferencia de la sentencia jurisdiccional cuyo contenido puede ser declarativo, constitutivo, de condena o cautelar, las decisiones que se profieren en la jurisdicción voluntaria son siempre de mera declaración, ni condenan ni constituyen nuevos derechos. En la jurisdicción voluntaria, por el contrario, no es el peligro en la demora lo que se trata de evitar, sino la incertidumbre, la falta de una documentación adecuada, el carácter equívoco del derecho, o en otros casos, una garantía requerida por la ley." (Ledesma 2008 t. II: 656)

Por ello, en la doctrina se afirma que el proceso no contencioso no hay cosa juzgada y, más bien, cumple una función administrativa y no jurisdiccional:

> "(…) en la voluntaria se persigue dar certeza o precisión a un derecho o legalidad a un acto, o ciertos efectos jurídicos materiales, sin presentarle al juez inicialmente ninguna controversia ni litigio para su solución en la sentencia, ni siquiera pedirle una declaración contra otra persona, en la contenciosa, por el contrario, inicialmente se le está pidiendo la solución de un litigio con el demandado, o al menos una declaración que vincule y obligue a éste (…)." (Devis 1984: 86)

Así las cosas, creemos que lo regulado en la Ley 30933 no es, en ningún modo, un procedimiento no contencioso, más bien, a todas luces es uno contencioso, al que el afán de encontrar una solución eficiente y rápida para obtener la restitución de un inmueble hace acudir a los notarios, quienes claramente sólo están autorizados a conocer procedimientos exclusivamente no contenciosos.

¿Cuáles son las consecuencias de que un proceso, evidentemente contencioso, sea regulado como uno no contencioso? ¿Qué implica que un notario asuma un proceso contencioso que no es tal, cuando esta exclusivamente autorizado a asumir procesos no contenciosos, conforme a la Ley 26662?

Pues, en principio, consideramos que estamos ante una afectación al derecho al juez natural. Según el TC:

> "2. (…) el derecho fundamental al juez natural se refiere a que "quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional. Se garantiza, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación. De esa manera se impide que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante el Poder Judicial o ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales especializados que la Constitución ha establecido (...)."[70]

[70] STC 00802-2012-PHC/TC

De este modo, podemos afirmar que la Ley 30933 crea un procedimiento que, inclusive, podría ser cuestionado por el arrendatario que considere se le está vulnerando dicho derecho constitucional, desde el momento en que el arrendador presenta su solicitud ante notario.

Por otro lado, entendemos que la idea de la denominada cláusula de allanamiento a futuro, que debe ser incluida en todo contrato de arrendamiento que desee someterse al régimen de dicha ley, tendría como objetivo desaparecer el conflicto entre las partes firmantes del contrato de arrendamiento, pero creemos que ello no convierte el asunto en uno no contencioso, pues se hace necesario un pronunciamiento con calidad de cosa juzgada y no un pronunciamiento de naturaleza administrativa, como hemos visto. En efecto, estamos ante partes de un conflicto, y no un solicitante que desea prevenir uno. Por el contrario, acudir a este procedimiento es la prueba palpable que sí hay un conflicto: por falta de pago o por haberse vencido el contrato, y, en uno u otro caso, la resistencia del arrendatario a desocupar el inmueble y la necesidad del arrendador de ver restituida su posesión.

2. ¿Un allanamiento con oposición?

Como dijimos antes, se podría entender que la cláusula de allanamiento a futuro, a que se refiere el artículo 5.1 de la Ley 30933[71], tendría como objetivo provocar la inexistencia de conflicto, lo que sería un error, pues, precisamente, el solicitante –arrendador- presenta su solicitud ante un notario por la existencia de un conflicto, no para prevenirlo.

En efecto, sobre el allanamiento podemos establecer lo siguiente:

> "acto jurídico procesal de disposición por el cual una de las partes abdica a su oposición frente a la otra aceptando el dictado anticipado de una resolución que acoja lo pretendido o

[71] *"Artículo 5. Contenido del contrato de arrendamiento*
El contrato de arrendamiento a que se refiere el artículo 4 debe:
1. Contener una cláusula de allanamiento a futuro, del arrendatario para la restitución del bien inmueble por vencimiento del plazo de contrato o la resolución del arrendamiento por falta de pago de la renta."

argumentado por esta, eliminando total o parcialmente el estado de controversia." (Fornaciari 1987: 111).

Por ello, llama la atención más aún que se permita un derecho de oposición al arrendatario –reconocido en el artículo 8.3 de la Ley 30933-, con lo que se haría evidente que estamos ante un conflicto, y sería el notario el llamado a ser resuelto, a pesar de no tener facultad jurisdiccional.

Ahora bien, como sabemos, en un proceso no contencioso no es ajeno el darle a las personan involucradas, ajenas al solicitante, la posibilidad de escucharlas para que quien vaya a resolver lo haga ajustado a derecho. Una expresión de ello, es el artículo 753 del CPC[72].

Como sabemos, en un proceso no contencioso no se pretende nada contra nadie, no hay adversarios (Ledesma 2008: 666), y es en ese sentido en el que se debe entender el artículo 753 mencionado. Ahora bien, como se ha dicho antes, no tiene ningún sentido establecer una cláusula de allanamiento a futuro, si es que una vez iniciado el procedimiento ante el notario, se le confiere al arrendatario, un plazo para oponerse, precisamente sobre lo que es materia de reclamo: que no ha vencido el plazo –por haberse renovado- y que no ha habido incumplimiento en el pago.

Así las cosas, la Ley 30933 contiene hasta dos errores en su configuración, todo a fin de lograr un proceso más rápido.

1.2.5.2.5. Resumen de los mecanismos procesales disponibles en el Perú.

Como hemos visto, el proceso de desalojo se origina básicamente con un conflicto de intereses en el cual el demandante pretende la restitución de la posesión de un bien, por haber el demandado, o incumplido con sus

[72] *"Artículo 753.- El emplazado con la solicitud puede formular contradicción dentro de cinco días de notificado con la resolución admisoria, anexando los medios probatorios, los que se actuarán en la audiencia prevista en el Artículo 754."*

obligaciones, de origen legal o contractual (falta de pago, por ejemplo), o tener un título vencido, o ser un poseedor precario.

Habida cuenta que en este tipo de pretensiones se encuentran involucrados derechos tan esenciales como la propiedad –con protección constitucional-, y la posesión –con relevancia tan alta en el plano social y económico-, se impone la necesidad de un proceso eficiente y expeditivo, necesidad que, creemos, no ha sido satisfecha, por diversas razones.

Buscando una solución a esta problemática el Estado ha intervenido con iniciativas legislativas (desde el Congreso o el Ejecutivo), y con iniciativas jurisprudenciales (desde el Poder Judicial). Sin embargo, ambas iniciativas no han dado solución eficiente pues, por un lado, han culminado con la existencia simultánea de cuatro procesos de desalojo que, además, tienen como objetivo dar solución a casos muy específicos de arrendamientos (excluyendo otras causales o supuestos de hecho, así como, otros casos de relaciones jurídicas que implican cesión de posesión); y por otro, complicando excesivamente la competencia judicial, ante los casos específicos de lo que debe entenderse por poseedor precario.

Los cuatro mecanismos procesales que tienen como objetivo la restitución del bien dentro de un contrato de arrendamiento, son:

1. El proceso de desalojo regulado en el Código Procesal Civil (artículos 585 y siguientes).
2. El proceso de desalojo con cláusula de allanamiento a futuro regulado por la Ley 30201 (que modifica el artículo 594 del CPC).
3. El proceso único de ejecución de desalojo (Decreto Legislativo 1177)
4. El proceso de desalojo notarial (Ley 30933)

Cada mecanismo está plenamente vigente y tienen diferencias específicas que trataremos de reducir en los siguientes cuadros:

Tabla 18
Características generales de cada modelo de desalojo

	585 CPC	594 CPC (Ley 30201)	DL 1177	Ley 30933
Ámbito de aplicación objetivo	Todo tipo de acuerdo que supone cesión de posesión o algún atributo de la propiedad.	Exclusivamente para contratos de arrendamiento de inmuebles	Exclusivamente contratos de arrendamiento de inmuebles destinados única y exclusivamente a vivienda.	Exclusivamente contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda, comercio, industria u otros afines.
Requisitos del título	Cualquier tipo de formalidad que cumpla con los requisitos específicos de cada supuesto.	Contrato debe tener (i) firmas legalizadas, (ii) una cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario.	Formulario aprobado en el DL 1177 que contiene el contrato de arrendamiento[73], con (i) firmas legalizadas ante Notario o Juez de Paz Letrado, e (ii) inscrito en el Registro Administrativo de Arrendamiento para Vivienda, administrado por el Fondo MIVIVIENDA SA. El formulario tiene mérito de ejecución[74].	Contrato de arrendamiento contenido en el formulario aprobado en el DL 1177, o escritura pública; que individualicen el inmueble de manera inequívoca con referencias precisas de su ubicación. El contrato debe contener (i) cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario, (ii) cláusula de sometimiento expreso a la Ley 30933[75].
Supuestos para la restitución	(i) Vencimiento del plazo del contrato, (ii) Incumplimientos contractuales o legales (falta de pago de renta, por ejemplo), y (iii) posesión precaria.	(i) Por conclusión del contrato de arrendamiento o (ii) por resolución del mismo por falta de pago conforme a lo establecido en el inciso 1, del artículo 1697 del Código Civil.	(i) Conclusión del Contrato por vencimiento del plazo, (ii) Resolución contractual de mutuo acuerdo, (iii) Incumplimiento de pago de la renta convenida, (iv) Incumplimiento de pago de los conceptos complementarios, (v) Uso del inmueble a fin distinto al de vivienda.	(i) Vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento, (ii) Incumplimiento del pago de la renta convenida de acuerdo a lo establecido en el contrato de arrendamiento o lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1697 del CC.

Fuente: propia

[73] El DL 1177 regula tres tipos de contratos: arrendamiento de inmueble destinado a vivienda, arrendamiento con opción de compra de inmueble destinado a vivienda y arrendamiento financiero.

[74] *"Artículo 4.- Formularios*
(…)
4.3 Los Formularios tienen mérito de ejecución, siempre que estén suscritos ante un Notario, debidamente habilitado, o en su defecto ante un Juez de Paz Letrado, de acuerdo a la normatividad vigente. La copia certificada de los Formularios suscritos ante un Notario, se inscribe en el Registro Administrativo de Arrendamiento para Vivienda – RAV (…)."

[75] Artículo 5 de la Ley 30933:
"Artículo 5.- Contenido del contrato de arrendamiento
El contrato de arrendamiento a que se refiere el artículo 4 debe:
1. Contener una cláusula de allanamiento a futuro, del arrendatario para la restitución del bien inmueble por vencimiento del plazo de contrato o la resolución del arrendamiento por falta de pago de la renta.
2. Contener una cláusula de sometimiento expreso a lo establecido por la presente ley para que el notario constate las causales de vencimiento del plazo del contrato o la resolución por falta de pago de la renta, y el juez de paz letrado ordene y ejecute el desalojo.
La cláusula de sometimiento expreso a la presente ley contiene de manera expresa e indubitable la decisión de las partes, que, ante la configuración de cualquiera de las causales de desalojo previstas en la presente ley, se someten a la competencia del notario para la constatación de dicha causal y la ejecución del desalojo por parte del juez de paz letrado.
3. Consignar el número, tipo y moneda de la cuenta de abono abierta en una empresa del sistema financiero o en una cooperativa de ahorro y crédito supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), para que el arrendatario abone la renta convenida en el contrato de arrendamiento.
(…)."

En la figura 18, se puede apreciar que el legislador (sea Congreso o Ejecutivo), pone indiscutible prioridad en regular un proceso de desalojo que se origine en controversias derivadas de un contrato de arrendamiento. Y, dentro de éste, especialmente los destinados a vivienda, con varios modelos de desalojo que responden a diversas, pero limitadas necesidades (Angeludis, 2019: 291)[76].

Paralelamente a la reducción del ámbito de las relaciones sustantivas objeto de regulación, se observa una reducción y simplificación de las controversias llevadas a juicio (conclusión del contrato y resolución por incumplimiento), descartando los supuestos de posesión precaria que, como hemos visto, es un concepto que distorsiona el modelo y el Cuarto Pleno Casatoria no ha contribuido en gran medida a su simplificación.

Creemos que el esfuerzo legislativo advierte que, siendo el proceso de desalojo uno de cognición sumaria y expedito, ello debe ir de la mano con disminuir los supuestos de hecho que accedan a aquél, y una simplificación de las controversias.

Por nuestra parte, no vemos inconveniente en que las relaciones sustantivas comprendan a todo contrato o vínculo que comprenda cesión de posesión o algún atributo de la propiedad (usufructo, uso, habitación, por ejemplo), y no sólo vivienda (comercio, industria, por ejemplo). Sin embargo, debe haber, necesariamente, una simplificación de las controversias que aborde de diferente manera el caso del poseedor precario.

En suma, la multiplicidad de procesos no comprende la cantidad de casos que pueden ser llevados a un desalojo, y todos ponen énfasis en los casos de arrendamiento de viviendas.

[76] Muchas de las ideas acá expresadas se han originado en un trabajo previo del autor, al momento de analizar el proceso de desalojo notarial y la viabilidad de un proceso de desalojo único en el Perú.

Creemos también, que esa simplificación va de la mano con la siguiente relación: se da una mayor simplificación del proceso, por una alta desconfianza al criterio judicial.

En efecto, se trata de disminuir el arbitrio judicial, disminuir el campo de interpretación de los jueces, ello para obtener mayor predictibilidad y rapidez de las causas judiciales.

Tabla 19
Estructura de cada proceso de desalojo

	585 CPC	594 CPC (Ley 30201)	DL 1177	Ley 30933
Conciliación Extrajudicial	Sí	No[77]	No[78]	No[79]
Autoridad competente	Juez especializado en lo Civil (JEC) o Juez de Paz Letrado (JPL).	JPL o JEC	JPL	Notario
Plazo para contestar demanda (o solicitud) de desalojo u oposición	5 días	6 días	5 días	3 días
Defensas	(i) Contestación (ii) Excepciones y defensas previas, y cuestiones probatorias, con medios probatorios de actuación inmediata, que se resuelven en la Audiencia Única. (iii) Medios probatorios limitados en los casos de desalojo por falta de pago y	(i) Contestación limitada a acreditar la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado. (ii) No proceden ni excepciones ni defensas previas[81]. Más sí proceden cuestiones probatorias. (iii) Medios probatorios limitados (por ser supuestos de falta de pago y	(i) Contestación limitada a allanarse o acreditar la vigencia del contrato de arrendamiento, la cancelación de la rentas convenidas adeudadas o cuotas periódicas adeudadas, o el cumplimiento de cualquier otra obligación que le hubiese sido requerida. (ii) Son admisibles excepciones y defensas previas, a ser resueltas con la sentencia. También proceden cuestiones probatorias.	Oposición limitada exclusivamente a: (i) La renovación o prórroga del plazo del contrato de arrendamiento con las mismas formalidades que el contrato primigenio; (ii) La constancia de transferencia o depósito de los pagos de la renta realizados en la cuenta acordada por las partes; (c) El incumplimiento de las formalidades establecidas por parte del solicitante.

[77] Según el Cuarto Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, realizado en la ciudad de Chiclayo, los días 3 y 4 de noviembre de 2017. La razón que se esgrime es por la existencia en el contrato de arrendamiento de la cláusula de allanamiento.
[78] Como se ha determinado antes, los formularios son títulos ejecutivos.
[79] En este caso, creemos, que no es exigible la conciliación previa, por varias razones: (i) por aplicación analógica del Cuarto Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, referido en citas previas, en el cual se establece la no exigibilidad del acta de conciliación al tratarse, el proceso de desalojo regulado en la Ley 30201, de un proceso *"especial y rápido"* que también busca la restitución de un inmueble, luego de la resolución o vencimiento del plazo, de un contrato de arrendamiento con cláusula de allanamiento a futuro; (ii), se trata de un proceso regulado como no contencioso; (iii) el título que amerita el inicio del proceso no contencioso notarial, es el formulario aprobado en el DL 1177, que tiene mérito de ejecución.
[81] Según el Cuarto Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, realizado en la ciudad de Chiclayo, los días 3 y 4 de noviembre de 2017.

	vencimiento del plazo[80].	vencimiento del plazo)	(iii) Sólo admisibles medios probatorios que no requieren actuación.	
Audiencia Única	Sí	Sí[82]	No	No
Sentencia	Sí	Sí	Sí	Acta no contenciosa
Apelación/Efecto	Sí / Con efecto suspensivo	Sí / Con efecto suspensivo	Sí / Sin efecto suspensivo	No
Sentencia de vista	Sí	Sí	Sí	No
Casación	Sólo si proceso inicia en JEC	Sólo si proceso inicia en JEC	No	No
Competencia en ejecución	Mismo juez	Mismo juez	Mismo juez	JPL
Requerimiento de desocupación del inmueble	Sí (plazo 6 días)	Sí (plazo 15 días)	No (la sentencia contiene el requerimiento)	Sí[83]
Apelación requerimiento	No dice	No dice	No dice	No dice
Lanzamiento	Sí	Sí	Sí	Sí (sin efecto suspensivo)

Fuente: propia

En la tabla 19, queremos poder énfasis en la simplificación d ellos plazos, lo que sabemos no se cumple por la carga procesal.

Por otro lado, también se observa una simplificación de las instancias judiciales, eliminando el acceso a la casación, lo que nos parece correcto. El proceso de desalojo está planteado para causas sencillas y de resolución rápida. Además, una simplificación, no sólo de la defensa que puede ejercer el demandado, sino del momento en que se puede lograr el lanzamiento.

La simplificación de cada proceso creemos responde no sólo a la naturaleza del proceso de desalojo, sino a la desconfianza del legislador respecto a la posibilidad del arbitrio o criterio judicial, por lo que la respuesta es la reglamentación del proceso, evitando discrepancia jurisprudencial y demoras.

[80] CPC: *"Artículo 591.- Si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, sólo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia, en su caso."*

[82] Dependiendo si se han ofrecido medios de prueba que necesiten actuación, como la declaración de parte.

[83] *"Artículo 9. Trámite judicial de lanzamiento*
9.1 Culminada la etapa notarial del procedimiento especial a que se refiere la presente ley, el interesado formula solicitud de lanzamiento dirigida al juez de paz letrado competente, con la autorización de letrado y el pago de la tasa judicial respectiva, para que sea trasladada por el
notario conjuntamente con la copia legalizada del expediente notarial.
9.2 Dentro del plazo de tres (3) días hábiles de recibidas la solicitud del interesado y las copias
legalizadas del expediente remitidas por el notario, el juez de paz letrado competente verifica
los requisitos de la solicitud y emite la resolución judicial en la que dispone el lanzamiento contra el arrendatario o contra quien se encuentre en el inmueble; así como, la orden de descerraje en caso de resistencia al cumplimiento del mandato judicial o de encontrarse cerrado el inmueble."

CAPÍTULO 2

EL DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA FRENTE A LOS MODELOS DE PROCESOS DE DESALOJO EN LATINOAMÉRICA

El objetivo del primer capítulo fue determinar el ámbito de aplicación del proceso de desalojo y, a nivel de doctrina, determinar cuáles deben ser sus características, para poder contrastarlo con el modelo de desalojo vigente en el Perú. La idea es saber cómo debe ser un proceso de desalojo, para poder concluir qué se debe modificar.

En el camino de determinar cómo debe ser un único proceso de desalojo, es objetivo del presente capítulo determinar qué otros derechos o principios constitucionales están involucrados en este objetivo. Así, una visión crítica del proceso nos lleva a preguntarnos, ¿existe otros derechos o valores constitucionales que han estado en conflicto, y que ha tenido que ceder paso al modelo vigente en el Perú?

En principio, se observa que en nuestro modelo los intereses protegidos principalmente son los de los propietarios o poseedores con derecho a restitución de un inmueble, por sobre los intereses de los arrendatarios. En este caso, el primer derecho que podemos ver postergado es el derecho a una vivienda adecuada -o digna-.

Será el derecho constitucional a una vivienda adecuada -o vivienda digna-, aquél que cobre un papel relevante en este capítulo, estableciéndose cuál es la relación entre este derecho, el de propiedad, la posesión y el proceso de

desalojo, y de las relaciones entre éstos, se verá a qué modelo o lógica responde el proceso de desalojo peruano.

Ello se advertirá también, gracias a la revisión de derecho comparado en otros procesos de desalojo. Ello nos permitirá analizar otras realidades jurídicas, económicas, políticas y sociales que pueden dotar al proceso de desalojo de otros fines o valores o principios, diferentes al modelo peruano.

En efecto, en camino a lograr un único modelo, creemos debemos remitirnos al derecho comparado, y tratar de obtener ejemplos y experiencias de modelos afines o no al nuestro, lo que nos debe ayudar a construir un proceso de desalojo expeditivo y que procure una solución entre todos los derechos o principios constitucionales involucrados.

2.1. El Derecho fundamental a una vivienda adecuada.

Como hemos sostenido en el capítulo anterior, existen varios mecanismos procesales a través de los cuales se busca la protección adecuada de los derechos de propiedad y de posesión.

Sólo uno de esos mecanismos, el desalojo, será motivo de estudio en el presente trabajo, con el objetivo de llegar a un proceso único de desalojo en el Perú.

Sin embargo, a nivel constitucional, no sólo se encuentran presentes derechos de naturaleza fundamental como el derecho de propiedad, sino de modo determinante el derecho fundamental a una vivienda adecuada o digna. En las siguientes líneas, desarrollaremos dicho derecho, el cual creemos debe ser ponderado frente al derecho de propiedad al momento de desarrollar un único proceso de desalojo.

En la medida que vayamos desarrollando los aspectos fundamentales de este derecho, veremos que el proceso de desalojo es tan solo un aspecto del

mismo, sin embargo, dicho derecho determina altamente la eficacia y orientación del proceso.

En otras palabras, la eficacia y vigencia del derecho a una vivienda digna o adecuada no depende esencialmente de cómo se regule cualquier proceso de desalojo, tanto como otros factores políticos y jurídicos que le dan contenido. Sin embargo, este derecho fundamental sí puede condicionar fuertemente la eficacia del proceso de desalojo.

Ello nos permitirá determinar cuál es la relación que existe entre el derecho de propiedad y el de acceso a una vivienda adecuada: ¿son complementarios o están en confrontación? Preliminarmente, podemos afirmar que el derecho de propiedad garantiza en determinadas circunstancias el derecho a una vivienda digna. Sin embargo, podemos advertir que ambos pueden entrar en colisión, por ejemplo, en los siguientes casos:

1. Si se aumentan las formalidades o requisitos para la resolución de un contrato de arrendamiento.
2. Si la ley protege más al arrendatario frente al arrendador - propietario.

2.1.1. Reconocimiento del derecho a una vivienda adecuada.

El derecho a una vivienda adecuada tiene actualmente un amplio reconocimiento en el derecho internacional. Sus orígenes se remontan a las primeras décadas del siglo XX. Así, en el artículo 123 de la Constitución mexicana de 1917 (Pisarello 2009: 2) se consideró de *"utilidad social"* la construcción de *"casas baratas e higiénicas"* para los trabajadores[84].

En el ámbito europeo, la Constitución de Weimar del año 1919, dedicó a la vivienda un artículo específico (Pisarello 2009: 2), el 155:

[84] *"Artículo 123.- El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo:*
(…)
XXX.- Así mismo serían consideradas de utilidad social, las sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas, destinadas a ser adquiridas en propiedad, por los trabajadores en plazos determinados."

> “Artículo 155.- El reparto y utilización del suelo serán vigilados por el Estado en forma que se impida el abuso y se tienda a proporcionar a todo alemán una morada sana y a todas las familias alemanas, especialmente a las de numerosa prole, una morada y un patrimonio económico que responda a sus necesidades. En la regulación que se establezca respecto a patrimonios familiares, se prestará especial consideración a los ex combatientes.
> 1. La propiedad territorial cuya adquisición sea indispensable para satisfacer necesidades de alojamiento, fomento de la colonización interior y las roturaciones o desarrollo de la agricultura, podrá ser expropiada. Se suprimirán los fideicomisos.
> El cultivo y explotación de la tierra es un deber de su propietario para con la comunidad. El incremento de valor del suelo que se obtenga sin emplear trabajo o capital en el mismo, quedará a beneficio de la comunidad.
> (…)”[85]

Nos hemos permitido glosar parte del artículo 155 de la Constitución de Weimar, debido a que en una misma disposición se consagra no sólo de un modo incipiente el derecho a la vivienda, sino que a la vez se establece contenido a la función social de la propiedad[86], lo que no es otra cosa que limitaciones específicas a este derecho en favor del bien común. Ello llamará la atención más adelante, pues es el derecho a la vivienda es un limitante a los derechos patrimoniales como la propiedad.

El derecho a una vivienda adecuada ha sido reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por el Decreto Ley Nº 22129, publicado el 29 de marzo de 1978. El instrumento de adhesión se depositó el 28 de abril de 1978. Vigente desde el 28 de julio de 1978.), también conocido como PIDESC.

Dicho pacto, que fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución N° 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, establece lo siguiente:

> “Artículo 11

[85] https://ezequielsingman.files.wordpress.com/2016/03/constitucion-de-weimar-alemania-19191.pdf
[86] Frases como *“El reparto y utilización del suelo serán vigilados por el Estado en forma que se impida el abuso”*, *“La propiedad territorial cuya adquisición sea indispensable para satisfacer necesidades de alojamiento (…), podrá ser expropiada”* o *“El cultivo y explotación de la tierra es un deber de su propietario para con la comunidad”*, son en nuestra opinión disposiciones explícitas sobre el deber social de la propiedad que, constituyen, limitaciones a su uso por parte de los propietarios.

> 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida 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."

Cabe agregar que el cumplimiento de dicho Pacto está encargado a un comité de expertos agrupados en el denominado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de las Naciones Unidas. El PIDESC establece que su implementación y vigencia, en los países que lo han ratificado, sea evaluada periódicamente. La evaluación de los informes presentada por los países parte está encargada, precisamente, al Comité DESC.

El derecho a una vivienda adecuada también está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (ratificada por el Perú a través de la Resolución Legislativa N° 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959):

> "Artículo 25.
> 1. Toda 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 la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."

En tal sentido, el derecho a una vivienda digna se constituye en uno de gran importancia, pues permite o aspira al desarrollo integral de las personas. Así, por ejemplo, al momento de comentar el artículo 47 de la Constitución española[87], Pacheco y Sales opinan:

> "Asimismo, el derecho reconocido por el art. 47 debe conectarse sistemáticamente con otros preceptos constitucionales fundamentales (v.gr., principio de igualdad del art. 14, derecho a la integridad física y moral del art. 15, derecho a la intimidad personal

[87] *"Artículo 47.- Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación".*

> y familiar del art. 18, derecho a la libertad de residencia del art. 19, o derecho a la educación del art. 27), lo que, tal como afirma Ponce Solé, puede tener importantes consecuencias en sede de control judicial, incluso en el específico ámbito de la tutela de derechos constitucionales por parte del Tribunal Constitucional." (Pacheco y Sales 2011: 360-361)

No en los mismos términos, pero que igualmente implica el reconocimiento del derecho a una vivienda adecuada, tenemos que éste también está reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo XI establece:

> "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad"

De la misma manera, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - "Protocolo de San Salvador" (aprobado por Resolución Legislativa Nº 26448, publicada el 7 de mayo de 1995. El instrumento de ratificación fue depositado el 4 de junio de 1995. Vigente desde el 16 de noviembre de 1999), en cuyo artículo 11 se establece:

> "Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos."

Es importante también mencionar a instrumentos internacionales específicos que reconocen el derecho a una vivienda adecuada a determinados sectores sociales. Así tenemos a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (aprobada mediante el Decreto Ley Nº 18969, publicado el 22 de setiembre de 1971. El instrumento de ratificación se depositó el 29 de setiembre de 1971. Vigente desde el 29 de octubre de 1971), documento que en su artículo 5 dispone:

> "(…) Los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color

> u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (…) el derecho a la vivienda (…).”

Así mismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada por Resolución Legislativa N° 23432 del 1 de junio de 1982. El instrumento de ratificación se depositó el 13 de setiembre de 1982. Vigente desde el 13 de octubre de 1982.), en su artículo 14 literal h), se indica:

> “(…) Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales (…), y en particular le asegurarán el derecho a: (…) h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones.”

En la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada mediante Resolución Legislativa Nº 25278, publicada el 4 de agosto de 1990. El instrumento de ratificación fue depositado el 4 de setiembre de 1990. Vigente desde el 4 de octubre de 1990), tenemos que en su artículo 27 se señala:

> “(…) Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho [el de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social] y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda (…)”

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada mediante Resolución Legislativa Nº 29127, publicada el 1 de noviembre de 2007 y ratificada por Decreto Supremo Nº 073-2007-RE, publicado el 31 de diciembre de 2007. Vigente desde el 3 de mayo de 2008), en su artículo 28 indica:

> “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las

> medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.
> 2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:
> (…)
> d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública."

También tenemos a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados que en su artículo 21 señala:

> "En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros."

Además, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ratificada por Decreto Supremo Nº 071-2005-RE, publicado el 13 setiembre de 2005. Por comunicado, publicado en las normas legales del diario oficial El Peruano el 13 de noviembre de 2005, se informó que la vigencia para el Perú sería desde el 1 de enero de 2006), en su artículo 43 se indica:

> "Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con:
> (…)
> d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres."

Finalmente, es importante mencionar que en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se impone a los Estados lo siguiente:

> "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura,

> contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados."

2.1.2. Contenido esencial:

En líneas generales, se puede decir sobre el derecho a una vivienda adecuada lo siguiente:

> "El reconocimiento del derecho a la vivienda como derecho constitucional está vinculado a su consideración como una necesidad básica imprescindible para vivir con dignidad y seguridad, a desarrollar libremente la propia personalidad y a participar, incluso, en los asuntos públicos. Su vulneración pone en entredicho la integridad física y mental de las personas, su vida privada y familiar, y su libertad de residencia. La ausencia de una vivienda digna afecta a la salud y al medio ambiente, tanto en términos individuales como colectivos, y menoscaba el derecho al trabajo, a la educación e incluso a la participación. No es extraño, por ello, que la garantía del derecho a la vivienda aparezca vinculada, cada vez más, a la del derecho más amplio a un entorno urbano inclusivo, sostenible y democráticamente gestionado o, si se prefiere, al derecho a la ciudad" (Pisarello 2009: 1).

En efecto, creemos que una de las principales características de este derecho es su fuerte conexión e interdependencia con otros muchos derechos fundamentales, tal como indica el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CDESC) en su Observación General N° 4:

> "7. En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, "la dignidad inherente a la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que

> figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: "el concepto de "vivienda adecuada"... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable"[88].

El CDESC proporciona una guía detallada a los Estados con respecto a sus obligaciones de respetar, proteger y realizar el derecho a una vivienda adecuada. Dicho contenido fue expuesto en la Observación General N° 4 del comité, en su Sexto período de sesiones del año 1991.

Según la observación en mención, tenemos siete contenidos relacionados con el derecho a una vivienda adecuada. Exponemos un resumen de cada aspecto, básicamente en lo que atañe a lo que se debe entender por *"adecuada"*, teniendo en cuenta que dicho concepto varía conforme a los factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos o de cualquier otra índole, de los lugares donde se implementa o reconoce:

> "a) Seguridad jurídica de la tenencia. (…). Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.
> Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.
> b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. (…). Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.
> c) Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para

[88] https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-4-derecho-una-vivienda-adecuada-parrafo-1-del-articulo-11-del-pacto

> garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso (…). De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres (…).
> d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes (…).
> e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda.
> f) Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales (…).
> g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda (…).”

Si bien todas las dimensiones son importantes y dotan de contenido complejo al derecho de la vivienda adecuada, no se puede dejar de mencionar que su realización va de la mano con la seguridad jurídica de la tenencia. Es decir, si las personas no tienen un mínimo de estabilidad en su tenencia, o garantías (procesales, por ejemplo) que permitan protegerla, no se pueden lograr los otros aspectos, ya que la vivienda adecuada o digna, va a permitir el desarrollo espacial o físico de carácter primario de las necesidades de las personas (Ortiz 2017: 39), mencionados en la observación previamente glosada, pero que abarcan casi todo aspecto de la vida y que se pueden resumir en lo siguiente (Ortiz 2017: 40):

1. Social familiar: La vivienda permite el desarrollo individual y colectivo de la persona humana.
2. Biológica: La vivienda otorga al ser humano protección biológica y fisiológica.
3. Personal: La vivienda permite preservar, desarrollar y proteger la intimidad de la persona.

4. Física: Entendido como edificación donde habita la persona individual o colectivamente.

Para garantizar ello, estamos ante una obligación de los Estados de adoptar medidas destinadas a dotar de seguridad a la tenencia y, además, la obligación de consultar *"verdaderamente"* a aquellas personas que carezcan de esa protección. Con ello, creemos que no sólo se está tan solo ante una obligación de escuchar o tener presente las necesidades o problemas de las personas afectadas o sin seguridad de la tenencia de su vivienda, sino inclusive a evaluarlas y emitir una respuesta a las mismas, sea denegándolas o aceptándolas y actuar específicamente en dicho sentido. En ambos aspectos, dentro de un Estado Constitucional, impone que el Estado motive debidamente tanto el rechazo como su amparo, teniendo en cuenta las circunstancias jurídicas, económicas y de toda índole, que sean necesarias para emitir un juicio o decisión justa.

En esa línea, creemos, se expresa el CDESC en el numeral 12 de su Observación General N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada:

> "12. Si bien los medios más apropiados para lograr la plena realización del derecho a la vivienda adecuada variarán inevitablemente de un Estado Parte a otro, el Pacto claramente requiere que cada Estado Parte tome todas las medidas que sean necesarias con ese fin. Esto requerirá casi invariablemente la adopción de una estrategia nacional de vivienda (…). Por razones de pertinencia y eficacia, así como para asegurar el respeto de los demás derechos humanos, tal estrategia deberá reflejar una consulta extensa con todas las personas afectadas y su participación, incluidas las personas que no tienen hogar, las que están alojadas inadecuadamente y sus representantes."[89]

Para una valoración efectiva y real de las consultas planteadas por las personas o grupos sociales es evidente que el Estado debe contar con equipos multidisciplinarios para su evaluación y respuesta motivada, así como con un eficaz procedimiento y coordinación entre las diversas entidades del

[89] https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-4-derecho-una-vivienda-adecuada-parrafo-1-del-articulo-11-del-pacto

Estado para poder permitir que la población formule las consultas necesarias y éstas puedan llegar a ser respondidas de modo eficaz:

> "12. (…) Además, deben adoptarse medidas para asegurar la coordinación entre los ministerios y las autoridades regionales y locales con objeto de conciliar las políticas conexas (economía, agricultura, medio ambiente, energía, etc.) con las obligaciones dimanantes del artículo 11 del Pacto."[90]

Otro aspecto importante del derecho a una vivienda adecuada es que forma parte del *"núcleo básico de necesidades relevantes de la persona"*[91]:

> "(…) la pretensión de una vivienda adecuada, en realidad, encierra un derecho compuesto, cuya vulneración acarrea la de otros derechos e intereses fundamentales. Su violación hace peligrar el derecho al trabajo, que se toma difícil de sacar, asegurar y mantener. Amenaza el derecho a la integridad física y mental, que se encuentra en permanente jaque cuando se vive bajo la presión de un alquiler que no se puede pagar. Dificulta el derecho a la educación, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad, impracticable en cobijos abarrotados, carentes de las condiciones mínimas de habitabilidad. Menoscaba el derecho a elegir residencia, a la privacidad y a la vida familiar, y condiciona incluso los derechos de participación política" (PISARELLO, Gerardo: Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible, Icaria-Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Barcelona, 2003, p. 25)."[92]

Conforme a lo expuesto, es indudable que dicho derecho tiene una vinculación con el derecho a la dignidad de las personas, reconocido en nuestra Constitución. En este sentido, dice el Tribunal Constitucional peruano:

> "64. (…) Así, el derecho fundamental a la vivienda adecuada encuentra vinculación con la definición de la dignidad humana realizada por este Tribunal, cuando ha sostenido que "bajo este principio, el Estado no solo actuará con respeto de la autonomía del individuo y de los derechos fundamentales como límites para su intervención - obligaciones de no hacer-, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida - obligaciones de hacer-. El Tribunal

[90] https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-4-derecho-una-vivienda-adecuada-parrafo-1-del-articulo-11-del-pacto
[91] STC 0007-2012-AI, fj 64
[92] STC 0007-2012-AI, fj 64

> Constitucional ya ha señalado anteriormente que no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real, lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas" (STC 2945-2003-PAJTC, FF.JJ. 20-21)[93]

En relación a los otros derechos con los que se conecta el derecho a una vivienda adecuada en el sistema jurídico español, Pisarello indica:

> "La CE [Constitución española] sitúa el derecho a una vivienda digna y adecuada entre los "Principios rectores de la política económica y social" contenidos en el Capítulo III del Título I, que a su vez lleva como rúbrica "De los derechos y deberes fundamentales". El contenido del derecho aparece ligado al principio del Estado social (art. 1.1 CE), pero también al principio de dignidad de la persona y a su libre desarrollo (art. 10.1 CE). El derecho a la vivienda también puede conectarse con los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la intimidad (art. 18 CE) o a la libertad de residencia (art. 19 CE). Y si se observan fenómenos como la segregación y la discriminación espacial, las relaciones entre el derecho a la vivienda, el principio de igualdad formal (art. 14 CE) y material (9.2 CE), el derecho a la salud (art. 45 CE) o a la educación (art. 27 CE) también parecen evidentes" (Pisarello 2009: 4-5)

Es en el sistema jurídico español donde hemos encontrado un especial desarrollo del derecho a una vivienda adecuada, por lo que hemos analizado dicho modelo, como se verá más adelante.

Adicionalmente, creemos es importante relevar que el derecho a una vivienda adecuada es mencionado expresamente en los tratados internacionales de derechos humanos que reconocen derechos a la mujer, al niño, a las personas con discapacidades, a las comunidades de pueblos originarios y a los migrantes, por lo que el reconocimiento y protección de este derecho debe tener mayor importancia ante los mencionados sectores poblacionales. En todos esos sectores, además, cobra especial importancia la dimensión del derecho relativo a la seguridad de la tenencia. En efecto, al tratarse de minorías o grupos vulnerables, la seguridad de una vivienda adecuada a cargo de los Estados Partes debe estar especialmente reforzada no sólo en una protección legal y con organismos con competencias específicas para ello,

[93] STC 0007-2012-AI, fj 64

sino en la posibilidad que dichos grupos sean escuchados, pero no sólo ello, sino que esas necesidades o problemas sean valorados y tenidos en cuenta efectivamente por los Estados, en los términos que antes hemos referido.

Adicionalmente, dado que el derecho a la vivienda es un derecho social, ello implica que no sólo es un conjunto de derechos de las personas, sino que impone a los estados tanto obligaciones positivas (programas de viviendas o fomento al acceso al alquiler de éstas), de abstención (prohibición de desalojos arbitrarios), o de protección (como la prevención de abusos por parte de propietarios, agencias inmobiliarias o bancos) (Pisarello 2009: 3).

Las obligaciones de los estados no pueden considerarse como que están sujetas a su exclusivo albedrío:

> "Este principio, en todo caso, no autorizaría a los poderes públicos a postergar sine die su concreción ni les otorgaría un margen absoluto de discrecionalidad en su actuación. Por el contrario, los poderes públicos deberían demostrar, en caso de ser requeridos, a) que están realizando el máximo de esfuerzos (legislativos, administrativos), b) hasta el máximo de recursos disponibles (humanos, de información, financieros), c) para satisfacer al menos el contenido mínimo del derecho, d) dando prioridad a los casos más urgentes y a los colectivos en mayor situación de vulnerabilidad" (Pisarello 2009: 3).

Ahora bien, en lo que al presente trabajo respecta, se ha podido observar que dentro del contenido esencial del derecho a una vivienda adecuada se encuentra lo referido a una protección adecuada contra el desalojo o desahucio.

Sobre este tema, la Observación General 7, del CDESC (16º período de sesiones, 1997), expone las características de los desalojos forzosos, como incompatibles con el aspecto del derecho a una vivienda adecuada relacionado a la seguridad de la tenencia y, por tanto, son una violación grave de los derechos humanos[94].

[94] https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adecuada

Sobre la expresión *"desalojos forzosos"* en la observación general se explica:

> "3. (…) el término "desalojos forzosos" se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos."

En este caso, el término *"desalojo"*, dentro del contexto del derecho a una vivienda adecuada sería un término mucho más amplio a la circunstancia del desalojo de unos poseedores en el marco de un contrato de cesión de posesión. En términos de los instrumentos internacionales que hemos expuesto en este capítulo, dicho concepto se entiende del siguiente modo:

> "Los desalojos forzosos se llevan a cabo en diversas circunstancias y por distintos motivos; por ejemplo, para hacer lugar a proyectos de desarrollo y de infraestructura, para la rehabilitación urbana o el embellecimiento de la ciudad, con motivo de eventos internacionales prestigiosos, o como resultado de conflictos sobre los derechos a la tierra, de conflictos armados o de hábitos discriminatorios en la sociedad. Los desalojos forzosos suelen ser violentos y afectan desproporcionadamente a los pobres, que a menudo sufren violaciones de otros derechos humanos como resultado del desalojo. En muchos casos, los desalojos forzosos agravan el problema que aparentaban procurar resolver" (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos / ONU HABITAT: 5).

En dicha línea, obviamente no es un caso de desalojo forzoso toda aquella circunstancia o supuesto expresamente permitido por la ley:

> "14. (…) A este respecto, cabe recordar en particular la Observación general Nº 16 del Comité de Derechos Humanos relativa al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que la injerencia en el domicilio de una persona sólo puede tener lugar "en los casos previstos por la ley"."

Sin embargo, el *"desalojo forzoso"* no implica necesariamente un desalojo masivo de personas, y puede estar vinculado al desalojo de una familia o cualquier tipo de poseedores de un inmueble en el marco de un contrato de

arrendamiento, por ejemplo, es decir, incumbe también a los procesos de desalojo iniciados por particulares al finalizar o incumplir un contrato de arrendamiento.

> "La expresión "desalojo forzoso" cobra aquí un sentido técnico-jurídico y se refiere precisamente a los desalojos que no cumplen con los requisitos del Pacto y del Derecho internacional aplicable. Este término no se limita, por tanto, a los desalojos a gran escala de comunidades enteras y se aplica también a los supuestos de ocupación sin título" (Benito 2019: 592)

Para mayor detalle, el numeral 11 de la Observación General N° 7 del CDESC indica:

> "11. Aunque algunos desalojos pueden ser justificables, por ejemplo, en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados."[95]

Todo proceso de desalojo debe tener un conjunto mínimo de garantías para su validez:

> "13. Antes de que se lleve a cabo cualquier desalojo forzoso, en particular los que afectan a grandes grupos de personas, los Estados Partes deberían velar por que se estudien en consulta con los interesados todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza. Deberían establecerse recursos o procedimientos legales para los afectados por las órdenes de desalojo. Los Estados Partes deberán velar también porque todas las personas afectadas tengan derecho a la debida indemnización por los bienes personales o raíces de que pudieran ser privadas. A este respecto conviene recordar el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que exige a los Estados Partes que garanticen "un recurso efectivo" a las personas cuyos derechos hayan sido violados y que "las autoridades pertinentes" cumplan "toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."[96]

El numeral 15 es aún más específico en las características mínimas de garantías que debe tener un proceso de desalojo:

[95] https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adecuada
[96] https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adecuada

> “15. (…) El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.”[97]

Consideramos que otra de las características esenciales que debe tener un proceso de desalojo es que se trate de un proceso ágil y rápido, ello por la necesidad de una determinación judicial veloz en vista de la afectación de los procesos constitucionales en juego. De este modo, la demora en la indeterminación judicial de quien detenta la titularidad de la posesión y, en este sentido, debe mantener –o recuperar- la posesión del bien, debe ser rápido, en las medidas de las posibilidades de cada Estado. Evitar que los poseedores sufran psicológicamente si van a perder la posesión de su vivienda o, en su caso, el propietario que eventualmente necesita de su vivienda para también poder subsistir.

En efecto, como hemos precisado en el capítulo anterior el desalojo es un proceso que busca la restitución de la posesión de un bien, como consecuencia de la celebración de una cesión de posesión de –generalmente- el propietario a un poseedor. Sin embargo, el contrato de arrendamiento, por ejemplo, se da en un contexto social de necesidad de vivienda de una de las partes, lo que convierte al contrato de arrendamiento en uno de los más comunes e importantes de la sociedad y, donde necesariamente se encuentra involucrado el derecho a una vivienda adecuada.

[97] https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adecuada

Inclusive, en caso el desalojo pueda estar justificado o amparado debido a que el locatario no cumple con el pago del alquiler o daña el inmueble sin causa razonable, el Estado *"debe asegurar que el desalojo se realice de manera lícita, razonable y proporcionada, y de conformidad con el derecho internacional"* (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos / ONU HABITAT: 5):

> "En este sentido, las personas desalojadas deben tener acceso a reparaciones y recursos jurídicos efectivos, incluida una indemnización adecuada por el patrimonio real o personal afectado por el desalojo. Los desalojos no deben tener como resultado dejar sin hogar a las personas o exponerlas a otras violaciones de los derechos humanos" (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos / ONU HABITAT: 5).

Este punto es extremadamente importante, pues dada la importancia del derecho a la vivienda adecuada, se debe evitar que las personas a ser lanzadas o desalojadas, por más que lo sean con una justa razón y en respeto de las garantías mínimas exigidas a un proceso de desalojo, se debe evitar que se queden sin hogar:

> "16. Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda."[98]

La reubicación de las personas queda a cargo del Estado, pero igualmente hay una responsabilidad de las autoridades judiciales al momento de revisar o pronunciarse sobre las decisiones de desalojo o lanzamiento al final de un proceso de desalojo

Otro componente esencial de este derecho es la obligación que se impone a los Estados en implementarlo y garantizarlo. Así, en 1976, en la Declaración de Vancouver, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los

[98] https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adecuada

Asentamientos Humanos, los Estados parte declararon que (Pacheco y Sales 2011: 369 - 370):

> “Disponer de una vivienda y de servicios suficientes es un derecho fundamental del hombre y los gobiernos tienen la obligación de procurar que todos sus residentes puedan ejercer este derecho, empezando por ayudar a las capas más desfavorecidas de la población instituyendo programas que alienten la iniciativa personal y la acción colectiva. Es necesario que los gobiernos se esfuercen por eliminar todos los obstáculos que retrasan el alcance de sus objetivos. Tiene que darse una atención especial a la eliminación de la segregación social y racial por medio, entre otros, de la creación de comunidades mejor equipadas, mezclando los grupos sociales, profesiones, viviendas y equipamientos diferentes.”

De este modo, en todo el marco expuesto respecto de los desalojos forzosos, las obligaciones impuestas a los Estados Partes, según los criterios del Cé CDESC son muy concretas y garantizan no sólo un debido proceso y una tutela judicial para los propietarios o demandantes, sino a los inquilinos, poseedores o demandados:

> “Las autoridades competentes deben garantizar la observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como el respeto de las garantías procesales, que deben incluir una auténtica oportunidad de consulta genuina y efectiva con los afectados. Puesto que no existe derecho sin recurso efectivo, el Comité apunta que los Estados deben garantizar que las personas cuyo derecho a la vivienda pudiera resultar afectado disponen de un recurso judicial efectivo y apropiado.
> Por tanto, para poder proceder a un desahucio por impago de alquiler sin que este sea considerado un desalojo forzoso, deben concurrir los siguientes requisitos: la medida debe estar prevista por ley, debe realizarse como último recurso, las personas afectadas deben tener acceso a un recurso judicial efectivo en el que se dirima si la medida está debidamente justificada, debe existir una consulta genuina y efectiva con los afectados, no deben existir medios alternativos o medidas menos gravosas y las personas afectadas no deben quedar en una situación que constituya una violación de derechos humanos o que los exponga a ello” (Benito 2019: 598)

Como veremos más adelante, la obligación impuesta a cada estado para la realización del derecho a una vivienda adecuada puede implementarse de muy diversas maneras, ello no es uniforme, pues existen innumerables soluciones, mecanismos y posibilidades.

Otro detalle que queremos resaltar es que todas esas soluciones, mecanismos y posibilidades inciden en la forma de concebir o plasmar el proceso de desalojo. Cada país al adoptar una medida para desarrollar el derecho a una vivienda adecuada puede afectar la forma de ver, asumir o concebir el proceso de desalojo.

Con todo lo dicho analizaremos seguidamente cómo la relación entre el derecho de la propiedad y el derecho a la vivienda adecuada afecta no sólo el modo en que concebimos cada uno de dichos procesos, sino especialmente en el proceso de desalojo

2.1.3. El derecho a una vivienda adecuada o digna y el derecho de propiedad

Un especial interés en el presente trabajo lo es la relación que existe entre el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda adecuada, y es que ambos derechos, evidentemente, no son lo mismo. Si bien la propiedad está reconocida, como derecho, de modo independiente en varios instrumentos internacionales de derechos humanos e, inclusive, tiene un propio reconocimiento en la Constitución del Perú, ello no nos puede llevar a la conclusión que ambos están separados sino, por el contrario, desde las primeras concepciones del derecho a una vivienda adecuada, ambos están muy relacionados, es más, éste derecho se constituye sobre la base del reconocimiento de la función social del derecho de propiedad y, a la vez, se erige en un límite de éste.

En todo caso, debe quedar claro que el derecho a una vivienda adecuada no comprende el derecho a tener una propiedad. Precisamente, el derecho a una vivienda adecuada cubre un ámbito diferente que el derecho a la propiedad, pues contempla derechos no vinculados con ésta y tiene como fin asegurar que todas las personas, incluidas las que no son propietarias, tengan un lugar seguro para vivir en paz y dignidad. La seguridad de la tenencia (posesión), que, creemos, es la piedra angular del derecho a una vivienda adecuada, puede adoptar diversas formas, entre ellas las viviendas cooperativas, los

arrendamientos, la ocupación por los propietarios, el alojamiento de emergencia y los asentamientos improvisados (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos / ONU HABITAT: 8).

Así pues, el derecho a una vivienda adecuada no está vinculado a la existencia de un título para su realización o protección, como sí lo está el derecho de propiedad.

Se podrían establecer algunas diferencias entre ambos derechos:

1. Constitucionalmente, el derecho a la propiedad lo detentan todos aquellos que tienen titularidad sobre un bien, en el sentido más amplio del término, por lo que forma parte de su patrimonio jurídico. En tanto, el derecho a una vivienda adecuada tiene un universo subjetivo distinto, pues contempla el derecho a una vivienda para todo ser humano, por el hecho mismo de serlo.
2. El derecho a la propiedad se relaciona, de manera plena, sobre bienes materiales o inmateriales, muebles o inmuebles. El derecho a la vivienda adecuada se relaciona sobre un bien material: la vivienda, aunque no ello solamente, sino con determinadas características vinculadas a la dignidad de la persona.

En este sentido, ambos derechos tienen objetos diferentes, más es inevitable que en la realidad no sólo tengan puntos en común e inclusive sean compatibles, sino que en otros aspectos pueden entrar en colisión:

> “Dada la amplia protección que brinda el derecho a una vivienda adecuada, prestar atención sólo al derecho a la propiedad podría en realidad conducir a la violación del derecho a una vivienda adecuada, por ejemplo mediante el desalojo forzoso de habitantes de tugurios situados en terrenos privados. Por otro lado, la protección del derecho a la propiedad podría ser fundamental para asegurar que ciertos grupos puedan disfrutar de su derecho a una vivienda adecuada. Por ejemplo, el reconocimiento de la igualdad de derechos de los cónyuges a los bienes del hogar es con frecuencia un factor importante para asegurar que las mujeres tengan un acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada” (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos / ONU HABITAT: 8-9).

Del mismo modo, el acceso a cada uno de dichos derechos es diferente. Como se sabe, el acceso a la vivienda se puede dar en circunstancias tales como propietario (compra, herencia, prescripción, por ejemplo), como poseedor (arrendamiento, comodato, habitación, por ejemplo), lo que hace ver que existe un sector importante de la población que, al no tener los recursos necesarios para la adquisición de una propiedad, ve en esta última modalidad el mecanismo para acceso a una vivienda adecuada. Además, sea propietario o poseedor, puede realizar dicho derecho a través de la construcción o mejora del espacio habitado.

En este plano, el derecho de propiedad implica un modo de acceso a la vivienda adecuada, por lo que la priorización de la protección del derecho de la propiedad no es la única forma de protección a la vivienda adecuada, sino que debe existir un modelo que pueda facilitar la protección a ambos. En realidad, como vemos, el conflicto entre arrendadores o propietarios y arrendatarios en los casos de desalojos, es tan solo un aspecto de todo el panorama del derecho a una vivienda adecuada como límite del derecho a la propiedad, conflicto de principios y derecho constitucionales que se deben ver caso por caso.

Sin embargo, merece especial atención que, como hemos establecido al inicio del presente capítulo, una de las características del proceso de desalojo es que aparece concebido para proteger la propiedad, lo que implica –al menos teóricamente- que se han postergado –luego de una actividad de ponderación del legislador, y tal vez sin ser consciente de ello- otros derecho o valores constitucionales. Tentábamos al inicio de este capítulo, que el derecho a la vivienda adecuada podía ser ese otro derecho o valor que se encontraba al otro lado de esa ponderación, sin embargo, ahora tenemos la certeza que en los casos de los procesos de desalojo sí hay un ejercicio de ponderación entre el derecho de propiedad y el derecho a una vivienda adecuada, ambos derechos íntimamente vinculados, como ya se ha visto.

Tal vez ello se puede ver claramente en el proceso de desalojo, pero también se pueden ver en otros aspectos en donde el derecho a la vivienda adecuada, al ser un derecho social, actúa como límite de los derechos patrimoniales:

> "Como ocurre con el resto de derechos sociales, la garantía del derecho a la vivienda aparece vinculada también a la existencia de límites y vínculos a los derechos patrimoniales. Estos límites se expresan en numerosos preceptos que se reparten en el Título I y en el Título VII, referido a Economía y Hacienda. Estas normas comprenden la previsión de la función social del derecho de propiedad (artículo 33); la posibilidad de someter la libertad de empresa a las exigencias de la planificación (artículo 38), de reservar al sector público recursos o servicios esenciales (artículo 128.2) y de planificar la actividad económica general para atender necesidades colectivas (artículo 131.1), y la subordinación, en definitiva, de todas las formas de riqueza al interés general (artículo 128 CE)" (Pisarello 2013: 140).

Además, sería la denominada función social del derecho de propiedad, parte de su contenido esencial, la que no sólo actúa como límite de aquél, sino la generalización del derecho a la vivienda (Pisarello 2013: 140).

De este modo, múltiples aspectos del derecho a la vivienda adecuada podrían ser ejercidos judicialmente de forma personal y limitar el libre ejercicio de derecho de propiedad, no sólo para evitar los *"desalojos arbitrarios, practicados sin el respeto al debido proceso (…) o en los casos de abusos contra arrendatarios en situación de vulnerabilidad por parte de propietarios, inmobiliarias o entidades financieras"* (Pisarello 2013: 141).

Ello se condice con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual ha venido desarrollando específicos alcances del derecho a una vivienda adecuada y su relación con otros derechos relacionados con la igualdad, la no discriminación y la dignidad. Por ello, se tienen decisiones del Tribunal que cuestionan desalojos en gran escala y realojamientos forzosos, protegiendo a arrendatarios de vivienda frente a los abusos de los propietarios (Pisarello 2013: 143).

Se hace referencia al caso James y otros c. Reino Unido, del año 1986, en el cual el TEDH sostuvo que *"las sociedades modernas consideran que la vivienda es una necesidad social de primer orden, cuya regulación no puede dejarse librada por completo a las fuerzas del mercado"* (Pisarello 2013: 144).

Inclusive se acepta que la legislación de cada país pueda regular las relaciones entre privado, concediendo al Estado *"un margen de apreciación lo suficientemente amplio como para dar cobertura a legislación dirigida a asegurar una mayor justicia social en la esfera de la vivienda, incluso cuando dicha legislación interfiera con relaciones contractuales entre particulares"* (Pisarello 2013: 144).

Esto antecedentes nos llevan a repensar las relaciones entre el derecho a una vivienda adecuada y la propiedad, más aún en contextos de crisis sanitaria como el actual, generado por el SARS-CoV-2, virus causante del COVID-19[99]. En efecto, si bien en materia de alquileres el gobierno ha manifestado que está evaluando la situación, se sabe del impedimento de intervenir en las relaciones privadas[100]. No debería escapar que la crisis económica que se desencadene no podrá mantener al margen al gobierno por la probable cantidad de desalojos que se iniciarán ante el Poder Judicial, ante alquileres impagos. Para empezar, hay un impedimento explícito en el artículo 62 de la Constitución[101].

¿Se podrá estar al margen de ello y dejar que dichos contratos se regulen tan solo por las fuerzas del mercado? No muy lejos puede revisarse como antecedente el contexto de la crisis financiera que se inició en España durante los años 2008 y 2009[102].

[99] https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019
[100] https://rpp.pe/economia/economia/que-pasara-con-el-pago-de-alquiler-de-las-viviendas-esto-respondio-el-mef-noticia-1258513
[101] "*Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*"
[102] https://www.rtve.es/noticias/20120605/crisis-espana-cronologia-desde-2008/533400.shtml

2.1.4. El derecho a una vivienda adecuada en algunos modelos comparados y los modelos de procesos de desalojo.

2.1.4.1. Desarrollo del derecho a una vivienda adecuada.

Como hemos visto, el derecho a una vivienda adecuada tiene varios elementos dentro de su contenido esencial, además de otros derechos fundamentales relacionados, no sólo el de propiedad sino, además, trabajo, salud, seguridad social, privacidad (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos / ONU HABITAT: 10).

Dentro del contenido esencial del derecho a una vivienda adecuada encontramos el elemento de la *"tenencia"* (o posesión) con el cual se garantiza tener o poseer un lugar para poder vivir. Sin embargo, este sólo elemento no basta, pues la *"tenencia"* debe estar acompañada de condiciones de dignidad (accesibilidad a servicios, por ejemplo) y estabilidad para, precisamente, poder desarrollar los otros derechos mencionados.

Otro aspecto relevante, para nuestros efectos, es la protección contra el *"desalojo forzoso"* y el respeto de ciertas condiciones mínimas que debe tener todo proceso de desalojo que ya enumeramos anteriormente. Sin embargo, deben quedar en claro algunos aspectos:

1. El concepto del *"desalojo forzoso"* es mucho más amplio dentro del contexto del derecho a una vivienda adecuada que el de *"desalojo"*, entendido como el mecanismo procesal para lograr la restitución de la posesión de un bien (como en un contrato de arrendamiento), y que hemos descrito en el capítulo anterior.

   En cambio, el *"desalojo forzoso"* abarca supuestos de todo acto de despojo o restitución en el que media principalmente la fuerza y la falta de un procedimiento previo de notificación, asesoría o reubicación.
2. El *"desalojo"* es pues, tan solo un aspecto del derecho a una vivienda adecuada, y éste le impone un mínimo de características (defensa, debida notificación, información o consulta) que le confieren legalidad para poder ser ejecutado. En este sentido, y creemos que es de

particular importancia en el presente capítulo, si bien ese mínimo de características que hemos aludido pueden entenderse como obvias, vienen imponiendo un parámetro a todo proceso de desalojo, que va más allá de la naturaleza civil o patrimonial del, por ejemplo, contrato de arrendamiento.

3. En este sentido, el derecho a una vivienda adecuada amplia el espectro dentro del cual se inserta el proceso de desalojo, pues impone obligaciones a los particulares que no necesariamente han sido establecidas en las normas civiles, y principalmente a cargo de los arrendadores como, por ejemplo, pedir una renta en consonancia con el bien que se alquila, transparencia en relación a la accesibilidad de los servicios básicos, certeza en términos contractuales como el pago, plazo y bien que se alquila.

   Pero no solo obligaciones al particular, sino obligaciones al Estado y ello en varios aspectos:

   - De naturaleza procesal: es la obligación tradicional de garantizar un proceso de desalojo acorde con las normas del debido proceso y la tutela judicial.
   - De naturaleza –se puede decir- social: es la obligación de proteger a poblaciones especialmente vulnerables (mujeres, niños, discapacitados y migrantes) y, además, engloba a todas las otras obligaciones que contienen los instrumentos internacionales descritos.
   - De naturaleza política: estamos hablando de la implementación de políticas públicas como construcción de viviendas sociales, facilidades al acceso de créditos para compra, alquiler y construcción para determinados seciores sociales.

4. El proceso de desalojo –no *"desalojo forzoso"*- se encuentra ahora dentro de todos estos aspectos que pueden modificar su naturaleza.

Sin embargo, a pesar de su profuso reconocimiento legal, constitucional e internacional, el derecho a una vivienda adecuada no ha alcanzado un nivel deseado de desarrollo a nivel mundial, inclusive, es un problema en muchos países desarrollados. Esta problemática es expuesta por el CDESC en su

"Observación general Nº 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)":

> "2. A pesar de que la comunidad internacional ha reafirmado con frecuencia la importancia del pleno respeto del derecho a una vivienda adecuada, sigue existiendo un abismo preocupante entre las normas fijadas en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto y la situación reinante en muchas regiones del mundo. Aunque esos problemas suelen ser especialmente graves en algunos países en desarrollo que enfrentan limitaciones graves de recursos y de otra índole, el Comité observa que existen también considerables problemas de falta de vivienda y de viviendas inadecuadas en algunas de las sociedades más desarrolladas económicamente. Las Naciones Unidas calculan que hay más de 100 millones de personas sin hogar y más de 1.000 millones alojadas en viviendas inadecuadas en todo el mundo. No existe indicación de que estén disminuyendo esas cifras. Parece evidente que ningún Estado Parte está libre de problemas importantes de una clase u otra en relación con el derecho a la vivienda."[103]

Seguidamente, veremos esta problemática en nuestro país.

2.1.4.1.1 En el Perú.

2.1.4.1.1.1 Situación de la vivienda en el Perú.

A fin de evaluar la situación de la vivienda en el Perú, pueden tomarse dos criterios: (i) el perfil habitacional de viviendas, que proporciona la información sobre las características de las viviendas disponibles, es decir, su nivel de formalidad, su acceso a servicios públicos y su estructura; y (ii) el déficit de viviendas, que se puede medir bajo dos criterios, el primero sería uno cuantitativo y el otro cualitativo. Este último criterio es el más utilizado al momento de revisar documentos que reportaban la situación de la vivienda en el país, este factor se puede definir como:

> "(…) la carencia del conjunto de requerimientos que tiene la población para contar con una vivienda digna. Estos requerimientos pueden ser la estructura material o espacial adecuada, así como

[103] https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-4-derecho-una-vivienda-adecuada-parrafo-1-del-articulo-11-del-pacto

también viviendas que no tengan acceso a los servicios básicos, definiéndose así los dos componentes más importantes del déficit habitacional: el componente cuantitativo y el componente cualitativo.
Componente cuantitativo: Considera la carencia de viviendas aptas para cubrir las necesidades habitacionales de los hogares que no poseen viviendas, de tal manera que cada vivienda pueda albergar en su interior a un solo hogar[104].
Componente cualitativo: Considera las deficiencias en la calidad de la vivienda ya sea materialidad (paredes y pisos), espacio habitable (hacinamiento) y servicios básicos (agua potable, desagüe y electricidad). Este cálculo busca determinar (identificar) aquellas viviendas que requieren ser mejoradas en cuanto a su infraestructura en los aspectos mencionados[105]" (INEI 2018: 182).

La razón de tomar ambos criterios es que el derecho a una vivienda es no sólo un derecho a cualquier vivienda, no es sólo el acceso a un techo o lugar donde poder dormir, sino que, como vimos antes, supone que la vivienda sea adecuada en términos de acceso a servicios de agua potable, saneamiento, energía, a seguridad de la tenencia, etc.

Para el año 2000, se estima que el déficit habitacional ascendía a 1 millón 233 mil viviendas, correspondiendo a viviendas faltantes 326 mil (26%), bajo el supuesto de una vivienda por cada hogar (déficit cuantitativo), es decir, viviendas que necesitarían ser construidas; mientras que 907 mil (74%) viviendas corresponden a viviendas existentes pero inadecuadas por características físicas y de hacinamiento, es decir, son las viviendas que necesitarían ser sustituidas, ampliadas, remodeladas o rehabilitadas (Quispe, Arias y Maquet 2005: 27).

[104] Según el INEI, son hogares con déficit cuantitativo de vivienda, aquellos que presentan déficit tradicional (hogares secundarios), asimismo los hogares que habitan en viviendas no adecuadas; es decir hogares que habitan en viviendas improvisadas, locales no destinados para habitación humana u otro tipo de vivienda (cueva, vehículo abandonado u otro refugio natural); y además los hogares que habitan en viviendas improvisadas cuya condición de ocupación de la vivienda es alquilada, cedida por otro hogar, cedida por el centro de trabajo, cedida por otra institución u otro tipo ocupación como la anticresis (INEI 2018: 181)

[105] Según el INEI, son hogares con déficit cualitativo de vivienda, aquellos que presentan material irrecuperable, se encuentran en estado de hacinamiento, o tienen servicios básicos deficitarios. Se considera que la vivienda es de material irrecuperable, si tiene las paredes del tipo irrecuperable, sin tomar en cuenta si el piso es aceptable o recuperable (según el área de residencia la vivienda tiene materiales irrecuperables en el área urbana si las paredes son de estera, piedra con barro u otro material precario; y en el área rural si las paredes son de estera u otro material precario, incluyendo en la evaluación a las viviendas de tipo choza o cabaña). Se consideran como vivienda hacinada, si en la vivienda existen más de 3 personas por habitación (únicamente se considera a los hogares principales). Se considera vivienda con servicios básicos deficitarios si no tienen agua, luz ni desagüe. Además, la vivienda no tiene agua, en el área urbana, si no tiene red pública dentro de la vivienda, y en el área rural, si se abastece de agua de camión-cisterna u otro similar, río, acequia o manantial u otro tipo. Asimismo, la vivienda no tiene luz, si no tiene energía eléctrica mediante red pública. Finalmente, la vivienda no tiene baño o servicio higiénico, en el área urbana, si no tiene red pública de desagüe dentro de la vivienda ni letrina; o en el área rural, si no tiene red pública de desagüe dentro de la vivienda, ni fuera de la vivienda, ni letrina.

En el año 2003, dicho déficit no parece haber mejorado. Del 3 al 5 de marzo del ese año, el señor Miloon Kothari, Relator especial de la Organización de las Naciones Unidas para la vivienda estuvo en misión en el Perú, y se pudo constatar que el déficit estimado de vivienda en el país era grave, resultando en 1,2 millones de unidades (CIDAP 2010: 3).

Otra de las constataciones de la misión fue que, si bien el estado realizaba esfuerzos para resolver el problema de la vivienda, éstos resultaban insuficientes. Por ejemplo, los programas de vivienda que se impulsaban no favorecían a la población más empobrecida, que comprendía el 25% del total poblacional, y cuya situación precaria impedía el acceso a préstamos, por lo que se recomendó que el Perú reestructurara su enfoque en relación a las políticas de vivienda y acceso a la tierra para priorizar instrumentos y programas de apoyo a los esfuerzos e iniciativas de la población (CIDAP 2010: 3).

Para el año 2005, se podía identificar el siguiente perfil de vivienda o perfil habitacional:

> "Tipo de vivienda: casa independiente 87,3%. Área de ubicación: proporción de 2 a 1 a favor del ámbito urbano, 17,9% en pueblos jóvenes. Régimen de tenencia: mayoritariamente propietarios 87,3%. Número de habitaciones: 45,0% del total de viviendas cuenta con 2 o menos habitaciones. Materiales: en paredes exteriores: 41,5% en ladrillo o bloque de cemento, 41,2% adobe o tapia; en techos: 34,0% de calamina o fibra de cemento, 29,3% en concreto armado; en pisos: 45,5% de tierra, 37,2% de cemento. Servicios domiciliarios: Abastecimiento de agua mediante red pública dentro de la vivienda, 60,8%; servicios higiénicos con red pública dentro de la vivienda, 45,1%; alumbrado eléctrico, 69,6%" (Quispe, Arias y Maquet 2005: 24).

En un informe presentado el año 2010, el Centro de Investigación, Documentación y Asesoría Poblacional – CIDAP señaló que a pesar de la existencia de tendencias positivas globales[106] el déficit de vivienda era alto: 1

[106] Se menciona a los fenómenos denominados de la urbanización, democratización, descentralización y globalización (CIDAP 2010:4).

millón 860 mil 692 viviendas (CIDAP 2010: 4). Dicho informe no especificaba si se trataba de un déficit cuantitativo o cualitativo.

En todo caso, queda claro que dicho déficit no ha podido ser cubierto por el Estado ni por la actividad privada, pues el referido informe sostiene que sería necesaria la construcción de por lo menos 140 mil viviendas formales anualmente, de donde el 60% se concentra en los sectores más pobres de la población, y para satisfacerla las viviendas deberían ofrecerse a menos de 20 mil dólares (CIDAP 2010: 4).

Ante ello, la solución en los centros urbanos ha sido la *"autoconstrucción del hábitat"*, resultando en 100 mil viviendas informales que se construyen o mejoran anualmente, viviendas que no necesariamente cuentan con los servicios básicos, como agua, desagüe y luz, o que incluso se encuentran en zonas industriales con altos niveles de contaminación (CIDAP 2010: 4).

Conforme al diagnóstico del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento contenido en su Plan Estratégico Sectorial Multianual 2008-2015, se tenía un déficit cuantitativo de 389 mil 745 viviendas. Mientras había un déficit cualitativo 1 millón 470 mil 947 viviendas (CEPAL 2011: 82).

Dicho diagnóstico, resumía sus hallazgos y la problemática de la vivienda de la siguiente manera (CEPAL 2011: 82):

- Déficit habitacional de 1'860,692 viviendas (1'470,947 cualitativo y 389,745 cuantitativo).
- El 81,6% de las viviendas cuenta con electricidad al 2009.
- El 72,6% de las viviendas cuenta con abastecimiento de agua mediante red pública dentro de la vivienda.
- El 56,5% de las viviendas tiene conexión de servicio higiénico mediante red pública y dentro de la vivienda.
- El 44,2% de las viviendas tiene paredes de ladrillo o cemento y el 42,1% de adobe, tapia o quincha;

En el año 2017, a nivel nacional, el 1.9% de los hogares presentan déficit cuantitativo de vivienda. Específicamente, en el área urbana el 2.4% de los hogares presentan déficit cuantitativo de vivienda. Respecto al año 2011, el déficit nacional (urbano y rural) disminuyó en 0.2 puntos porcentuales (INEI 2018: 181).

En ese mismo año, se tiene que el 9.3% de hogares a nivel nacional presentan déficit habitacional cualitativo. Esta característica se presenta en mayor porcentaje en el área rural del país con 19.2%, mientras que en el área urbana alcanza el 6.3%. En comparación con el año 2011, a nivel nacional, este porcentaje disminuyó en 3.2 puntos porcentuales.

También en el año 2017, se ha informado que el déficit habitacional en el Perú es de 1.1 millones de viviendas, de las cuales hay 260 mil dentro de un déficit cuantitativo, mientras que 860 mil en un déficit cualitativo (Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento 2017).

Como conclusión, Quispe, Arias y Maquet[107] sostienen lo siguiente:

> "El déficit de viviendas en el Perú es principalmente de orden cualitativo, presenta malas condiciones de habitabilidad, de precariedad habitacional, de localización de la vivienda (en lugares inadecuados y riesgosos). Como se explica, ello se debe tanto a la situación de pobreza en la que vive una buena parte de la población, que no le permite acceder al mercado formal, como también a políticas públicas inadecuadas que no han tomado en cuenta esta situación. A tal punto que podemos afirmar que actualmente los programas de vivienda no se interesan por el mantenimiento ni mejoramiento del parque habitacional sino por edificar viviendas nuevas con intermediación financiera de la banca comercial" (Quispe, Arias y Maquet 2005: 43).

Recientemente, en el año 2020, y en plena COVID-19, se tiene a 1 millón 900mil hogares con déficit de vivienda, del cual 594 mil hogares tiene un déficit cuantitativo y 1 millón 300 mil hogares con déficit cualitativo (de este un 29%

[107] Se trata de un informe presentado el año 2005, sin embargo, consideramos que dicha conclusión no dista mucho de la realidad actual.

tiene problemas de hacinamiento, 22% no tiene servicios y el 17% es por material pared irrecuperable) (Arrisueño y Triveño, 2021: 16).

Estamos pues, ante un problema social o público evidente, que va en aumento[108]. Como se sostiene en el Plan Nacional de Vivienda y Urbanismo (PNVU), y respecto a las condiciones inadecuadas de habitabilidad de la población, las causas y efectos son los siguientes:

> "Este problema público se da debido a tres causas directas: 1. Bajo impacto de la planificación urbana-territorial y limitado control de su cumplimiento; 2. Producción y ocupación ineficiente e insostenible del suelo; y 3. Acceso limitado e inequitativo a soluciones habitacionales adecuadas. De esas se desprenden 6 efectos del problema público identificado: desigualdad social y económica; desarticulación espacial; impacto negativo en el medioambiente; aumento de la vulnerabilidad y riesgo; afectación de la salud de la población; y falta de espacio de encuentro de construcción de comunidad." (Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento 2022: 5-6)

Ante ello, es evidente que los programas estatales han sido insuficientes, y hechos como el cambio climático y la COVID-19, han empeorado la situación de la población (Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento 2022: 8). En atención al cumplimiento de la PNVU (que tiene un horizonte al 2030), las políticas estatales necesitan un urgente replanteamiento:

> "Los programas de vivienda no han respondido adecuadamente al reto. En los últimos 30 años, la política de la vivienda en el Perú ha optado por dos caminos. El primero, la intervención ex-post a través de la formalización y la regularización de la propiedad del suelo. El segundo, la producción de vivienda nueva, a través de subsidios directos y créditos hipotecarios. En el primer caso, el resultado fue una dinámica de ocupación informal del suelo, donde la planificación estuvo ausente, agravada con crecientes costos asociados con la provisión de servicios básicos y la ausencia de estándares mínimos en la construcción de viviendas. En el segundo caso, el resultado fue un impulso al crecimiento económico y el empleo, que benefició predominantemente a la clase media trabajadora formal y que no fue suficiente para atender a las familias de menores ingresos y con mayor déficit, quienes no tienen la capacidad ni la calificación

[108] Recordemos que para el año 2000, el déficit habitacional (sea cualitativo y cuantitativo) ascendía a 1 millón 233 mil viviendas.

> crediticia para obtener una hipoteca y comprar una vivienda." (Arrisueño y Triveño, 2021: 16)

Lo que queremos expresar es que, cuando hablamos del derecho a una vivienda adecuada, no podemos escapar a la realidad que tiene en el Perú, entendiendo que dicho problema va en aumento. Preliminarmente, luego de analizar la situación de la vivienda en el país, podemos ver que cualquier programa gubernamental no debe enfocarse en nuevas viviendas, sino también en el mejoramiento de las existentes, ello a consecuencia de un proceso de informalización de la sociedad que ya dura años en el país.

Por otro lado, somos conscientes que el proceso de desalojo es tan solo un aspecto del problema, con una ámbito limitado y específico, y las propuestas del presente trabajo deben necesariamente enmarcarse junto con otras soluciones y programas integrales a nivel estatal, junto con la cooperación privada y las organizaciones sociales.

2.1.4.1.1.2 Desarrollo del derecho a una vivienda adecuada en el Perú.

En el Perú, el reconocimiento expreso del derecho a una vivienda adecuada se encuentra en la Constitución de 1979. El artículo 10 disponía:

> "Artículo 10.- Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa."

Conforme lo que hemos visto sobre el derecho a una vivienda adecuada, la redacción del artículo glosado aparece insuficiente, al limitar subjetivamente dicho derecho a las familias, y no a las personas que pueden no constituir un grupo familiar. Por otro lado, la interpretación de "decoro"[109], puede encajar perfectamente con el significado de digno y adecuado.

En todo caso, dicha redacción limitada del texto constitucional de 1979 podía ser superada con una interpretación en base a instrumentos constitucionales.

[109] El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española indica que uno de los significados de "decoro" es: *"nivel mínimo de calidad de vida para que la dignidad de alguien no sufra menoscabo".*

Por otro lado, no sólo el artículo 10 glosado reconocía el derecho a la vivienda adecuada (desde un reconocimiento subjetivo); también el artículo 18 de dicha constitución establecía la obligación del Estado de dar realización plena a dicho derecho:

> "Artículo 18.- El Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación. La ley regula la utilización del suelo urbano, de acuerdo al bien común y con la participación de la comunidad local. El Estado promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y de vivienda. El Estado apoya y estimula a las cooperativas, mutuales y en general a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquiler venta. Concede aliciente y exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción. Crea las condiciones para el otorgamiento de créditos a largo plazo y bajo el interés."

Por ello, podemos concluir que en la Constitución de 1979 se reconocía al derecho a una vivienda adecuada, desde 2 aspectos: como derecho individual de toda persona humana (a pesar de la sola mención constitucional a la familia), y como obligación del Estado para realizarlo.

En la Constitución de 1993 se omite toda referencia a dicho derecho aunque, como se ha visto, su reconocimiento se desprende directamente de la dignidad de la persona humana y del artículo 3 de la Constitución[110], ello sin perjuicio de su reconocimiento constitucional al ser el Perú parte suscriptora de varios tratados internacionales sobre derechos humanos que sí lo reconocen, como los tratados mencionados líneas arriba.

De este modo, la interpretación que, a nivel nacional, se deberá dar a este derecho estará conforme no sólo a las sentencias del Tribunal Constitucional ya mencionadas, sino a las interpretaciones que sobre dicho derecho han

[110] *"Artículo 3.- Derechos Constitucionales. - La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno."*

dado ya los tratados internacionales de los que el Perú es parte, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución[111].

Ahora bien, ¿resulta un problema que el derecho a una vivienda adecuada no sea reconocido en la Constitución?

Por ejemplo, según Quispe, Arias y Maquet, el hecho que la Constitución vigente no haya reconocido el derecho a la vivienda como una necesidad básica de la persona, ha restringido el concepto de políticas públicas (Quispe, Arias y Maquet 2005: 24).

En un similar sentido:

> "Si bien la problemática habitacional es problema de larga data, también es cierto que son los sectores más pobres los más golpeados año tras año; sobre todo desde que el derecho a la vivienda fuera eliminado de la Constitución Política de 1993 por lo cual dejó de ser una responsabilidad del Estado para con sus conciudadanos y se convirtió en un producto más del libre mercado" (CIDAP 2010: 3).

En nuestra opinión, y como ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, el reconocimiento del derecho a una vivienda adecuada deriva directamente de la dignidad de las personas, por lo que *"tiene todas las características y elementos necesarios en su contenido para poderse reconocer, respetar y proteger como un derecho fundamental de la persona"* (Ortiz 2017: 41), y aunque lo ideal sería su reconocimiento expreso, a nivel constitucional, entendemos que no hay una necesidad que conste expresamente en la Constitución para que el Estado impulse políticas públicas, más aún cuando hay un reconocimiento expreso del mismo en tratados de derechos humanos ratificados por el estado peruano, y donde se establece la obligación de éste de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de los recursos disponibles.

[111] *"Cuarta. - Interpretación de los derechos fundamentales. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú."*

Lo cierto es que, con reconocimiento expreso o no en la Constitución, el Estado peruano si ha venido impulsando proyectos -lo veremos más adelante- que favorecen el acceso a la vivienda adecuada[112]. A pesar de ello, desde la representatividad del Poder Legislativo, se busca la inclusión explícita de dicho derecho en el texto constitucional, búsqueda que parte desde las posiciones políticas más diversas.

En efecto, por mencionar algunos, tenemos el Proyecto de Ley N° 3371-2018/CR, presentado por la congresista Lizana Santos perteneciente al grupo parlamentario de Fuerza Popular, cuyo objeto es modificar el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución, a fin de incorporar como derecho fundamental de las personas el derecho a una vivienda digna y adecuada. El proyecto establece lo siguiente:

> "Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
> 22.- A una vivienda digna y adecuada, a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida."

En el mismo sentido, y de una tribuna política opuesta, se ha presentado el Proyecto de Ley N° 3609-2018/CR, cuya autoría corresponde a la congresista Glave Remy del grupo parlamentario Nuevo Perú, donde propone su reconocimiento y, junto con ello, la modificación del texto constitucional. El proyecto en mención contiene a siguiente modificación:

[112] De hecho, en los 3 niveles de gobierno existen funciones para cada uno de ellos, en relación a la vivienda. Así tenemos, la Ley N° 30156, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, publicada el 14 de enero de 2014, en cuyo artículo 4 se establece como una de sus finalidades facilitar el acceso de la población a una vivienda digna y a los servicios de saneamiento de calidad y sostenibles, en especial de aquella rural o de menores recursos.
En el artículo 195, numeral 8, de la Constitución se establece que los gobiernos locales son competentes para desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de vivienda. De la mano con ello, la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, en su artículo 79 numeral 2.2, establece que las municipalidades provinciales tienen como función compartida diseñar y promover la ejecución de programas municipales de vivienda para las familias de escasos recursos. Igual función tiene la Municipalidad Metropolitana de Lima (artículo 161, numeral 1.7).
Por otro lado, la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, establece que a la Gerencia de Desarrollo Social de éstos le corresponde ejercer las funciones específicas de vivienda (artículo 29-A, numeral 2). Además, el artículo 58 menciona funciones específicas, en materia de vivienda, entre las que destacan, brevemente:
- Formular, aprobar y evaluar los planes y políticas regionales en materia de vivienda, en concordancia con los planes de desarrollo de los gobiernos locales, y de conformidad con las políticas nacionales y planes sectoriales.
- Promover la ejecución de programas de vivienda, canalizando los recursos públicos y privados, y la utilización de los terrenos del gobierno regional y materiales de la región, para programas municipales de vivienda.
- Incentivar la participación de promotores privados en los diferentes programas habitacionales.
- Difundir el Plan Nacional de Vivienda y la normativa referida a la edificación de vivienda.
- Asumir la ejecución de los programas de vivienda y saneamiento a solicitud de los gobiernos locales.

> “Incorporase el Artículo 7-B a la Constitución Política del Estado, en los términos siguientes:
> "Artículo 7.B.- Derecho a Vivienda Digna El Estado reconoce y garantiza el derecho a una vivienda digna y adecuada, ello comprende el acceso a los servicios básicos e infraestructura pública necesaria. El Estado promueve las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho, mediante programas públicos y privados de vivienda de interés social y otros sistemas de financiamiento de programas de vivienda y urbanización, debiendo contar con la participación de los ciudadanos de acuerdo a ley”.”

La diferencia básica de ambos textos es la ubicación dentro del texto constitucional. En ambos casos, no nos parece un problema incluir el derecho a una vivienda digna como un derecho fundamental de la persona o un derecho de naturaleza económica y social.

Es de destacar que en el Proyecto de Ley N° 3609-2018/CR, se insiste en la necesidad del reconocimiento constitucional expreso del derecho a una vivienda adecuada por lo siguiente:

> “Asimismo, las acciones legislativas, unidas a políticas públicas adecuadas para la ejecución progresiva del derecho a la vivienda, forman parte de la obligación de "reconocer" el derecho a una vivienda digna en el marco constitucional; en ese sentido, se debe modificar o adecuar las leyes y políticas existentes con la finalidad de beneficiar a ciudadanos que viven en condiciones menos favorables.”

Sin embargo, como hemos visto en acápite anterior, y en nuestra opinión, no es necesario que haya mención explícita en nuestra constitución para el reconocimiento e implementación de dicho derecho. El reconocimiento del mismo se desprende de los convenios y tratados internacionales que el Perú ha ratificado.

Además, como ya hemos visto al glosar la sentencia recaída en el expediente N° 00007-2012-AI/TC, en su fundamento jurídico 64, el Tribunal Constitucional peruano no sólo reconoce dicho derecho como parte de nuestro sistema jurídico, sino que lo vincula estrechamente a la dignidad humana. Esto último,

en nuestra opinión, también impone su reconocimiento a máximo nivel, por aplicación del artículo 3 constitucional.

Adicionalmente, es importante mencionar que el Tribunal Constitucional ratifica su posición en la sentencia recaída en el expediente N° 018-2015-PI/TC, de fecha 5 de marzo de 2020, y sostiene que el derecho a la vivienda adecuada tiene *"plena exigibilidad"* en nuestro ordenamiento jurídico (fj 120), además de encontrarse *"íntimamente ligado al principio-derecho de dignidad humana, a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho (…), al principio de igualdad material y al derecho al libre desarrollo y bienestar"* (fj 121).

Para nuestros efectos, esta sentencia es relevante al identificar los *"aspectos básicos que integran el contenido constitucionalmente protegido"* de dicho derecho en su fj 128:

> "I. El derecho de acceder sin discriminación y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada;
> II. El derecho a no ser privado arbitraria e ilegalmente de la vivienda."

Sobre el aspecto identificado bajo el acápite i., el TC le dota el siguiente contenido:

> "129. (…) exige la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a una vivienda adecuada (…), esto es, que cuente con disponibilidad de servicios indispensables para vivir, una infraestructura apropiada para ser habitada, que ello implique gastos soportables y se permita la expresión de la identidad cultural de los habitantes, entre otros. Al respecto, corresponde precisar que la satisfacción de este aspecto del derecho a la vivienda adecuada se desarrolla progresivamente y según las posibilidades reales del Estado, manifestándose a través de medidas concretas y evaluables."

Algunas precisiones o alcances:

a. Estamos ante un contenido de desarrollo progresivo pues exige nuevos o mayores gastos públicos, lo que se encuentra acorde con la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución[113].

b. La progresividad, evidentemente, no puede darse indefinidamente, más aún en el presente caso, donde como hemos visto, los varios instrumentos internacionales ratificados por el Perú imponen una actuación e implementación de políticas públicas en ese sentido.

   En efecto, en relación a la undécima disposición constitucional, en mención, el TC ha establecido que estamos ante una *"obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas"* (STC 02945-2003-AA, fj 37 y STC 00001-2021-PCC - 00004-2021-PCC acumulados, fj 72).

c. ¿Estos plazos y acciones concretas pueden ser controlables? El TC da una respuesta afirmativa, pues ello se puede materializar a través de la conducción de políticas públicas, en este caso de políticas orientadas a la implementación del derecho a la vivienda adecuada (STC 00001-2021-PCC - 00004-2021-PCC acumulados, fj 73).

Sobre el aspecto identificado bajo el acápite ii., el TC indica en el fj 130:

> "130. El segundo aspecto (…) se manifiesta como la proscripción de ser privado(a) de la vivienda de forma arbitraria y, en todo caso, sin sustento en la ley. Precisamente, en virtud de este derecho emana la obligación del Estado de garantizar cierto grado de seguridad jurídica de la tenencia de las viviendas a través de medidas legales."

Aquí, se proscribe el desalojo forzoso y, al contrario, sí cabe la posibilidad de privación de la vivienda por canales legales, con una decisión motivada en derecho, emitida dentro de un debido proceso.

Por último, en la mencionada sentencia recaída en el expediente N° 018-2015-PI/TC, se señala que, como cualquier otro derecho constitucional o

[113] Undécima. - Aplicación progresiva de disposiciones de la Constitución.
Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

fundamental, el derecho a una vivienda adecuada no es un derecho ilimitado, y sus límites *"se desprenden de la prohibición de vaciar de contenido otros derechos, principios y reglas constitucionales"* (fj131). Es inevitable decir que dicha afirmación es contundente más en extremo vaga y general, hecho inevitable en estas situaciones. Será en el caso por caso donde se podrán establecer límites cuando haya conflicto con otros derechos, como el de propiedad o el de tutela jurisdiccional.

Por otro lado, y en relación a la implementación de políticas públicas concretas, por parte del Estado peruano, es relevante mencionar que el 25 de julio de 2021 se publicó la Ley N° 31313, Ley de Desarrollo Urbano sostenible (modificada por el Decreto Legislativo N° 1674, publicado el 28 de setiembre de 2024), en cuyo artículo 81.1 se reconoce el derecho, en mención, en los siguientes términos:

> "Artículo 81. Vivienda de Interés Social
> 81.1. Toda persona tiene derecho a una vivienda digna y adecuada. El Estado reconoce y garantiza este derecho."

Dicho artículo es relevante en la medida que impone una obligación genérica al Estado de impulsar políticas públicas de acceso a vivienda.

De hecho, en el mismo artículo 81 glosado, se establece una política concreta, cual es que el Estado debe promover la Vivienda de Interés Social *"cuya finalidad se encuentra dirigida a reducir la brecha del déficit habitacional cualitativo y cuantitativo"* (artículo 81.2), además de definir a la Vivienda de Interés Social de tipo Prioritaria, como dirigida a *"las personas en condición de pobreza o pobreza extrema y en especial a favor de aquellas que se encuentran asentadas en zonas declaradas de riesgo no mitigable o en situación de vulnerabilidad social"* (artículo 81.2).

Es obligación del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento diseñar, normar y promover disposiciones para dichos tipos de vivienda (artículo 82). Además de establecer que los 3 niveles de gobierno del Estado prioricen *"la*

provisión de Vivienda de Interés Social en todo el territorio nacional" (artículo 82) para el cumplimiento progresivo de dicho derecho.

Es importante mencionar que en el artículo 4.1, literal o, de la Ley 31313, se establece como un principio del acondicionamiento territorial, la planificación urbana y rural y su desarrollo sostenible, a la *"asequibilidad de la vivienda"*, obligando al Estado a que en sus programas y proyectos deberá asegurar el otorgamiento de los subsidios y diseño de otras estrategias para el acceso a la vivienda de las familias de menores recursos.

La Ley N° 31313 ha sido reglamentada por el Decreto Supremo N° 012-2022-VIVIENDA, en el cual se articula la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo (PNVU), la cual guiará los planes de acondicionamiento territorial y desarrollo urbano (artículo 5). Es destacable que, en la Exposición de motivos del reglamento, la PNVU tiene un horizonte temporal al 2030.

Junto con ello, y para nuestros efectos, con fecha 13 de setiembre de 2023 se publicó el Decreto Supremo N° 006-2023-VIVIENDA, Reglamento de Vivienda de Interés Social (VIS) a que se refiere la Ley N° 31313, y en el cual se establecen las condiciones para la intervención del Estado, la inversión privada y la organización comunitaria para el desarrollo de las VIS, a fin de garantizar el derecho a una vivienda adecuada.

El acceso a las VIS se puede dar a través de diferentes modalidades, como la adquisición de viviendas, construcción de viviendas, mejoramiento de viviendas, viviendas para el arrendamiento, constitución de derechos reales de superficie, u otras promovidas por el Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento y ejecutadas por el sector privado (artículo 8).

Dicho acceso se puede dar a través de subsidios, directos o indirectos, cuyos beneficiarios prioritarios son aquellos hogares que se encuentran asentados en zonas de riesgo no mitigable, o en situación de vulnerabilidad social, pobreza y pobreza extrema, personas con discapacidad, adultas mayores,

desplazadas y migrantes, indígenas y otros que sean identificados en situación de vulnerabilidad.

Lo dicho es importante pues estamos ante una política, por lo menos aprobada, orientada a la realización del derecho a la vivienda adecuada, acorde con los instrumentos internacionales suscritos por el Perú. Es decir, para disminuir el déficit de vivienda cualitativo y cuantitativo es la VIS un mecanismo para ese objetivo. En éste hay participación y regulación principal del Estado, mediante subsidios.

¿La PNVU, mediante la VIS, es la única política para la promoción al acceso a la vivienda en el Perú? No, y ello se aprecia no sólo a nivel del Ministerio de Viviendas, Construcción y Saneamiento, como ente rector, sino a nivel de gobiernos locales y regionales. regional y local sino a nivel de los Como vimos, ello se materializa en la promoción de , que puede darse en varios aspectos, por ejemplo programas estatales y sociales para la compra de la vivienda, programas para facilidades en el arrendamiento de viviendas o la simple adjudicación de vivienda a determinados sectores sociales desprotegidos.

En el Perú, en los distintos niveles de gobierno, existen políticas orientadas a fomentar el acceso a una vivienda digna. Tenemos por ejemplo (TECHO: 182)

1. Ordenanza que crea el programa municipal de vivienda social de la Municipalidad Provincial de Trujillo-PROMUVIS, Ordenanza N° 005-2014-MPT: El Programa Municipal de Vivienda Social de la Municipalidad Provincial de Trujillo (PROMUVIS), se crea con el objetivo de promover la ejecución de proyectos de vivienda social en beneficio de la población trujillana.
2. Decreto Regional N° 007-2013-PR/GOB REG TACNA, aprueba el Reglamento del Programa Regional de Vivienda Digna para Tacna-PROVIDIT: La finalidad del programa es adjudicar y otorgar en propiedad lotes de terreno con fines de vivienda a personas que no cuenten con vivienda propia, siempre que estén residiendo más de diez (10) años consecutivos en la Región Tacna.

3. Fondo Hipotecario de Promoción de la Vivienda, MIVIVIENDA: Creado mediante la Ley N° 26912, que tiene como objetivo el financiamiento de la adquisición y mejoramiento de viviendas, especialmente las de interés social, promoviendo de tal manera el acceso a la vivienda única y adecuada, principalmente para familias de escasos ingresos.
4. Proyecto “TECHO PROPIO”: Proyecto creado mediante la Resolución Ministerial N° 054-2002-VIVIENDA, dirigido a las familias con ingresos familiares mensuales menores a PEN 1,805.00, para comprar, construir o mejorar su vivienda, que cuenta con servicios básicos de luz, agua y desagüe.
5. Decreto Supremo N° 003-2008-VIVIENDA, de fecha 8 de febrero de 2008, Reglamento de la Ley N° 29033, Ley de Creación del Bono del Buen Pagador, por el cual se establecen las normas de carácter general a las que debe ceñirse el otorgamiento del Bono del Buen Pagador, para aquellas personas que hayan cumplido con cancelar oportunamente las cuotas correspondientes al crédito MIVIVIENDA.
6. Decreto Supremo N° 008-2009-VIVIENDA, de fecha 10 de Abril de 2009, que declara de interés prioritario la ejecución de programas de vivienda en zonas rurales a nivel nacional a través de la aplicación del Bono Familiar Habitacional en el Área Rural. Posteriormente, dada la importancia del contenido que regulaba este Decreto Supremo, fue elevado a rango de ley, por la Ley N° 29589, de fecha 16 de setiembre de 2010.
7. Decreto Supremo N° 001-2012-VIVIENDA, de fecha 6 de Enero de 2012, que crea el Programa de Apoyo al Hábitat Rural en el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, bajo el ámbito del Viceministerio de Vivienda y Urbanismo, cuya finalidad es mejorar la calidad de vida de la población pobre y extremadamente pobre asentada en centros poblados rurales o asentada de manera dispersa, mediante acciones de dotación o mejoramiento de la unidad habitacional, así como el acercamiento de los servicios de infraestructura y de equipamiento a la población, contribuyendo así, a su inclusión social, y afirmando la presencia del Estado en el ámbito rural.

Como se puede observar, muchos programas si bien han tenido nominalmente como objetivo a sectores con menores ingresos, han servido para favorecer realmente a sectores medios. Por ejemplo, al año 2005, el programa Mivivienda se centró en sectores medios, lo que permitió un crecimiento significativo del sector construcción. El financiamiento de estas obras fue posible gracias a que se estableció con los bancos un fondo de garantía (Quispe, Arias y Maquet 2005: 24-25).

Hasta septiembre del año 2005, dicho programa llegó a los 17,500 créditos, con un estimado de inversiones cercano a los 350 millones de dólares. Agregando los otros dos programas del Ministerio de Vivienda, Saneamiento y Construcción (Techo Propio y los préstamos de BanMat), se llegó a una cifra aproximada de 58.594 viviendas nuevas, entre los años 2002 y 2005 (Quispe, Arias y Maquet 2005: 24-25).

Como consecuencia de ello, se puede afirmar que estos programas no han tenido el éxito que se hubiera esperado, debido a que el público que debería ser beneficiario prioritario no solamente no contaba con los recursos necesarios sino que tampoco tenía la posibilidad de contraer deudas a mediano plazo al no tener un trabajo estable, condiciones necesarias para acceder al financiamiento bancario (Quispe, Arias y Maquet 2005: 43).

Más recientemente, el Decreto Legislativo N° 1177, decreto legislativo que establece el régimen de Promoción del arrendamiento para vivienda implementa no sólo un proceso de desalojo más expeditivo, sino un régimen de contratos de arrendamiento orientados a establecer reglas y derechos claros para ambas partes. Las consideraciones de la norma señalan:

> “Que, con el fin de reducir el déficit cuantitativo y cualitativo habitacional en el Perú es necesario implementar mecanismos que faciliten el acceso a la vivienda de personas con bajos recursos económicos y de segmentos medios, a través del arrendamiento, arrendamiento con opción de compra y arrendamiento financiero (leasing) de inmuebles destinados a vivienda; así como reactivar el mercado de construcción a través de la promoción de la inversión en inmuebles destinados al arrendamiento para vivienda.”

Por tanto, en el Perú sí hay una protección, más aún cuando ya es parte de una política nacional adoptada dentro del marco del Acuerdo Nacional, como Política de Estado N° 21:

> "Política de Estado Nº 21 del Acuerdo Nacional: Desarrollo en infraestructura y vivienda
> Nos comprometemos a desarrollar la infraestructura y la vivienda con el fin de eliminar su déficit, hacer al país más competitivo, permitir su desarrollo sostenible y proporcionar a cada familia las condiciones necesarias para un desarrollo saludable en un entorno adecuado. El Estado, en sus niveles nacional, regional y local, será el facilitador y regulador de estas actividades y fomentará la transferencia de su diseño, construcción, promoción, mantenimiento u operación, según el caso, al sector privado.
> (…) con el objetivo de desarrollar la vivienda, el Estado: (e) elaborará un plan nacional de vivienda (…)"[114]

Del mismo modo, el Plan Bicentenario, recomienda hasta 6 ejes de estratégicos de políticas a ser adoptadas por el estado peruano. El eje 2, sobre oportunidades y acceso a los servicios, es el que a nuestros efectos interesa. Allí se establece:

> "Servicios básicos y vivienda.
> 1. Promover la inversión pública y privada para ampliar el acceso de la población a los servicios de agua y desagüe, recolección y disposición final de residuos sólidos, electricidad y telecomunicaciones, considerando medidas que hagan posible el acceso a estos servicios de la población en situación de vulnerabilidad, de pobreza y pobreza extrema con especial atención, diferenciando las intervenciones en los ámbitos urbano y rural.
> 2. Fomentar el uso de técnicas de construcción masiva e industrializada de viviendas y la inversión pública y privada en la vivienda social, así como ampliar los fondos para apoyar el acceso a la vivienda digna por parte de la población pobre.
> 3. Desarrollar modelos de asentamientos humanos que aseguren una adecuada habitabilidad de las familias" (CEPAL 2011: 92).

Lo expresado en el Plan Bicentenario es importante, pues como se ha dejado claro, el enfoque para la solución de la vivienda siempre ha sido prioritariamente la construcción de nuevas viviendas, más la solución no va

[114] https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado%e2%80%8b/politicas-de-estado-castellano/iii-competitividad-del-pais/21-desarrollo-en-infraestructura-y-vivienda/

tanto por allí, cuando por el mejoramiento de las viviendas existentes a fin que alcancen los niveles de dignidad conforme al derecho a la vivienda adecuada, a lo que puede apuntar los numerales 2 y 3 glosados.

Cabe mencionar, que estas políticas gubernamentales no son las primeras en implementarse en el Perú, con el objetivo de realizar el derecho a una vivienda adecuada, y sobre ello podemos remitirnos al modelo de arrendamiento regulado por el Decreto Ley N° 21938, publicado el 30 de noviembre de 1977, que reguló al régimen de alquiler para los predios destinados a casa-habitación[115] [116].

En efecto, el Decreto Ley N° 21938 tenía las siguientes disposiciones:

1. Como dijimos, reguló el régimen de los contratos de alquiler de vivienda (casa – habitación) *"cuyo monto de autoavalúo sea inferior a 40 sueldos mínimos vitales de la Industria y Comercio, por año, de la Provincia de Lima"* (artículo 1). Es decir, para viviendas pequeñas y destinadas a un sector específico de la población. Atendiendo a ello, es que este decreto tuvo una orientación favorable al arrendatario.
2. Los Concejos Provinciales serían los primeros en atender las reclamaciones de los arrendatarios e inquilinos, a modo de vía administrativa (artículo 2).
3. En principio, los arrendamientos serían de duración indeterminada. Por excepción, serían a plazo fijo (artículos 6 y 7).
4. Se estableció un tope al monto de los alquileres y al de la garantía (artículos 9 y 12).
5. Ya dentro de las regulaciones del desahucio, el artículo 17 dispuso que, en caso de juicios de desahucio por falta de pago de alquileres *"podrán cortase en el estado en que se encuentren antes de producirse la desocupación o lanzamiento, si el inquilino abona directamente o*

[115] Derogado por Decreto Legislativo N° 709, publicado el 8 de noviembre de 1991. Además, según el artículo 1 de la Ley N° 29477, publicada el 18 diciembre 2009 (vigente a los 90 días calendario de la su publicación), se declaró que la Ley del Inquilinato ya no forma parte del ordenamiento jurídico vigente.
[116] El resto de controversias se tramitarían como juicio de desahucio ante el Código de Procedimientos Civiles de 1912.

mediante consignación el íntegro de los alquileres devengados, más una suma prudencial por costas".

6. El inquilino tenía la primera opción de compra para adquirir el inmueble que ocupa,

Como se aprecia, las disposiciones del arrendamiento en este tipo de viviendas pequeñas cuyos inquilinos tenían bajos ingresos, respondieron a una política de protección del Estado, por lo que es tienen una orientación diferente al actual modelo. Y es importante referirnos a ello, en tanto, responde a una concepción diferente en el caso de alquileres de viviendas pequeñas cuyos inquilinos tenían bajos ingresos.

2.1.4.1.2 Algunos modelos comparados.

A nivel Latinoamericano, el no reconocimiento en textos constitucionales no es la norma. Por el contrario, ya muchos países lo han reconocido y al más alto nivel. Por ejemplo, en Colombia el artículo 51 de su Constitución Política establece:

> "Artículo 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda."

La Corte Constitucional de Colombia ha emitido varios pronunciamientos sobre este derecho. Podemos destacar la Sentencia T-139/17, que contiene los siguientes criterios para amparar el derecho a una vivienda adecuada:

> "15. (…) la jurisprudencia constitucional ha señalado que el amparo de esta garantía es procedente en tres hipótesis, a saber: primero, cuando se pretende hacer efectiva la faceta de abstención de la vivienda digna[117]; segundo, siempre que se presenten pretensiones relativas al respeto de derechos subjetivos previstos en el marco de desarrollos legales o reglamentarios; y tercero, en eventos en los que, por una circunstancia de debilidad manifiesta, el accionante merece una especial protección constitucional, circunstancia que

[117] Es decir, que el Estado no debe interferir en el disfrute y goce del derecho (la sentencia C-191/21 del 17 de junio de 2021).

> torna imperiosa la intervención del juez de tutela, con el fin de adoptar medidas encaminadas a lograr la igualdad efectiva.
> En síntesis, la Corte reconoce que la vivienda digna constituye un derecho fundamental autónomo y que la tutela es procedente para obtener su protección, siempre que sea posible traducirlo en un derecho subjetivo."

También debemos mencionar el criterio establecido en la sentencia T-311 de 2016, en donde se analizó los casos acumulados de hogares beneficiarios de subsidios de vivienda, que no fueron desembolsados por el denominado FONVIVIENDA como consecuencia de su *"vencimiento"* derivado del incumplimiento de los compromisos adquiridos por la entidad territorial, en el marco de un proyecto de vivienda de interés social. En atención a esas circunstancias, la Sala Sexta de Revisión estableció la vulneración del derecho a la vivienda digna de los actores, en varios de sus componentes, debido a que se les trasladaron las cargas económicas y temporales de las fallas administrativas del proceso.

La corte también incide en que la realización de dicho derecho es una obligación del Estado, como en la sentencia C-191/21 del 17 de junio de 2021:

> "48. Según lo expresado, el derecho fundamental a la vivienda digna supone para el Estado el cumplimiento de obligaciones prestacionales. En ese contexto, por mandato constitucional es deber de las autoridades promover beneficios y estímulos de acceso a la vivienda para que las personas con menos recursos puedan desarrollar su proyecto de vida. En concreto, la jurisprudencia ha identificado que el Estado tiene las siguientes obligaciones:
> "(i) diseñar los planes y programas de vivienda, con un énfasis prioritario en atender las especiales necesidades de dicha población; (ii) brindar asesoría clara y efectiva a estas personas sobre los trámites y requisitos para acceder a los programas de vivienda; (iii) eliminar las barreras que impiden el acceso de las personas desplazadas a los programas de asistencia social del Estado y (iv) proveerles soluciones de vivienda asequibles, con gastos de mantenimiento soportables y dotadas de protección jurídica"

Por otro lado, la Constitución Política del Ecuador, también reconoce dicho derecho en su artículo 30:

> "Art. 30.- Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica."

Queremos citar la sentencia N° 515-20-JP/21, de fecha 21 de diciembre de 2021, emitida en el Caso N° 515-20-JP, en la cual el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador emitió la siguiente consideración[118], a propósito del derecho a la vivienda adecuada en desastres naturales, en relación a los deberes del Estado para realizar dicho derecho fundamental:

> "64. Este Organismo constitucional, mediante sentencia No. 98-17-SEP-CC señaló la interdependencia del derecho a la vivienda con otros derechos constitucionales. Complementariamente, mediante sentencia constitucional No. 146-14-SEP-CC (caso No. 1773-11-EP), señaló:
> "El derecho a la vivienda adecuada y digna es uno de los derechos que integra los llamados derechos del buen vivir, reconocidos a todas las personas, cuyo cumplimiento corresponde al Estado, a quien se le atribuyen dos conjuntos de obligaciones: un conjunto positivo y un conjunto negativo. El positivo, en lo referente a encausar (sic) todos sus esfuerzos para que estos derechos sean accesibles, ya sea a través de la provisión de recursos económicos, el establecimiento de políticas públicas, etc.; y el negativo, entendido como la abstención del Estado para realizar conductas que puedan menoscabar su efectivo goce, y a su vez su obligación de proteger que el derecho no sea afectado por un tercero."
> 65. Antes de sucedidos los desastres naturales, así como también luego de sucedidos aquellos, el Estado no debe olvidar en la formulación de sus políticas la importancia de tres (3) garantías concretas y correlativas entre sí: *(i) garantía de prestación*, que consiste cuando el Estado promueve la accesibilidad a vivienda a través de políticas públicas, particularmente a aquellos grupos poblacionales que por su situación socioeconómica lo requieren en mayor medida; *(ii) garantía de abstención*, que consiste en una postura del Estado según la cual éste se inhibe de interferir ilegítimamente la vivienda y por ende evita menoscabar otros derechos complementarios, como por ejemplo cuando el Estado declara de utilidad pública construcciones de uso de vivienda de las personas, para lo cual necesita observar los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico; y, *(iii) garantía de protección*, cuando garantiza la no intromisión o no perturbación de terceros en el ejercicio de este derecho."

118 http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidkMjczOGFmMy0wMjgwLTQ1ZjEtOGY2NS04ZGI1MDc1OTRjZGYucGRmJ30=

Es relevante dicha opinión jurídica, pues contribuye a identificar los deberes del Estado en relación al goce pleno del derecho a la vivienda adecuada. Es decir, conforme lo expuesto -y que puede apreciarse de todos los instrumentos internacionales presentados- el obligado a la realización de dicho derecho es el Estado.

En el caso de la República Oriental del Uruguay, su texto constitucional indica:

> "Artículo 45. Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin."

En México, el derecho a una vivienda adecuada tiene especial desarrollo. En la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se le reconoce en su artículo 4:

> "Artículo 4.
> (...)
> Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo."

Merece especial mención el desarrollo de dicho derecho en México, pues allí tenemos la denominada Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 8 de febrero de 2019, la cual establece en sus artículos 59 y 60 lo siguiente:

> "Artículo 59. El derecho a una vivienda adecuada se entenderá de acuerdo con los contenidos esenciales definidos en los instrumentos del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de los mecanismos de las convenciones de las que el Estado mexicano sea parte y del artículo 9, apartado E de la Constitución Local. Los programas y las acciones para garantizar el derecho a la vivienda se apegarán al artículo 16.E.
> Se reconocerá y fomentará la propiedad cooperativa, la vivienda en arrendamiento y otras formas de tenencia, y; su regulación en consonancia con los derechos humanos. Se impulsarán políticas destinadas a aumentar la oferta de vivienda para personas de bajos ingresos y el alquiler social. El derecho de propiedad de una vivienda

> se ejercerá de acuerdo con las leyes en la materia. Para el caso de las personas en abandono social, primordialmente niñas, niños y personas jóvenes, con discapacidad y mayores, el Gobierno contará con albergues dignos que cubran las necesidades inmediatas de alojamiento sin discriminación.
> Artículo 60. Ninguna persona podrá ser desalojada sin mandamiento judicial emitido de conformidad a las disposiciones constitucionales y legales aplicables al caso concreto.
> Las leyes en la materia establecerán los procedimientos y modalidades para garantizar el derecho de audiencia, respetar el debido proceso, y procurar en todo momento, la mediación y la conciliación; además de cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento.
> Las personas afectadas por un acto de desalojo, podrán solicitar a las autoridades correspondientes, su incorporación a los programas de vivienda."

Ha suscitado amplio debate entre los operadores del derecho el contenido del artículo 60, antes glosado, pues generó una controversia entre los alcances del derecho a la vivienda y el derecho de propiedad o, en todo caso, el derecho de aquella persona que tiene justo título para arrendar una vivienda, cobrar un arrendamiento por ésta y, eventualmente, lograr su restitución.

Y es que el artículo 60 citado, tenía al momento de su promulgación la redacción siguiente:

> "Artículo 60.- Para evitar que los desalojos forzosos o lanzamientos, violen, entre otros derechos, el derecho a una vivienda adecuada, podrán llevarse a cabo sólo en casos excepcionales. Antes de realizarse, las personas que serán desalojadas tienen el derecho a: no ser discriminadas, que se estudien todas las demás posibilidades que permitan evitar o minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza; la debida indemnización en caso de ser privados de bienes o sufrir pérdidas inmateriales; y contar con las debidas garantías procesales, lo que incluye la obligación del juez de dar audiencia a las personas que puedan ser objeto de un lanzamiento de su domicilio. Las autoridades competentes deben garantizar el adecuado realojamiento, de las personas sin recursos desalojadas, en un radio no mayor a 15 kilómetros tomando como centro el lugar de origen.
> Las autoridades y poderes públicos de la Ciudad pondrán a disposición la información pública necesaria para conocer el número de personas desalojadas de las viviendas en las cuales tenían su domicilio, el lugar y las causas de los desalojos.

> El Gobierno de la Ciudad de México, con base en el Plan General de Desarrollo y en el Programa de Ordenamiento Territorial, diseñará, ejecutará y regulará la política habitacional que garantice el pleno cumplimiento de lo establecido en los párrafos anteriores. Esta política contará con la participación de los sectores público, privado, social, y académico."

La redacción actual –tal como ha sido presentada en primer lugar- fue modificada por publicación hecha el 7 de junio de 2019 en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México. Ello debido a que la redacción origina presentó una gran polémica[119] y varios problemas en sus inicios ya que era una norma que dejaba muchos espacios para la interpretación pudiendo perjudicar a los arrendadores. Por ejemplo, la redacción original no explicaba cuáles eran los *"casos excepcionales"* en que procedían los *"desalojos forzosos"* y *"lanzamientos"*. Tampoco a qué se refería la *"debida indemnización"* ni quién estaba obligado a asumirla (el gobierno o el arrendador).

A este respecto, inclusive la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) se pronunció sobre el tema y aclaró que son los denominados "desalojos forzosos" los que se encuentran prohibidos por el derecho internacional:

> "La CDHDF enfatiza que los únicos desalojos permitidos son aquellos que cumplen con las debidas garantías procesales, incluida la de audiencia; se llevan a cabo respetando la prohibición de discriminación y, en estricto apego a los principios de prevención, legalidad, proporcionalidad, absoluta necesidad, rendición de cuentas y vigilancia en el uso de la fuerza pública.
> (…)
> La prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos"[120]

[119] https://elfinanciero.com.mx/nacional/esto-es-lo-que-debes-saber-del-polemico-articulo-sobre-desalojos-en-ley-de-la-cdmx
https://www.forbes.com.mx/el-articulo-60-y-el-derecho-a-una-vivienda/
https://www.excelsior.com.mx/opinion/jesus-sesma-suarez/nueva-ley-de-derechos-humanos-quien-pierde/1315716
https://heraldodemexico.com.mx/opinion/el-despojo-legalizado/

[120] https://obrasweb.mx/inmobiliario/2019/05/31/el-desalojo-de-vivienda-en-la-cdmx-bajo-polemica-por-una-ley

Sin embargo, conforme nos ha manifestado el abogado Horacio Cruz Tenorio[121], especialista en temas de desalojo y, en general, de procesos que tienen que ver con derechos reales y que actualmente ejerce en Ciudad de México, es discusión actual la protección del que deben ser objeto las personas en estado de vulnerabilidad, como son las mujeres, los niños y discapacitados, quienes como hemos visto antes, son objeto de protección especial por parte de los tratados internacionales que reconocen el derecho a una vivienda adecuada:

> "Frente a aquéllas posturas que en los últimos días han manifestado sus preocupaciones porque la garantía del derecho a la vivienda adecuada para las personas en situación de vulnerabilidad que hayan sido desalojadas, se contrapone a diversos derechos patrimoniales, la CDHDF considera que las medidas de protección del derecho a la vivienda no deben interpretarse en detrimento de personas que hayan obtenido una protección judicial de sus derechos patrimoniales, sino en fortalecimiento del derecho humano a la vivienda adecuada, debiendo entenderse que las autoridades capitalinas, en el ámbito de sus competencias, mantienen la obligación específica de garantizar dicho derecho humano de las personas en situación de vulnerabilidad que hayan sido desalojadas."[122]

A este respecto, Cruz Tenorio manifiesta que la doctrina en su país considera que la protección a las poblaciones vulnerables y que han sido afectadas por un acto de desalojo, debe estar a cargo del gobierno y no de los arrendatarios, y que ese sería el sentido del último párrafo del nuevo artículo 60[123] de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus garantías de la Ciudad de México.

Otro caso especial en Latinoamérica es el de la República Bolivariana de Venezuela, donde se reconoce el derecho a una vivienda adecuada en el artículo 82 de su Constitución, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.860, de fecha jueves 30 de diciembre de 1999.

> "Artículo 82. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénicas, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales

[121] Móvil personal: +52 1 55 3656 8935
[122] https://obrasweb.mx/inmobiliario/2019/05/31/el-desalojo-de-vivienda-en-la-cdmx-bajo-polemica-por-una-ley
[123] *"Las personas afectadas por un acto de desalojo, podrán solicitar a las autoridades correspondientes, su incorporación a los programas de vivienda."*

> y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y el Estado en todos sus ámbitos.
> El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas."

El derecho a una vivienda adecuada tiene gran desarrollo legislativo en Venezuela. Así, por ejemplo, la denominada Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, de fecha 31 julio de 2008, que establece en el artículo 1 sus objetivos:

> "Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto regular la obligación del Estado venezolano de garantizar el derecho a la vivienda y hábitat dignos, y asegurar su protección como contingencia de la seguridad social y servicio público de carácter no lucrativo, para el disfrute individual y colectivo de una vida y un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. Serán corresponsables de la satisfacción progresiva de este derecho los ciudadanos y el Estado en todos sus ámbitos, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y lo pautado en los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por el Estado."

El artículo 12 de la misma Ley establece:

> "Artículo 12.- Toda persona tiene derecho a acceder a una vivienda y hábitat dignos a partir de un tratamiento con criterio de justicia y equidad. Es deber del Estado brindar protección especial a las personas o familias que no tengan ingresos, de menores recursos o de mayor necesidad, así como proteger a los sectores sociales vulnerables, en razón de la edad, la situación de discapacidad y condición de salud. Igualmente, adoptará medidas orientadas a garantizar este derecho a los pueblos y comunidades indígenas."

Otra ley que merece atención es la denominada Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.626, de fecha 1 de marzo de 2011. Dicha norma tiene como objetivo, hacerle frente a la crisis de vivienda que afecta al pueblo venezolano. El artículo 1 indica:

> “Articulo 1.- La presente Ley tiene como objeto establecer un conjunto de mecanismos extraordinarios a cargo del Ejecutivo Nacional, en coordinación con otros entes públicos y privados, nacionales e internacionales, destinados a hacerle frente con éxito y rapidez a la crisis de vivienda que ha afectado a nuestro pueblo como consecuencia del modelo capitalista explotador y excluyente, y que se ha agudizado por los efectos del cambio climático, generador de devastaciones en amplias zonas del territorio nacional.”

La importancia de esta ley, en nuestra opinión, radica en que implementa –desde el punto de vista del gobierno venezolano- el contenido del derecho a la vivienda adecuada reconocido en tratados internacionales, y que impone a los estados adoptar mecanismos para cubrir las necesidades de vivienda de las personas[124]. Por ejemplo, el artículo 3 establece las facultades del Ejecutivo venezolano –resaltamos las más relevantes:

> “Artículo 3.- Para alcanzar el objetivo de la presente Ley, el Ejecutivo Nacional queda facultado para:
> (…)
> 3. Dictar decretos de creación de Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (A VIVIR), en las cuales el Estado procederá a reordenar integralmente la distribución y uso del espacio, sea éste urbano o rural, para destinarlo en prioridad y con urgencia, a la construcción de viviendas unifamiliares o multifamiliares de micro comunidades, pequeños barrios, grandes barrios o nuevas ciudades.
> En las áreas decretadas Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (AVIVIR), el Estado no permitirá la existencia de inmuebles no residenciales o terrenos abandonados, ociosos, subutllizados o de uso inadecuado que presenten condiciones y potencial para cumplir con el objeto de esta Ley.
> La competencia para establecer las categorías antes señaladas, será exclusiva del organismo debidamente calificado y con carácter nacional, que el Ejecutivo Nacional cree mediante Decreto.
> 4. Diseñar e implantar modalidades de intercambio de bienes y servicios e instrumentos financieros en las transacciones relacionadas con pagos por la adquisición de terrenos o inmuebles no residenciales, la construcción, reparación, ampliación y remodelación de las viviendas establecidas en la presente Ley.
> 5. Asignar terrenos y entregar viviendas a favor de los grupos familiares que se encuentren en riesgo vital, que sean de escasos

[124] No olvidemos que conforme al artículo 11 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos Dicho, ya mencionado en el presente trabajo, se establece que *“Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho [a la vivienda adecuada], reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”*

recursos, que no posean vivienda propia, o que sean parejas jóvenes que estén fundando familia (…)
8. Establecer políticas adecuadas para el uso, construcción, disposición y enajenación de terrenos e inmuebles no residenciales, destinados a la vivienda familiar.
9. Establecer parámetros y bandas de precios del metro cuadrado de terrenos y de construcción para vivienda de acuerdo con la estructura de costos y el interés social, para acabar con la especulación y la usura en materia de tierra, vivienda y hábitat.
10. Establecer modalidades de financiamiento a la banca pública y privada para la construcción y adquisición de viviendas, tales como, fondos especiales, créditos, subsidios y/o intereses preferenciales.
(…)"

Al margen de dichas facultades, lo controvertido en dicha ley es lo dispuesto en su artículo 9:

> "Artículo 9.- Con el objeto de establecer las bases para el desarrollo de esta Ley, queda afectado el uso de las tierras públicas y privadas aptas para la construcción de viviendas, que estén ociosas, abandonadas, subutilizadas, o sobre las que exista un uso inadecuado a los fines del Poblamiento, ubicadas en las Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (AVIVIR).
> Dicha afectación comprende los siguientes terrenos e inmuebles no residenciales:
> 1. Inmuebles propiedad de la República, que por sus características y su clasificación se determine su uso para vivienda familiar (…)
> 2. Terrenos baldíos propiedad de la República.
> 3. Terrenos públicos estatales aptos para el desarrollo de los planes habitacionales (…).
> 4. Terrenos municipales (…).
> 5. Terrenos privados e inmuebles no residenciales privados, entendidos estos como propiedad de particulares, bien sean personas naturales o jurídicas, que estén dentro de la caracterización señalada en el encabezamiento de este artículo.
> 6. Otros terrenos públicos (…)."

En otras palabras, si a criterio del Gobierno las tierras públicas o privadas que sean aptas para vivienda se encuentran abandonadas, ociosas o subutilizadas, podrán ser afectadas para fines de vivienda.

El artículo 4 de la Ley establece qué son terrenos aptos para vivienda:

> "(…) aquellos terrenos públicos o privados que, independientemente de su calificación de urbanos o no, tengan las características y condiciones físicas requeridas para ser destinados a la construcción

> de viviendas. El Ejecutivo Nacional, a los fines previstos en esta Ley, dará prioridad a la utilización de los Terrenos Aptos para Viviendas, que se encuentren ociosos, subutilizados o de los que se haga uso inadecuado, a los fines del Poblamiento."

En tal sentido, si bien se beneficia al derecho a una vivienda adecuada, ello se hace en perjuicio del derecho de propiedad, siempre y cuando dichos bienes privados sean calificados como abandonados, subutilizados u ociosos. En estos casos, la misma Ley establece el procedimiento de expropiación a seguirse.

Como hemos visto –y veremos-, en el caso venezolano, la participación del Estado en la realización del derecho a una vivienda adecuada es muy activa, confiriéndosele muchas facultades para intervenir en las actividades y bienes privados. Ello en tanto se considera que el derecho a la vivienda adecuada es una obligación de carácter prestacional del Estado, veamos lo establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 16-0397, de fecha 23 de abril de 2016, emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela[125]:

> "Se concluye, que el derecho de acceso a una vivienda digna está incluido en el elenco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, ligado a su dimensión social y a la protección de la familia como uno de los elementos esenciales para un nivel de vida adecuado, por lo que la inclusión del derecho a la vivienda de las personas y sus familias en el catálogo de derechos constitucionales concreta el cumplimiento de lo establecido en los instrumentos internacionales y el carácter de Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia (…), lo que implica no solo deponer los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio del derecho a la vivienda a todos los ciudadanos, sino que impone una obligación prestacional al Estado de procurar los medios necesarios para que todos tengan acceso real al mismo. De esta manera, la Carta Magna establece el derecho de las familias a acceder a una vivienda digna (…), lo que implica necesariamente un desarrollo normativo más cercano a los derechos de protección y a los derechos sociales. En palabras de Forsthoff, tales obligaciones se dirigen a una regulación socialmente adecuada de las "oportunidades de apropiación", colocando en el Estado la obligación de prestaciones normativas y además fácticas, por el deber de asumir con sus propios medios el servicio destinado a atender a los extensos grupos que requieren de su urgente

[125] https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2019/10/SC-N%C2%BA-343-06-05-2019.pdf

> intervención en materia de vivienda, producto de la desigualdad social como consecuencia de la desatención de la que fueran objeto durante años la mayoría de los ciudadanos y ciudadanas agudizando el problema."

Por otro lado, y para nuestros efectos, es importante referirnos a la denominada Ley para la regularización y control de los arrendamientos de vivienda (LRCAV), publicada el 12 de noviembre de 2011, en la que –en la línea de las leyes anteriores- se establece un modelo en donde el Estado tiene una participación activa en la regulación y control de los contratos de arrendamiento, así como de las viviendas arrendadas.

Desde el artículo 1, la LRCAV deja ver sus objetivos, los mismos que están en concordancia con el modelo político del gobierno. En esta línea, se busca establecer el régimen jurídico especial de arrendamiento de inmuebles urbanos y suburbanos destinados a vivienda:

> "Artículo 1.- La presente Ley, tiene por objeto establecer el régimen jurídico especial de arrendamiento de inmuebles urbanos y suburbanos destinados a vivienda, ya sean arrendados o subarrendados total o parcialmente; en el marco de la novedosa legislación y Política Nacional de Vivienda y Hábitat, como un sistema integrado dirigido a enfrentar la crisis de vivienda que ha afectado a nuestro pueblo como consecuencia del modelo capitalista explotador y excluyente; con el fin supremo de proteger el valor social de la vivienda como derecho humano y la garantía plena de este derecho a toda la población; contrarrestando la mercantilización y la especulación económica con la vivienda, que la convierte en un medio de explotación y opresión del ser humano por el ser humano; y promoviendo relaciones arrendaticias justas conforme a los principios del Estado democrático y social, de derecho y de justicia, cumpliendo el mandato de refundación de la República, establecido en la Carta Magna."

A diferencia de lo que sucede en otros países de la región, en Venezuela se regula el contrato de arrendamiento en función al derecho a una vivienda adecuada. Por ejemplo, el artículo 4 de la LRCAV establece:

> "Artículo 4.- El Estado promoverá y protegerá el arrendamiento responsable de viviendas, pensiones, residencias o habitaciones, en el marco de la garantía integral del derecho a la vivienda y el hábitat, concebido como:

> 1. Una vivienda transitoria hacia la vivienda digna definitiva de las familias y las personas, que se ve satisfecha con el acceso de todos y todas a la propiedad de una vivienda digna y adecuada, conforme al mandato constitucional, los derechos humanos y las leyes nacionales. 2. Una respuesta a las necesidades de estadía transitoria para las familias y personas (…).
> 3. Un medio para el uso responsable de la propiedad de viviendas, en tanto constituye una forma de poner la vivienda al servicio de la sociedad, cuando no se tiene disposición inmediata de ocupar o vender un bien de supremo interés social; siendo contrario a la Constitución de la República y a esta Ley las prácticas de acaparamiento y especulación en el sector inmobiliario.
> Parágrafo único. La vivienda desocupada es contraria al interés social e implica una contribución tributaria especial para los propietarios, que será establecida por ley y determinada por el órgano encargado de velar por su cumplimiento, como medida para promover el arrendamiento de viviendas desocupadas que no se ofrezcan en venta, atendiendo a las necesidades sociales en la materia. (…).”

La LRCAV garantiza que las viviendas arrendadas cumplan con los requisitos de una vivienda adecuada. El artículo 12 establece:

> “Artículo 12. Se prohíbe el arrendamiento o subarrendamiento de las viviendas urbanas y suburbanas que no posean las condiciones elementales mínimas de sanidad y habitabilidad, que representen riesgos para la seguridad, la salud y la vida de las personas (…)”. En consecuencia, nadie estará obligado u obligada a pagar canon de arrendamiento por viviendas de este tipo (…).”

A fines de implementar y supervisar el cumplimiento de lo establecido en la LRCAV, en esta misma disposición se crea la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda, la cual forma parte de la estructura del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat (artículo 16), es decir, se crea una entidad del Poder Ejecutivo a fin de supervisar los contratos de arrendamiento, así como el cumplimiento de sus cláusulas y de los tratados internacionales sobre vivienda adecuada.

La LRCAV establece entre las facultades de la Superintendencia. Destacan, entre otras, las siguientes (artículo 20):

1. Diseñar, implementar y evaluar los mecanismos de aplicación, control y seguimiento de la LRCAV.

2. Fijar el canon de arrendamiento de los inmuebles regulados por la LRCAV.
3. Realizar la inspección y fiscalización de los inmuebles y personas sujetas a la LRCAV.
4. Efectuar los procedimientos para la determinación de ilícitos sancionados, así como el incumplimiento de los deberes y derechos establecidos.
5. Imponer las sanciones y determinar las indemnizaciones a que hubiere lugar.
6. Revisar y controlar los contratos de arrendamiento destinados a vivienda, estableciendo en el registro nacional una base de datos de contratos de arrendamiento.
7. Realizar inspecciones en las viviendas que estén destinadas al uso del arrendamiento, a fin de validar su estado de conservación.

La propia LRCAV regula el proceso judicial de desalojo, que será revisado más adelante.

También es importante observar las relaciones entre el derecho a la vivienda y el derecho a la propiedad, al cual se le asigna, de modo especial la función social que tiene, conforme se aprecia en la ya mencionada sentencia recaída en el expediente N° 16-0397, de fecha 23 de abril de 2016, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela:

> "Es así, que la propiedad de un inmueble específicamente destinado dentro de las políticas estatales para garantizar el derecho social de las familias de acceder a una vivienda digna debe tener limitaciones que impidan que la disposición de la misma desnaturalice su función social, impidiendo que se trate como cualquier objeto del comercio que pueda negociarse libremente en el mercado sin una protección reforzada del derecho que está llamada a satisfacer; de lo contrario, el derecho constitucional a una vivienda digna podría ceder ante el ejercicio del derecho a la propiedad si no cuenta con una protección reforzada para la familia a la que se le adjudicó el inmueble, razón por la cual estos dos derechos en principio compatibles resultarían contrapuestos.
> Esto no quiere decir, que la Sala no permita la propiedad individual, por el contrario deben coexistir las distintas formas de propiedad

> (…), respetando los principios y derechos consagrados en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que el contenido del derecho a la vivienda es un valor superior del Estado de preeminencia de los derechos humanos, enmarcado en la dignidad humana y la justicia social (Ver sentencias nros. 1317/2011 y 1771/2011, respectivamente)."

Finalmente, un caso de derecho comparado del que también se revisará su modelo de desalojo es el español, cuyo derecho a la vivienda adecuada se encuentra reconocido por la Constitución Española (CE), en su artículo 47:

> "Artículo 47. Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos."

Sobre dicho derecho, el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 37/2022, de fecha 10 de marzo de 2022, y publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 84, del 8 de abril de 2022[126], sostiene:

> "Por una parte, la vivienda, cuya protección se configura como un principio rector de la política social y económica en el art. 47 CE, constituye, especialmente en el caso de la vivienda habitacional, el soporte y marco imprescindible para el ejercicio de varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Entre ellos se encuentran señaladamente los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); derechos estos que son equiparables a los reconocidos en el art. 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6), con los efectos interpretativos que de ello derivan ex art. 10.2 CE (por todas, STC 36/1984, de 14 de marzo, FJ 3). La conexión entre vivienda y vida privada y familiar ha sido puesta de manifiesto, por lo demás, tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, Monika Kušionová c. Smart Capital, a.s., § 65) como por el Tribunal Europeo Derechos Humanos (por todas, STEDH de 24 de abril de 2012, Yordanova y otros c. Bulgaria, § 102 a 105).

[126] https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2022-5807.pdf

> De otro lado, la vivienda constituye un importante activo patrimonial y, por ende, el objeto de un sector del mercado –el mercado inmobiliario–, lo cual le otorga una innegable relevancia desde la perspectiva de la actividad económica, el mercado único y la regulación del tráfico patrimonial privado."

En la línea de los criterios jurisprudenciales antes mencionados, para este tribunal el derecho a la vivienda no es un derecho exigible por los ciudadanos -como un derecho *"a la vivienda"*- sino una obligación prestacional a cargo del Estado, como establece el tribunal en su reciente Sentencia 79/2024, de fecha 21 de mayo de 2024, y publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 152, del 24 de junio de 2024[127]. Veamos:

> "2. (…)
> A)
> (…)
> Por otra parte, hemos afirmado reiteradamente que el art. 47 CE no reconoce un derecho fundamental a la vivienda, ni constituye un título competencial autónomo en favor del Estado, «sino que enuncia, [como consecuencia de su ubicación constitucional] "un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos" (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias» (STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6, con cita de otras muchas).
> (…)
> B)
> (…)
> Por otra parte, ya la STC 7/2010, de 27 de abril, analizó en su FJ 7 la posible vulneración del art. 47 CE por la norma autonómica enjuiciada, advirtiendo «que el principio rector previsto en el art. 47 CE […] constituye un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (administración general del Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales) en el ejercicio de sus respectivas competencias, a fin de promover las condiciones necesarias para que todo español pueda disfrutar de una vivienda digna y adecuada (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2)»."

Conforme lo que se ha venido exponiendo, es el Estado el obligado a implementar mecanismos para realizar el derecho a la vivienda. En tal sentido, sí hay una obligación de implementar políticas, acorde a sus posibilidades. En este sentido, sí se puede exigir al Estado dicha implementación. Ello

[127] https://www.boe.es/boe/dias/2024/06/24/pdfs/BOE-A-2024-12808.pdf

supondría, además, que el sujeto obligado no son los particulares, por lo que, en el caso específico de nuestro trabajo, los arrendadores no pueden verse perjudicados por la inacción o lentitud del Estado, ni ver sus derechos postergados por ello.

2.1.4.2. Derecho a una vivienda adecuada y el proceso de desalojo.

Como se ha podido apreciar, el derecho a una vivienda adecuada sí tiene incidencia sobre el proceso de desalojo, pero con diversas intensidades, hecho que se puede apreciar en los países a los que nos hemos referido en líneas arriba. La intensidad se encuentra en función a la decisión que asuma cada país, entendemos es una cuestión de opción legislativa.

Como hemos visto, en México se orientó inicialmente una protección contra poblaciones vulnerables conforme al texto inicial del artículo 60 de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México, aunque ello fuera luego modificado o atenuado. La redacción inicial del artículo 60 tuvo una incidencia directa en los procesos de desalojo, incidencia que luego fue atenuada con la modificación de la norma.

En el Perú, el primer capítulo del Decreto Legislativo N° 1177, tiene como objetivo no sólo el establecimiento de un proceso único de desalojo mucho más expeditivo y –teóricamente- eficiente sino, además, el fomento del arrendamiento de viviendas, lo que claramente supone –aunque no lo mencione- el apoyo o desarrollo del derecho a una vivienda adecuada, conforme las obligaciones establecidas a cada estado por los tratados internacionales ya referidos.

En efecto, como hemos dicho antes, el acceso a una vivienda adecuada puede realizarse de un modo temporal, como poseedor (arrendamiento, por ejemplo), o de un modo permanente, como propietario (compraventa o adjudicación en propiedad, por ejemplo).

En ese sentido, no sólo los proyectos que facilitan el acceso al crédito de vivienda impulsados por el Estado, sino todas aquellas iniciativas legales que faciliten el arrendamiento de viviendas, son también actos de gobierno orientados al fomentar el acceso a una vivienda adecuada.

Es importante mencionar que dichos actos de gobierno son variados y van de la mano directamente con el modelo de gobierno de cada país. Por ejemplo, en el Perú, el Decreto Legislativo N° 1177 regula la uniformización de los contratos de alquiler para determinar claramente el pago y modo de cumplir las obligaciones, así como la finalización de dichos contratos. Eliminando, lo que a nuestro criterio –explicado en el primer capítulo- es una distorsión en los procesos de desalojo, como es el instituto del poseedor precario.

En efecto, tanto en el Decreto Legislativo 1177, como en la Ley 30933, Ley del desalojo notarial, como en la Ley 30201, se elimina el concepto de poseedor precario, con el fin de, en nuestra opinión, hacer más expeditivo el proceso de desalojo. El fin, sin embargo, no es sólo jurídico (determinación clara de derechos y obligaciones y acceso a una tutela jurisdiccional), sino también social y económico (ingresos de los bienes para alquiler al tráfico comercial dentro de reglas claras que permitan su rápida recuperación y protección al derecho de propiedad), fin último que es el realmente importante en el marco legal peruano actual.

Pero, como hemos visto, en el Perú ello no fue siempre así, y basta remitirnos a la denominada Ley del Inquilinato, modelo bajo el cual se favoreció a los arrendatarios de pocos ingresos que alquilaban, con fines de vivienda, predios pequeños. En este modelo, fue el Estado el que intervino directamente sobre las relaciones contractuales de los particulares, favoreciendo la realización del derecho a la vivienda adecuada, haciendo que ceda el derecho de propiedad de los arrendadores.

Como se puede apreciar, no hay una solución única en la relación del derecho a la vivienda adecuada, el desalojo, la propiedad y la posesión, pues cada país determina el fin económico y social al que desea llevar dichas relaciones

contractuales o procesales –y a este punto es donde deseamos llegar- pues esta decisión no es única sino variable. Por ejemplo, en el modelo venezolano podemos apreciar que se regula o impulsa un desarrollo del derecho a una vivienda adecuada en detrimento del derecho de propiedad e inclusive la tutela jurisdiccional de los propietarios o arrendadores. En este momento no deseamos calificar si dicho modelo de relación entre el derecho de propiedad y el de vivienda adecuada vivienda adecuada es bueno o malo –al margen del modelo económico o político-, tan solo deseamos exponer que hay varios modos de poder implementar el derecho a una vivienda adecuada y ello siempre va a tener incidencia en el modelo del proceso de desalojo en cada país. Lo vemos en el Perú, en México y Venezuela, por ejemplo.

Reiteramos, es innegable la incidencia que tiene el derecho a una vivienda adecuada en el proceso de desalojo de cada país. En este sentido, la pregunta que responderemos en el siguiente capítulo es a qué modelo responde el proceso único de desalojo que se plantea en el presente trabajo y determinar si es aplicable a nuestro país, objetivo al que está orientado el tercer capítulo.

Por ejemplo, y para remitirnos nuevamente al caso venezolano, tenemos que por Decreto N° 8.190 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas publicado en fecha 6 mayo de 2011 en la Gaceta Oficial N° 39.668, impone no sólo un procedimiento administrativo –no privado- de conciliación previa a todo proceso de desalojo judicial. Sino que, además, impone la suspensión de todo proceso de desalojo en ejecución hasta que se verifique el cumplimiento de determinados requisitos, ello en nombre de la protección del derecho a una vivienda adecuada de las personas. El artículo 1 del decreto en mención establece:

> “Artículo 1.- El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley tiene por objeto la protección de las arrendatarias y arrendatarios, comodatarios y ocupantes o usufructuarios de bienes inmuebles destinados a vivienda principal, así como las y los adquirientes de viviendas nuevas o en el mercado secundario, contra medidas administrativas o judiciales mediante las cuales se pretenda interrumpir o cesar la posesión legítima que ejercieren, o cuya

> práctica material comporte la pérdida de la posesión o tenencia de un inmueble destinado a vivienda."

La norma es de aplicación a los inmuebles con fines de vivienda, conforme indica el artículo 2:

> "Artículo 2.- Serán objeto de protección especial, mediante la aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las personas naturales y sus grupos familiares, que ocupen inmuebles destinados a vivienda principal en calidad de arrendatarias o arrendatarios, comodatarias o comodatarios, así como aquellas personas que ocupen de manera legítima dichos inmuebles como vivienda principal. El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley deberá aplicarse además en protección de las adquirientes y los adquirientes de viviendas nuevas o en el mercado secundario, cuando sobre dichos inmuebles, destinados a vivienda principal, se hubiere constituido garantía real, siendo susceptible de ejecución judicial que comporte la pérdida de la posesión o tenencia."

El Decreto N° 8.190 dispone en su artículo 12, y es lo relevante para este acápite, lo siguiente:

> "Artículo 12.- Los funcionarios judiciales estarán obligados a suspender, por un plazo no menor de noventa días (90) días hábiles ni mayor a ciento ochenta (180) días hábiles, cualquier actuación o provisión judicial en fase de ejecución que implique la terminación o cese sobre la posesión legítima del bien destinado a uso de vivienda, bien sea que se encuentre tanto en ejecución voluntaria como forzosa, debiendo notificar al sujeto afectado por el desalojo y cualquier otra persona que considere necesaria en resguardo y estabilidad de sus derechos."

La necesidad de tal suspensión se ampara en lo siguiente:

> "Artículo 13.- Dentro del plazo indicado en el artículo anterior, el funcionario judicial:
> 1. Verificará que el sujeto afectado por la medida de desalojo hubiere contado durante el proceso con la debida asistencia u acompañamiento de un abogado de su confianza o, en su defecto, de un defensor público en materia de protección del derecho a la vivienda. Si esto no hubiere ocurrido, se deberá efectuar el procedimiento previo establecido en los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, sin cuyo cumplimiento no podrá procederse a la ejecución del desalojo.

> 2. Remitirá al Ministerio competente en materia de hábitat y vivienda una solicitud mediante la cual dicho órgano del Ejecutivo Nacional disponga la provisión de refugio temporal o solución habitacional definitiva para el sujeto afectado por el desalojo y su grupo familiar, si éste manifestare no tener lugar donde habitar.
> En todo caso, no se procederá a la ejecución forzosa sin que se garantice el destino habitacional de la parte afectada, por ser este un derecho de interés social e inherente a toda persona."

Como se puede apreciar, la suspensión de un proceso judicial, inclusive en fase de ejecución de sentencia, en momentos previos al mismo desalojo, responde, en este caso, para garantizar –teóricamente- a los afectados con la medida judicial su derecho a una vivienda adecuada.

No es objetivo del presente capítulo determinar si este tipo de legislación es aplicable o no en nuestro país, o si es conveniente o no. Como vemos, estamos ante una diversa priorización de derechos fundamentales y ello, en el caso de Venezuela, responde a una decisión del gobierno, en el que se puede observar claramente que el derecho a una vivienda adecuada –o, en todo caso, a una vivienda- debe ser garantizado por encima del derecho del arrendador a ver restituido su inmueble. Esta priorización de derechos responde a los diversos objetivos de cada país.

Sin embargo, es importante recalcar que, como hemos visto en el marco de los tratados internaciones que regulan el derecho a la vivienda adecuada, el obligado en realizar dicho derecho -de acuerdo a sus posibilidades- es el Estado. Ello se ve ratificado en la jurisprudencia colombiana y ecuatoriano que hemos citado, y también lo es establecido por el TC. Entonces, ¿es válido que un arrendador -sea a no propietario- vea postergado su derecho a la restitución de un bien a fin de proteger el derecho a la vivienda adecuada de determinados sectores sociales -niños o discapacitados, por ejemplo-, cuando se trata de un derecho prestacional a cargo del Estado? Por ello, no creemos conveniente que sean los particulares quienes asuman un perjuicio -ver postergado su derecho a la restitución del bien-, en favor del derecho mencionado, cuando ello es responsabilidad del Estado.

En conclusión, el modelo del proceso de desalojo en cada país está directamente vinculado con la relación existente entre el derecho fundamental a una vivienda adecuada y el derecho de propiedad, e inclusive otros derechos como el de tutela jurisdiccional efectiva, salud, educación y trabajo, por ejemplo. Y dicha relación es decidida por cada país o gobierno, en función a sus propios objetivos nacionales.

El tema en cuestión tiene extrema relevancia social, y ello también explica la razón por la cual el proceso de desalojo responde a una estructura sumaria y de actividad probatoria directa y breve. Sin embargo, el proceso del desalojo es tan solo una parte del problema, que se orienta a varias posibilidades y soluciones. El trasfondo social que subyace a este tipo proceso ocupa –o debería ocupar- un lugar importante en el desarrollo de cada país.

Según lo dicho, seguramente la determinación de qué tipo de proceso único de desalojo se desea implementar en el Perú, pasa antes por decidir cómo se desea implementar el derecho a una vivienda adecuada más que nada –creemos- en relación con el derecho de propiedad. Como hemos visto, en el caso venezolano el derecho a la vivienda –no se sabe si adecuada- está por encima del de propiedad, tanto en el marco de un proceso de desalojo, como en el marco de las políticas públicas, por lo menos es lo que se declara en las leyes citadas.

Bajo este punto de vista, ¿qué sucede en el modelo peruano? Preliminarmente, creemos que, en el marco del acceso a la vivienda adecuada, el Perú ha implementado a través del Decreto Legislativo N° 1177, por ejemplo, el acceso a la vivienda adecuada bajo un marco legal de arrendamiento claro. En el marco que nos ocupa, el proceso de desalojo, podemos afirmar que se prioriza al derecho de propietario, el mismo que puede exigir la restitución del inmueble ante el vencimiento del contrato o su incumplimiento, sin tener ninguna relevancia, para la ley, la situación social o económica del arrendatario, a diferencia del caso venezolano -o la Ley del Inquilinato-, en el que la materialización de la medida judicial de desalojo se

subordina a que éste se encuentre en condiciones de ocupar otra vivienda, como hemos visto en el Decreto Legislativo N° 8.190.

Podemos afirmar, en el sentido expuesto, que un marco legal que favorece un desalojo de inmueble destinado a vivienda no sólo expeditivo, sino sin que se tenga en cuenta alguna la situación social, económica o jurídica del arrendatario (por ejemplo, criterios de género, edad, discapacidad, situación económica o familiar, etc), implica un modelo que favorece a éste. Al contrario, cuando este tipo de criterios cobran relevancia para que judicialmente se decida ejecutar una medida de desalojo o, inclusive, obtener una sentencia favorable, estamos ante un modelo en donde la realización del derecho al acceso a la vivienda es una prioridad. Estamos ante modelos teóricamente extremos, pero donde es esencial la ponderación de los legítimos intereses y derechos que colisionan a nivel legislativo (donde el legislador pondera al estructurar un proceso de desalojo, en su etapa postulatoria, probatoria o de ejecución, por ejemplo), y a nivel judicial (donde el juez pondera de acuerdo a las circunstancias de las partes del proceso, caso por caso). Es la ponderación –más aún en un estado constitucional- donde se define la orientación de cada modelo.

Seguidamente revisaremos algunos modelos de proceso de desalojo en Latinoamérica, y el caso español, modelos cuyas implicancias de ser adoptado en el Perú, serán analizadas en el siguiente capítulo.

2.2. Derecho comparado: algunos modelos de desalojo en Latinoamérica y el modelo de España.

Como hemos dicho antes, el derecho a una vivienda adecuada tiene incidencia directa (a través de su relación con el derecho de propiedad) sobre el proceso de desalojo.

Por otro lado, si como hemos establecido, el objetivo del presente trabajo es establecer un único proceso de desalojo, creemos es necesaria no sólo cuál sería su relación ante el derecho a la vivienda adecuada (lo que implica el

respeto a parámetros mínimos indicados en los tratados internacionales y las consideraciones sobre la situación social o económica del arrendador), sino qué modelo de proceso de desalojo aplicado en el derecho comparado puede ser aplicado en el Perú.

La metodología será acudir a modelos diferentes de proceso de desalojo, y poder extraer experiencias que puedan ser adoptadas en el Perú, siempre y cuando sean aplicables a nuestra realidad.

Hemos seleccionado los siguientes países: Argentina, México, Colombia, Uruguay, Costa Rica, Venezuela y España. ¿Las razones? En principio, seleccionamos países latinoamericanos donde podíamos entrevistar a operadores jurídicos de los mismos. Si bien podíamos tener acceso a la legislación, jurisprudencia o doctrina de cada país, nos era imprescindible conocer cómo la abstracción del derecho –que podemos, relativamente sin dificultad, descubrir en códigos, leyes, sentencias o en la doctrina- funcionaba en la realidad diaria de los operadores del derecho, en suma, de los litigantes y usuarios de las cortes de cada país.

Teniendo ello en mente, pudimos contactarnos con abogados litigantes en Argentina, Colombia, México y Venezuela. Ello nos permitiría saber cuánto realmente dura un proceso judicial, qué estrategias jurídicas utilizan los litigantes en cada país, en suma, los problemas y beneficios que nunca se aprecian de la lectura de la norma jurídica o una sentencia judicial, sin perjuicio de la importancia de revisar también estos documentos. Por ejemplo, en el Perú un proceso sumarísimo –como el desalojo- dura en primera instancia menos de un mes, si nos remitimos al texto expreso y frio del Código Procesal Civil, pero es la realidad la que nos dice otra cosa muy distinta y dramática.

De este modo, inicialmente tuvimos como objetivo revisar los modelos de dichos países. La importancia de Argentina es el ser un estado federativo, con un código procesal que rige en la ciudad de Buenos Aires, pero muchos otros por tantas provincias que hay en dicho país, la posibilidad de contactar con un abogado de la provincia de Mendoza nos abrió la posibilidad de revisar la

legislación de dicha provincia, que regula el desalojo como un proceso monitorio. De este modo, sin perjuicio de revisar el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pudimos tener acceso a analizar las ventajas y desventajas de un proceso monitorio a partir del testimonio de un abogado litigante y especializado en dicha materia. ¿El Perú podría tener un proceso monitorio de desalojo? Revisar el modelo argentino se convirtió en un objetivo en nuestra investigación.

La República Oriental del Uruguay también tiene un modelo monitorio de desalojo y que tiene bastante éxito –según el testimonio obtenido en Mendoza-, por lo que nos parece importante brindar algunos alcances de dicha regulación, con el mismo objetivo: si es aplicable un proceso monitorio en el Perú.

Colombia también tiene disposiciones importantes para dinamizar el proceso de desalojo: es un proceso de una sola instancia e impone cargas al demandado en dicho proceso con el fin de obtener un pronto pronunciamiento de instancia. El debate constitucional y doctrinario que allí se ha dado, nos parece relevante plasmarlo y, eventualmente, trasladarlo al Perú con miras de implementar algunas de sus regulaciones.

La importancia de Venezuela en el presente análisis nos parece trascendental. Es el único país en América del Sur que le da al derecho a una vivienda adecuada una amplitud que no se le da en ningún otro país. Es donde la importancia de dicho derecho fundamental tiene incidencia directa y palpable en el proceso de desalojo que allí se regula.

Costa Rica es el único modelo de América Central que revisaremos. Nos parece importante ello en tanto -nos adelantamos- se trata de un modelo mixto, en el cual convive un modelo de proceso sumario de desalojo y uno de desalojo monitorio. ¿Podrá ser ello aplicable en el país?

Finalmente, el único caso fuera de América es el de España. Como sabemos, el año 2007 se produjo lo que dio en llamarse la crisis de la *“burbuja*

inmobiliaria". Miles de personas se quedaron sin casa, no pudieron pagar sus alquileres ni sus créditos hipotecarios. España adoptó una serie de medidas legislativas con el fin de contrarrestar esa crisis, muchas desde el punto de vista del derecho a una vivienda adecuada. ¿Cuánto de ello podremos aprender ahora que el Perú ha pasado por un episodio similar debido a la crisis sanitaria, social y económica causada por el COVID–19?, ¿cuánto podremos trasladar a nuestro proceso de desalojo?

El análisis de cada país se da desde un punto de vista legislativo y jurisprudencial principalmente. El análisis doctrinario es tomado con las limitaciones que la distancia y el desconocimiento de la mejor doctrina nos imponen. En los casos de Argentina –específicamente la Provincia de Mendoza-, Colombia y México, contamos –como ya hemos dicho- con la opinión y testimonio de abogados litigantes, lo que nos parece una fuente de información esencial.

2.2.1. Argentina.

La Constitución de la Nación Argentina del año 1853, con diversas modificaciones -la última de la cuales es de fecha 15 de diciembre de 1994, establece en dicho país la forma representativa republicana federal (artículo 1).

Dada dicha forma de gobierno, coexisten junto a un gobierno federal, otros gobiernos que se dan en llamar provincias, cada una con su propia legislación. El artículo 5 de la Constitución establece:

> "Artículo 5°- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones."

En función a ello, y en referencia al régimen procesal en Argentina, tenemos que no sólo un modelo procesal federal sino, a la vez, un modelo por cada

provincia existente. En este sentido, no sólo tenemos un proceso de desalojo, sino varios dependiendo del número de provincias en el país.

El objetivo de este acápite es analizar el modelo federal de desalojo y el de una de las provincias argentinas, en este caso, el modelo de Mendoza.

2.2.1.1 El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCyCN). Las reformas de la Ley 25.488.

El Código federal argentino fe aprobado por Ley 17.454, y publicado en el Boletín Oficial el 27 de agosto de 1982.

En dicho cuerpo normativo el proceso de desalojo de inmuebles rurales y urbanos es tratado bajo las reglas de un juicio sumario (artículo 679). El juicio sumario es el equivalente al proceso sumarísimo o abreviado en el Perú, es decir, un proceso con cognición limitada y en donde se favorece –teóricamente- la rapidez de la sentencia, dada la pretensión que se discute.

Sin embargo, con fecha 22 de noviembre de 2001, se publicó en el Boletín Oficial la Ley N° 25.488, por la cual se modificaba el CPCyCN y tuvo una de sus principales modificaciones la derogación del proceso sumario. Dejando al proceso de desalojo sin dicho cauce procedimental. Ello convirtió al proceso de desalojo, por defecto, en un proceso ordinario cuya principal característica fue la de ser un proceso de cognición amplia. Si bien el proceso ordinario ya había sido abreviado la doctrina criticó la conversión de sumario a ordinario del proceso de desalojo, pues también se modificaba el sistema de impugnaciones dentro del proceso:

> “Pero quizá la reforma que más incida en la tramitación del juicio de desalojo sea la derogación del art. 496 del CPCCN, que limitaba el recurso de apelación en el sumario a unas pocas resoluciones, rigiendo con la reforma, también en el proceso de desalojo, el principio de apelabilidad propio del ordinario y, en consecuencia, salvo expresa disposición en contrario, son apelables ahora, todas las sentencias definitivas, las interlocutorias y las providencias simples que causen gravamen irreparable, sistema previsto para

> procesos complejos y no para plenarios abreviados como era éste, que por su simplicidad requiere que se privilegie la brevedad de su trámite" (Coleiro 2002: 28).

En el proceso de desalojo los sujetos pasivos del proceso son los *"locatarios*[128]*, sublocatarios, tenedores precarios, intrusos y cualesquiera otros ocupantes cuyo deber de restituir sea exigible"* (artículo 680).

En el caso de los *"intrusos"* el artículo 680bis establece que *"en cualquier estado del juicio (…) y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar"*.

Como se puede apreciar, los sujetos pasivos suponen un espectro amplio de procedencia del desalojo, tan igual que en el Perú, pues incluyen a los *"intrusos"* y *"tenedores precarios"*.

En efecto, de la lectura de dicha norma el proceso de desalojo no sólo es admisible cuando medie una relación jurídica entre las partes en cuya virtud el demandado se halla obligado a restituir el bien a requerimiento del actor, sino también en el supuesto que, sin existir vinculación contractual alguna, se trata de un ocupante meramente circunstancial o transitorio que no aspira al ejercicio de la posesión (Palacio 1984: 77).

Para el caso de falta de pago o vencimiento del plazo, hay una limitación probatoria a la prueba documental, confesión y pericial (artículo 685).

Cabe decir que el artículo 1223 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina, se establece que, a la extinción de la locación, surge la obligación de restituir el bien y es el desalojo el mecanismo para ello[129].

---

[128] Conforme al artículo 1187 del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley N° 26.994, el contrato de locación es el equivalente al contrato de arrendamiento. La locación se define de la siguiente manera:
"Artículo 1187. Definición
Hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero.
Al contrato de locación se aplica en subsidio lo dispuesto con respecto al consentimiento, precio y objeto del contrato de compraventa."

[129] *"Artículo 1223. Desalojo*
Al extinguirse la locación debe restituirse la tenencia de la cosa locada.

> “Artículo 686: LANZAMIENTO. - El lanzamiento se ordenará:
> 1 Tratándose de quienes entraron en la tenencia u ocupación del inmueble con título legítimo, a los DIEZ (10) días de la notificación de la sentencia si la condena de desalojo se fundare en vencimiento del plazo, falta de pago de los alquileres o resolución del contrato por uso abusivo u otra causa imputable al locatario; en los casos de condena de futuro, a los DIEZ (10) días del vencimiento del plazo. En los demás supuestos, a los NOVENTA (90) días de la notificación de la sentencia, a menos que una ley especial estableciera plazos diferentes.
> 2 Respecto de quienes no tuvieron título legítimo para la ocupación del inmueble, el plazo será de CINCO (5) días.
> Artículo 687: ALCANCE DE LA SENTENCIA. - La sentencia se hará efectiva contra todos los que ocupen el inmueble, aunque no hayan sido mencionados en la diligencia de la notificación o no se hubiesen presentado en el juicio.
> Artículo 688: CONDENA DE FUTURO. - La demanda de desalojo podrá interponerse antes del vencimiento del plazo convenido para la restitución del bien, en cuyo caso la sentencia que ordena la desocupación deberá cumplirse una vez vencido aquél. Las costas serán a cargo del actor cuando el demandado, además de haberse allanado a la demanda, cumpliere su obligación de desocupar oportunamente el inmueble o de devolverlo en la forma convenida”

Otra modificación importante en el proceso de desalojo es la abreviación del procedimiento para los casos de vencimiento de contrato y falta de pago, pudiéndose solicitar la entrega inmediata del bien, previa caución. El artículo 684 Bis indica:

> “Artículo 684 BIS.- En los supuestos en que la causal invocada para el desalojo fuere la de falta de pago o vencimiento del contrato, el actor podrá también, bajo caución real, obtener la desocupación inmediata de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 680 bis[130]. Para el supuesto que se probare que el actor obtuvo esa medida ocultando hechos o documentos que configuraren la relación locativa o el pago de alquileres, además de la inmediata ejecución de la caución se le impondrá una multa de hasta $ 20.000 en favor de la contraparte.”

El procedimiento previsto en este Código para la cláusula resolutoria implícita no se aplica a la demanda de desalojo por las causas de los artículos 1217 y 1219, inciso c).
El plazo de ejecución de la sentencia de desalojo no puede ser menor a diez días.”

[130] *“Artículo 680 BIS.- En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar.”*

Esta regulación ha suscitado varios comentarios en la doctrina:

> "(…) En realidad de lo que se trata, es de un supuesto de sentencia anticipada que hace lugar total y definitivamente a la pretensión del actor, con fundamento en que tanto la experiencia como la estadística dicen que los procesos de desalojo fundados en las causales de falta de pago o vencimiento de contrato prácticamente prosperan en su totalidad. Si tenemos en cuenta además, que la medida habrá de ser ordenada después de trabada la litis, la verosimilitud del derecho del actor se acerca mucho a la certeza. Pero, por otro lado, nos preocupan aquellos casos de viviendas humildes en los que locadores inescrupulosos, aprovechando las necesidades económicas y el desconocimiento de los inquilinos, utilizan la práctica de burlar la ley, con actitudes tales como, por ejemplo, no entregar el ejemplar del contrato al locatario, no renovar los contratos al vencimiento o no dar al inquilino los recibos de pago de alquileres. Esta falta de moral, unida a la grave crisis económica que nos toca vivir, desbalancea el ideario de la igualdad de partes en el proceso, por lo que el juez se constituye en el último baluarte del control y de la defensa de la legalidad, a la vez que en morigerador de situaciones en las que aquellas desigualdades puedan llevar, a través de la solución legal, a consagrar verdaderas injusticias" (Coleiro 2002: 28).

En el siguiente capítulo se podría evaluar la posibilidad de implementar esta medida legislativa en un proceso único de desalojo en el Perú.

2.2.1.2. Modelo provincial: el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza (Ley 9001), regula un proceso monitorio.

El proceso de desalojo se encuentra desarrollado en el Libro Tercero del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza, como un proceso de estructura monitoria.

Sobre los resultados que vienen dando en la provincia de Mendoza, y según nos comenta el abogado Omar Dario Zambudio Rotondo[131], quien ejerce como litigante especializado en desalojos en la provincia de Mendoza, aún es muy temprano analizar los resultados que viene dando el proceso monitorio

[131] odzambudio@hotmail.com

en la provincia, pues la Ley 9001 que lo ha implementado es de reciente vigencia.

Sobre el proceso monitorio, la doctrina es amplia al estudiarlo, y existen muchas variantes, pero creemos que resulta interesante revisar su naturaleza y funciones en la medida que, eventualmente, puede ser implementado en el Perú.

Para entender al proceso monitorio de una manera más didáctica, debemos saber que, tradicionalmente, un proceso judicial tiene dos etapas: la *cognitio* y la coacción. Es decir, primero tenemos una etapa en la cual el Poder Judicial conoce de un conflicto con relevancia jurídica, y luego de una etapa de *cognitio*, lo resuelve o soluciona a través de una decisión final que será la sentencia. Esta decisión es un título que, por su propio mérito y en caso de no ser cumplida voluntariamente por la parte obligada a cumplirla, podrá ser ejecutada por la fuerza, es decir, el Estado detenta el poder de coacción para hacer que las sentencias puedan ser cumplidas en sus propios términos y eventualmente, se pueda obligar a pagar una deuda, entregar un bien o privar de libertad a una persona.

Hay pues, dos etapas diferenciadas: una etapa de conocimiento y una etapa de ejecución. Es la sentencia, el acto y título que diferencia y divide ambas fases.

Sin embargo, en el entendido que ambas fases suponen tiempo y esfuerzo y existen multitud de supuestos en los cuales la justicia o la determinación de un derecho a través de una sentencia, convierten la demora en el verdadero obstáculo para lograr la satisfacción de un legítimo derecho, es que en aras de una Tutela Jurisdiccional efectiva, el derecho procesal busca y rea nuevos mecanismos que respondan a situaciones especiales que por su cantidad, simpleza o impacto social, no necesitan -o no deberían- transitar por ambas fases.

Así se crea, por ejemplo, el proceso de ejecución, el cual prescinde –casi absolutamente- de la fase de *cognitio*; también el proceso cautelar, que busca asegurar el resultado de la sentencia a expedirse precisamente por la demora en que esta se expida. De este modo, hay multitud de mecanismos y uno de tantos, es el proceso monitorio:

> "Atendiendo a tal situación, y como una forma de alcanzar una mayor celeridad en la solución de determinados asuntos, y evitar la tramitación previa del proceso de conocimiento, se ha elaborado una estructura particular que se ha dado en llamar proceso monitorio, y así, se ha establecido que, frente a la sola demanda del actor, y sin previo contradictorio, el tribunal dicte, en primer lugar, la sentencia monitoria por la que ordena al demandado el cumplimiento de una prestación; y luego, en un segundo momento, le brinda a este último la posibilidad de manifestar su oposición, con las variantes que la misma presenta según la clase de proceso monitorio a que se refiere (puro o documental)" (Loutayf 2004: 497).

La agilidad y eficiencia en la ejecución del derecho es lo común que une a todos estos mecanismos. Respecto al proceso monitorio:

> "La Exposición de Motivos de la Ley 1/2000[132] describe el proceso monitorio como el procedimiento destinado a otorgar protección rápida y eficaz al crédito dinerario líquido, en especial el que surge del tráfico mercantil de profesionales y de la pequeña y mediana empresa. Consecuentemente, podemos definirlo como el instrumento rápido y ágil tendente a obtener una resolución judicial de despacho de ejecución del derecho de crédito que reúna las formalidades previstas por la Ley, y evitar por tanto, la lentitud, e ineficacia, de los procesos ordinarios previstos para la protección del crédito en los que el deudor en la mayor parte de las ocasiones no comparecía ni se oponía" (Rioja 2013).

¿Qué de diferente trae el proceso monitorio?:

> "En el proceso monitorio las cosas ocurren de otra manera, porque se invierten los momentos de la discusión y de la resolución: el juez, frente a la demanda del actor, dicta en primer lugar y sin previa contradicción la sentencia monitoria ordenando al demandado el cumplimiento de una determinada prestación. Y luego, en una etapa ulterior, concede al demandado la oportunidad para que formule su oposición, fijándole un plazo a tales efectos. Es decir, se desplaza la

[132] En referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

> iniciativa del contradictorio al demandado, en cuanto debe este último formular la oposición para enervar los efectos de la sentencia monitoria favorable al accionante" (Loutayf 2004: 497).

Entonces, el proceso monitorio es creado para crear un título ejecutivo (la sentencia monitoria) desde el momento de la presentación de la demanda, prescindiendo de una etapa cognitiva amplia (pues sí hay un mínimo de *cognitio*, realizado por el juez al recibir el escrito de demanda) y pasando directamente a la etapa de ejecución.

Una de las características esenciales del monitorio es que la *cognitio* es muy limitada, pues la sentencia se emite sin escuchar al demandado.

Otro aspecto del monitorio es su clasificación en puro o documental (Calamandrei 1946: 26). Basados en esta clasificación, se entiende que en términos generales el proceso monitorio puro:

> "(…) es aquel mediante el cual el mandato de pago se libra a partir de la sola afirmación del acreedor, sin necesidad de apoyo documental que acredite la deuda reclamada; y en el que la simple oposición del deudor – que no necesita ser motivada – impide la constitución del título ejecutivo, supuesto en que el asunto deberá dilucidarse a través de un proceso de conocimiento posterior. Asimismo, es importante señalar que este modelo podría resultar idóneo para la implementación de plataformas electrónicas que agilicen su diligenciamiento en aras de una conveniente tramitación automática, puesto que al carecer actividad jurisdiccional de valoración de prueba alguna, lo tornaría en un proceso aún más expedito" (Pagés LL. 2018).

Como se puede apreciar, en el proceso monitorio puro no hay pruebas, ni presentadas por el demandante en su demanda, ni del demandado al oponerse a ésta.

Ello marca la diferencia con el documental que:

> "(…) es aquel que para que el órgano jurisdiccional declare la admisibilidad de la demanda, ésta requiere encontrarse acompañada de un documento o principio de prueba documental que permita inferir con suficientes certeza la existencia de la

> pretensión reclamada, el mismo que además servirá de sustento para la emisión del mandato de pago; y en el que la oposición del deudor – necesariamente motivada en hechos y derecho-, impedirá la constitución del título ejecutivo, toda vez que el asunto deberá dilucidarse a través de un proceso de conocimiento posterior" (Pagés LL. 2018).

A diferencia del puro, en este tipo se exige a las partes que presenten sustento de hecho y de derecho, debidamente probados, para que se pueda ejecutar la sentencia monitoria.

Como puede apreciarse, en el modelo puro la contradicción –si es que se puede llamar así, se sustenta en la mera negativa del demandado, mientras que, en el documental, abre una etapa de cognición y de contradicción "en el que el juez deberá analizar si los fundamentos de hecho y de derecho en los que el demandado se ampara, amerita dejar sin efecto el mandato, o si por el contrario, debe hacerse ejecutivo." (Loutayf 2004: 499)

En todo caso, en ambos se mantiene lo esencial del monitorio, la creación rápida de un título judicial que de mérito a la ejecución de la obligación de pago o una obligación de hacer o no hacer, por ejemplo.

Parte de la doctrina ha dado en identificar un tercer modelo de monitorio. En este caso, para que se expida una sentencia monitoria es necesaria una etapa previa para acreditar la existencia del derecho o dar validez al medio de prueba que lo acredita (Loutayf 2004: 499).

Este tercer modelo supone que el demandante no cuenta con el medio de prueba que acredite su derecho, por lo que en este caso se seguirá, vía incidental, una etapa donde se pueda acreditar la existencia del título. Esta etapa previa es la que en el Perú se conocería como proceso de prueba anticipada. En este sentido, no consideramos que estamos ante un tercer modelo de monitorio, sino que se trata de un modelo monitorio documental.

En el caso de la provincia de Mendoza, el proceso monitorio es uno de tipo documental creado para supuestos específicos: pago de sumas dinerarias o

la restitución de inmuebles en caso de vencimiento de contrato de arrendamiento o falta de pago.

El artículo 232 del código mendocino establece:

> "ART. 232 SUPUESTOS.
> Se aplicarán las normas del presente Título a las controversias que versen sobre: a) Obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y determinadas;
> b) Las obligaciones de dar sumas líquidas de dinero derivadas de contratos de locación de inmuebles, ya sea de alquileres o por cualquier otro concepto.
> c) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por vencimiento del plazo contractual y/o por falto de pago de los cánones locativos siempre que se hayan cursado las intimaciones fehacientes que en su caso dispongan las normas pertinentes.
> d) Restitución de la cosa inmueble o mueble dada en comodato siempre que se hayan cursado las intimaciones fehacientes que en su caso dispongan las normas pertinentes;
> e) Los títulos ejecutivos (…), con excepción de la ejecución de sentencia.
> f) Títulos emitidos en moneda extranjera.
> g) Deudas por expensas comunes.
> h) Deudas por tarjetas de crédito.
> i) El saldo deudor de cuenta corriente bancaria.
> j) Los demás títulos que tuvieran fuerza ejecutiva por ley o por convención privada y no estén sujetos a un procedimiento especial."

Como se aprecia de la lectura de la disposición glosada, muchos de los supuestos de procedencia de un proceso monitorio son casos o controversias que, en la realidad judicial peruana, no sólo son muy frecuentes, sino que tienen un gran impacto social, como es el cobro de deudas o los supuestos de restitución de posesión de inmuebles. Más aún, se puede decir que se trata de casos en los que el contradictorio no supone mucha actividad probatoria, o donde la prueba debería ser tan contundente –por lo simple de la controversia- que deviene en innecesario una etapa de cognición plena. Así, por ejemplo, como hemos visto en el capítulo anterior respecto al desalojo, estamos ante casos de probanza simple o directa como, por ejemplo, un contrato de alquiler con firmas legalizadas cuyo plazo ya ha vencido, o recibos por arriendos impagos, etc.

Sin embargo, a pesar de ello, el monitorio mendocino no supone la supresión del contradictorio, sino que este momento es trasladado a una etapa posterior a la sentencia. En efecto, emitida la sentencia y corrido traslado de ésta al demandado para que sea ejecutada, éste tiene la facultad de presentar una oposición, antes que aquélla quede firme o consentida.

Es decir, el demandado, si desea, puede oponerse a la ejecución de la sentencia –bajo los parámetros regulados. De este modo, si no se presenta oposición, se ejecutará la sentencia inmediatamente, por el contrario, si es que sí hay oposición, se suspenderá la ejecución hasta que la misma se resuelva.

Considera la doctrina que una característica común a los procesos monitorios es que la iniciativa de la controversia deja de estar de lado del demandado, sino que se traslada al demandante, cuando éste decide o no presentar oposición (Calamandrei 1946: 24-25):

> "De esta manera, en el caso de que se plantea dicha oposición a la sentencia monitoria, el contradictorio se invierte, pues solo con dicha oposición se puede detener los efectos de la sentencia monitoria favorable a la parte accionante hasta que se defina si resulta o no procedente dicha oposición" (Pagés LL. 2018).

En el caso de la provincia de Mendoza, el proceso monitorio de desalojo tiene la siguiente estructura:

> "ART. 237 REGLAS ESPECIALES.
> I.- SUJETOS DEL PROCESO.
> El proceso de desalojo se sustanciará:
> a) Entre locador y el locatario de inmuebles y los sucesores de uno y otros a título singular o universal cuya obligación de restituir se haya hecho exigible. Asimismo, a opción del locador podrán ser demandados los garantes por las costas.
> b) Entre usufructante y usufructuario y comodante y comodatario cuya obligación de restituir sea exigible por haber vencido el contrato y cualquier ocupante.
> II.- DISPOSICIONES ESPECIALES PARA EL JUICIO DE DESALOJO.
> El proceso por desalojo se regirá por las normas del proceso monitorio con las siguientes modificaciones:

1) Para acceder al proceso monitorio por falta de pago o vencimiento de contrato en las locaciones urbanas o rurales (…), el actor deberá acompañar instrumento público, privado cuya firma esté reconocida o hubiera sido certificada por escribano público, de cuyo contenido surja el derecho en que funda la acción y constancia de intimación fehaciente de desocupación (…).
2) SENTENCIA. Solicitada la apertura del procedimiento monitorio, el Juez examinará cuidadosamente los instrumentos acompañados a fin de verificar si cumplen con los recaudos legales y en caso afirmativo dictará sentencia monitoria en el plazo de cinco (5) días conforme la pretensión deducida, ordenando el desahucio en quince (15) días.
3) NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA. Se notificará en el domicilio real o especial según corresponda del demandado (…), agregando copia de la demanda y documental acompañada (…).
(…)
5) OCUPANTES MENORES DE EDAD. Si en el inmueble residen niños, niñas o adolescentes, el Juez comunicará al Organismo local de protección de derechos a fin de que disponga las medidas administrativas que estime corresponder. Asimismo, dará intervención al Ministerio Público de la Defensa y Pupilar en los términos del Art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación.
6) UBICACIÓN DEL INMUEBLE (…). En este caso, si el notificador hallase al demandado personalmente y lo identificase, le notificará. En caso contrario devolverá la cédula informando el resultado de su diligencia.
7) En caso de no existir oposición quedará firme la sentencia monitoria y se procederá el desahucio.
8) OPOSICIÓN. En el plazo otorgado por la sentencia para proceder al desalojo, el locatario, garante y ocupante, podrán oponer defensas, las cuales deberán ser documentadas o surgir expresamente de la instrumental acompañada.
9) RECHAZO IN LIMINE. Se ajustará a lo establecido por el Art. 235 - III. 10) De ser formalmente procedente la oposición, se correrá traslado por cinco (5) días al actor, quien podrá ofrecer prueba tendiente a desacreditar la misma, quedando suspendida la ejecución de la sentencia monitoria.
11) PRUEBA ADMISIBLE. La prueba a ofrecer para fundar la oposición planteada se ajustará a lo normado por el Art. 235 – IV. (…).
13) ALCANCE DE LA SENTENCIA. La sentencia se hará efectiva contra todos los que ocupen el inmueble, aunque no hayan sido mencionados en la diligencia de notificación o no se hubieren presentado en el juicio. La sentencia no prejuzga sobre el dominio, posesión o preferente derecho que puedan alegar los interesados o terceras personas.
14) CONDENA ANTICIPADA. La demanda de desalojo podrá interponerse antes del vencimiento del plazo convenido para la restitución del bien o del vencimiento del plazo legal de la locación.
(…)

> 15) APELACIÓN. El auto que rechaza o que hace lugar a la oposición será apelable en el plazo de tres (3) días. El recurso se concederá en forma abreviada y con efecto suspensivo."

Como se puede ver, la demanda debe estar sustentada en prueba documental (contrato con formas reconocidas o legalizadas), de lo contrario no se expedirá sentencia monitoria, con lo cual se garantiza, como antes se dijo, un mínimo de *cognitio*, ejercida por el juez, aunque sin escuchar a la otra parte, lo que sucederá en un momento posterior. La prueba a adjuntarse es la siguiente:

- Instrumento público.
- Instrumento privado con firma reconocida o certificada por escribano público.
- Constancia de intimación fehaciente de desocupación.
- Denunciar la existencia de sublocatarios u ocupantes.

Ahora bien, de presentarse oposición se abre una etapa de cognición y contradictorio, suspendiendo la ejecución de la sentencia.

Otro aspecto importante es que el efecto del proceso de desalojo monitorio de Mendoza, tiene similar naturaleza a nuestro proceso de desalojo en todas sus modalidades, pues contiene una pretensión que tiene como objetivo la recuperación de la posesión de un bien que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de simple intruso. No se trata, pues, de un proceso que determine el derecho de propiedad, lo que como vimos en el capítulo anterior está reservado para otro tipo de procesos de cognición amplia.

El abogado Omar Dario Zambudio Rotondo, no da algunos alcances prácticos sobre el proceso de desalojo regulado en la provincia de Mendoza.

Así, nos manifestó que un aspecto importante en dicho proceso es la protección que se le debe brindar a las personas vulnerables (menores o mayores de edad, por ejemplo) o que tienen algún tipo de discapacidad. A

este respecto, se aplica los jueces de la provincia tienen en cuenta lo dispuesto en el artículo 1195 del Código Civil y Comercial de la Nación:

> "ARTICULO 1195.- Habitación de personas incapaces o con capacidad restringida.
> Es nula la cláusula que impide el ingreso, o excluye del inmueble alquilado, cualquiera sea su destino, a una persona incapaz o con capacidad restringida que se encuentre bajo la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, aunque éste no habite el inmueble."

En estos casos el juez debe dar intervención al organismo local de protección de los derechos y al Ministerio Público de la Defensa y Pupilar (artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación[133]).

Sin embargo, nada de ello puede impedir la ejecución de la sentencia y el eventual desalojo, debiendo el juez tomar las medidas de resguardo sin suspender la ejecución.

En caso de abandono del inmueble arrendado, Zambudio Rotondo nos detalló que el procedimiento es diferente y más expeditivo. El artículo 238 del Código mendocino establece:

> "ARTICULO 238 RECUPERACIÓN DEL INMUEBLE.
> Denunciado por parte interesada que el ocupante ha abandonado el inmueble sin dejar quien haga sus veces, el Juez mediante constatación verificará el estado de abandono y dispondrá averiguaciones entre los vecinos para saber de la existencia y paradero de su ocupante. Si no lo obtuviere ordenará la entrega definitiva del inmueble y dará por resuelto el vínculo contractual con la salvedad establecida en la segunda parte del inc. 14 del Art. 237."

[133] *"Artículo 103. Actuación del Ministerio Público*
La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.
a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.
b) Es principal:
i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;
ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;
iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.
(…)"

En caso no se pueda optar por un proceso monitorio, la vía procesal para el desalojo será el de una cognición plena:

> “ARTÍCULO 239 PROCESO DE CONOCIMIENTO.
> Si no se pudiere optar por el procedimiento monitorio, la acción de desalojo de inmuebles urbanos y rurales se sustanciará por el procedimiento establecido para el proceso de conocimiento con las especificaciones pertinentes del proceso monitorio que fueren compatibles con aquél, en cuanto a la citación de los ocupantes y/o terceros posiblemente afectados.”

En este caso, estamos a que el desalojo de un inmueble no procede siempre a través de un proceso monitorio, el cual habilita sólo los casos de vencimiento del contrato y de falta de pago de arriendos.

Si bien el análisis del funcionamiento del proceso monitorio en el código mendocino nos da unos alcances de cómo puede plasmarse este tipo de modelos en una realidad social y jurídica cercana a la peruana, como la argentina, es muy importante, en nuestra opinión, conocer de su éxito o fracaso en el día a día, información que sólo puede ser proporcionada por los operadores del derecho en Mendoza.

Por ello, y como ya lo mencionamos antes, se recurrió a la opinión del abogado Omar Darío Zambudio Rotondo, quien dirige un estudio jurídico junto a su hermano en la ciudad de Mendoza. Parte importante de los litigios o juicios que tiene a su cargo son desalojos.

Zambudio Rotondo nos explica que la Ley N° 9.001, de fecha 30 de agosto de 2017, y publicada en el boletín oficial de la provincia el 12 de setiembre de ese año, instauró el proceso monitorio para los casos de desalojo, entre otros supuestos. Es decir, tiene una vigencia de un poco más de 2 años.

Actualmente, nos manifiesta que un proceso monitorio de desalojo puede demorar entre –hasta la restitución del bien- entre 6 a 8 meses, y cuando hay oposición del demandado hasta 1 año. La ejecución de la sentencia podría realizarse en un mes, dependiendo de la agenda de cada magistrado. Estos

plazos son especulaciones, pues como él mismo nos ha manifestado: *"en tribunales nada es absoluto"*. Sin embargo, puede afirmar que en la mayoría de casos los demandados no se defienden y optan por desocupar voluntariamente el inmueble.

Este detalle es importante, pues como vimos la idea de un proceso monitorio es lograr un título ejecutivo –sentencia- rápidamente, al ser casos de controversias simples o que la prueba es contundente y, por ello mismo, una etapa procesal de contradicción más constituye es una demora innecesaria para lograr la solución de la controversia. Si ello es así, y se trata de implementar un proceso monitorio en Perú, consideramos que un estudio previo debe tener necesariamente en cuenta el comportamiento de los inquilinos –eventualmente demandados- como detalle de nuestra realidad social.

Sobre las defensas ejercidas por los inquilinos nos manifestó que puede ser que aleguen ser propietarios o poseedores obligando al demandante a iniciar un proceso por reivindicación. Inclusive pueden desconocer firmas, pero son estrategias que con el tiempo se caen y solo buscan ganar tiempo.

En líneas generales el proceso de desalojo busca *"proteger al propietario demandante por los abusos a los cuales se exponen cuando arriendan sus propiedades"*. Al preguntársele por una evaluación del proceso monitorio o alguna propuesta para su mejora, nos manifestó que este sistema es aún bastante nuevo y habría que esperar más tiempo para una evaluación, en todo caso, es una mejora frente a las leyes anteriores sobre desalojo.

Zambudio Rotondo nos indica que el proceso monitorio se viene implementando con relativo éxito en diferentes provincias argentinas, así tenemos:

1. El Código Procesal Civil, Comercial y Minería de San Juan (Ley 988-O, Libro III, Título único).
2. El Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa (Ley N° 1828, Libro III).

3. El Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos (Ley 9.776 – Libro II- Título III – Capítulo I).
4. El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro (Ley N° 4142, Libro III, Título I)
5. El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz (Ley Nº 1.418 Modificada por ley Nº 3453.

En todo caso, el proceso monitorio tiene sus detractores. Así, las principales críticas que se hacen al modelo son (Pagés LL. 2018):

1. La posibilidad de que se ponga en duda la eventual deficiente garantía del derecho de defensa del demandado;
2. La hostilidad de los profesionales del foro con relación a su implementación; y
3. Que la implantación del mismo puede propender a la actitud maliciosa de los deudores a quienes bastaría oponerse a la orden del juez para tornar ilusoria la pretensión del acreedor por esta vía breve y sencilla.

Citando a Orlando Jorge Ramírez, Pagés indica:

> "(…) con la estructura monitoria sólo se procura especular con que el demandado "no articule la oposición; pero lo cierto es que si el inquilino recibe en su domicilio la notificación de una sentencia que le da diez días para entregar el inmueble bajo apercibimiento de lanzamiento no dejará de ir mucho más presuroso al abogado que cuando recibe un traslado de demanda, y el profesional le dirá: no se preocupe, con una oposición paramos todo" (Pagés LL. 2018).

2.2.2. México.

En México, específicamente en el distrito federal de México, el proceso de desalojo ha sido regulado como un proceso especial en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF) con la denominación de controversias en materia de arrendamiento inmobiliario.

A fin de tener alcances desde la realidad de la práctica jurídica y de litigio hemos podido contactar al abogado Horacio Cruz Tenorio[134], especialista en temas de desalojo y, en general, de procesos que tienen que ver con derechos reales y que actualmente ejerce en Ciudad de México.

El proceso de desalojo que resuelve las controversias sobre la restitución de predios en la Ciudad de México se aplica exclusivamente al arrendamiento inmobiliario[135], dejándose a otros procesos controversias de otro tipo que tengan que ver con restitución de la posesión de un inmueble. A diferencia del proceso de desalojo regulado en la Provincia de Mendoza, que es un proceso monitorio, el modelo bajo estudio en el caso mexicano es un proceso de cognición.

Conforme al artículo 957 del CPCDF, y atendiendo a la rapidez de los procesos de desalojo –justificadas por las razones que ya hemos largamente en el presente trabajo, se le confieren facultades muy generales al juez para determinar el derecho que corresponda:

> "Artículo 957.- A las controversias que versen sobre el arrendamiento inmobiliario les serán aplicables las disposiciones de este título. El juez tendrá las más amplias facultades para decidir en forma pronta y expedita lo que en derecho convenga.
> (…)."

Sin embargo, a criterio de Horacio Cruz Tenorio, estas facultades son muy genéricas y, por ello mismo, en su experiencia no son operativas.

Una vez admitida la demanda de desalojo, en el mismo auto de admisión se corre traslado a la parte contraria y se fija fecha para audiencia[136].

---

[134] Móvil personal: +52 1 55 3656 8935

[135] Artículo 958 CPCDF: *"Artículo 958.- Para el ejercicio de cualesquiera de las acciones previstas en este título, el actor deberá exhibir con su demanda el contrato de arrendamiento correspondiente, en el caso de haberse celebrado por escrito.*
(…)"

[136] Artículo 959 CPCDF: "Una vez admitida la demanda con los documentos y copias requeridas, se correrá traslado de ella a la parte demandada, señalando el juez en el auto de admisión, fecha para la celebración de la audiencia de ley, que deberá fijarse entre los 40 y 50 días posteriores a la fecha
del auto de admisión de la demanda.
El demandado deberá dar contestación y formular en su caso reconvención dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha del emplazamiento; si hubiere reconvención se correrá traslado de ésta a la parte actora para que la conteste dentro de los 5días hábiles siguientes a la fecha de notificación del auto que la admita.

En el artículo 959 del CPCDF se contempla la posibilidad que el demandado interponga reconvención, pero en el artículo 960[137], obliga a que todo medio de prueba deba ser actuado en la audiencia ya fijada al momento de la admisión de la demanda. En la misma audiencia se emite sentencia.

Conforme al artículo 965 CPCDF[138] toda apelación interpuesta antes de la sentencia definitiva no suspende el proceso, y se resolverá conjuntamente con la sentencia de primera instancia en caso se apele ésta.

La sentencia final puede ser apelada pero este recurso no tiene efecto suspensivo (con efecto devolutivo)[139].

En la experiencia del abogado Horacio Cruz Tenorio, un proceso de desalojo en primera instancia puede durar entre 2 a 4 meses. De haber apelación, en sala civil puede durar entre 3 a 4 meses. Lo que daría que un proceso de desalojo en sus dos primeras instancias puede durar de 5 a 8 meses. Sin embargo, todavía cabe un tercer recurso: un juicio de amparo directo ante un Tribunal Colegiado Federal que puede durar entre 4 a 5 meses.

Las cosas, nos manifiesta, se puede complicar aún más, pues es posible promover todavía un juicio de amparo indirecto por el arrendatario

---

Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvención, o transcurridos los plazos para ello, el juez en el mismo auto admitirá las pruebas ofrecidas conforme a derecho y desechará las que no cumplan con las condiciones apuntadas en el Capítulo III, del Título Sexto de este Código, fijando la forma de preparación de las mismas, a efecto de que se desahoguen a más tardar en la audiencia de ley, sin que esta pueda diferirse por ninguna circunstancia, salvo caso fortuito o de fuerza mayor."

[137] Artículo 960 CPCDF: "Desde la admisión de las pruebas y hasta la celebración de la audiencia se preparará el desahogo de las pruebas que haya sido admitidas de acuerdo a lo siguiente:
I. La preparación de las pruebas quedará a cargo de las partes, por lo que deberán presentar a los testigos, peritos y demás pruebas que les hayan sido admitidas y sólo en caso de que demuestren la imposibilidad de preparar directamente el desahogo de algunas de las pruebas que les fueron admitidas, el juez en auxilio del oferente deberá expedir los oficios o citaciones y realizar el nombramiento de peritos, incluso perito tercero en discordia, poniendo a disposición de la parte oferente los oficios y citaciones respectivas, a efecto de que las partes preparen las pruebas y éstas se desahoguen a más tardar en la audiencia de ley;
II. Si llamado un testigo, perito o solicitado un documento que hayan sido admitidos como prueba, no se desahogan éstas a más tardar en la audiencia, se declarará desierta la prueba ofrecida por causa imputable al oferente."

[138] *"Artículo 965.- Para la tramitación de apelaciones respecto del juicio a que se refiere este capítulo, se estará a lo siguiente:*
I. Las resoluciones y autos que se dicten durante el procedimiento y que sean apelables, una vez interpuesta la apelación, el juez la admitirá si procede y reservará su tramitación para que se realice en su caso, conjuntamente con la tramitación de la apelación que se formule en contra de la sentencia definitiva por la misma parte apelante. Si no se presentara apelación por la misma parte en contra de la sentencia definitiva, se entenderán consentidas las resoluciones y autos que hubieran sido apelados durante dicho procedimiento (…)"

[139] *"Artículo 966 CPCDF: "(…)*
La apelación que se interponga en contra de la sentencia definitiva procederá en efecto devolutivo de tramitación inmediata."

(demandado) o un tercero, inclusive, contra la orden de lanzamiento o desalojo, juicio que puede demorar entre 3 a 4 meses. La orden de lanzamiento se puede ejecutar entre 3 a 4 meses.

Así las cosas, en casos extremos el juicio de desalojo puede demorar desde su inicio y hasta su ejecución final unos 21 meses, es decir, 1 año con 9 meses. Ello, comparado con el Perú, en un proceso de desalojo por precario es aún breve. Sin embargo, para Cruz Tenorio se trata de una demora excesiva: *"Lo que más retrasa los procedimientos es realmente la carga de trabajo y juicios que saturan las agendas de los tribunales y se señalan las audiencias entere uno y dos meses de tiempo"*.

Manifiesta que en algún momento se crearon juzgado especializados en materia de arrendamiento inmobiliario, pero después del terremoto de 1985 se fueron convirtiendo en juzgado civiles.

La demora de los juicios se debe, nos dice, también a un tema cultural *"ya que la costumbre es agotar todas las instancias judiciales posibles, para evitar el desalojo. Además, es costumbre que los abogados litigantes cobren una cuota mensual por estos asuntos y por ello, les conviene también alargar su conclusión"*.

Por todos esos inconvenientes, Horacio Tenorio considera que se necesita una reforma en el proceso de desalojo y una solución sería:

> "(…) convertir este tipo de procesos escritos a la vía oral[140], para hacerlos más cortos y contra la sentencia que se dicte sólo procedería el juicio de amparo indirecto federal, es decir, se evitaría la apelación[141].
> (…)
> El sistema de audiencias orales está mejorando las prácticas judiciales.
> Las sentencias se cumplen voluntariamente en un 90% porque son las partes quienes viven un proceso y se convencen del fallo.

[140] Que ya se dan en materia mercantil, familiar y civil.
[141] Se habla de reemplazar el recurso de apelación por el juicio de amparo indirecto.

Aumentan también el número de convenios [de conciliación] celebrados en la audiencia preliminar."

2.2.3. Colombia

Por Ley N° 1564 del año 2012 se expidió el Código General del Proceso, en el cual el desalojo, tal y como lo conocemos nosotros se denomina restitución de inmueble arrendado.

Dicho proceso se encuentra regulado en el artículo 384 del Código en mención, y resulta aplicable a los arrendamientos de vivienda, local comercial e incluso a bienes muebles arrendados, o respecto a cualquier caso de muebles dados en tenencia a título distinto de arrendamiento, tal como lo dispone el artículo 385 del código general del proceso[142].

El artículo 384 dispone, en partes relevantes, lo siguiente:

> "Artículo 384.- Restitución de inmueble arrendado.
> Cuando el arrendador demande para que el arrendatario le restituya el inmueble arrendado se aplicarán las siguientes reglas:
> 1. Demanda. A la demanda deberá acompañarse prueba documental del contrato de arrendamiento suscrito por el arrendatario, o la confesión de éste hecha en interrogatorio de parte extraprocesal, o prueba testimonial siquiera sumaria.
> (…)
> 3. Ausencia de oposición a la demanda. Si el demandado no se opone en el término de traslado de la demanda, el juez proferirá sentencia ordenando la restitución.
> 4. Contestación, mejoras y consignación. Cuando el demandado alegue mejoras, deberá hacerlo en la contestación de la demanda, y se tramitará como excepción.
> Si la demanda se fundamenta en falta de pago de la renta o de servicios públicos, cuotas de administración u otros conceptos a que esté obligado el demandado en virtud del contrato, éste no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba

[142] *"Artículo 385.- Lo dispuesto en el artículo precedente se aplicará a la restitución de bienes subarrendados, a la de muebles dados en arrendamiento y a la de cualquier clase de bienes dados en tenencia a título distinto de arrendamiento, lo mismo que a la solicitada por el adquirente que no esté obligado a respetar el arriendo.*
También se aplicará, en lo pertinente, a la demanda del arrendatario para que el arrendador le reciba la cosa arrendada. En este caso si la sentencia fuere favorable al demandante y el demandado no concurre a recibir la cosa el día de la diligencia, el juez la entregará a un secuestre, para su custodia hasta la entrega a aquel, a cuyo cargo correrán los gastos del secuestro."

allegada con la demanda, tienen los cánones y los demás conceptos adeudados (…).
Cualquiera que fuere la causal invocada, el demandado también deberá consignar oportunamente a órdenes del juzgado, en la cuenta de depósitos judiciales, los cánones que se causen durante el proceso en ambas instancias, y si no lo hiciere dejará de ser oído hasta cuando presente el título de depósito respectivo, el recibo del pago hecho directamente al arrendador, o el de la consignación efectuada en proceso ejecutivo.
Los cánones depositados en la cuenta de depósitos judiciales se retendrán hasta la terminación del proceso si el demandado alega no deberlos; en caso contrario se entregarán inmediatamente al demandante. (…).
Los depósitos de cánones causados durante el proceso se entregarán al demandante a medida que se presenten los títulos, a menos que el demandado le haya desconocido el carácter de arrendador en la contestación de la demanda, caso en el cual se retendrán hasta que en la sentencia se disponga lo procedente.
Cuando se resuelva la excepción de pago o la del desconocimiento del carácter de arrendador, se condenará al vencido a pagar a su contraparte una suma igual al treinta por ciento (30%) de la cantidad depositada o debida.
Cuando el arrendatario alegue como excepción que la restitución no se ha producido por la renuencia del arrendador a recibir, si el juez la halla probada, le ordenará al arrendador que reciba el bien arrendado y lo condenará en costas.
(…)
6. Trámites inadmisibles. En este proceso son inadmisibles la demanda de reconvención, la intervención excluyente, la coadyuvancia y la acumulación de procesos. En caso de que se propongan el juez las rechazará de plano por auto que no admite recursos.
El demandante no estará obligado a solicitar y tramitar la audiencia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la demanda.
7. Embargos y secuestros. En todos los procesos de restitución de tenencia por arrendamiento, el demandante podrá pedir, desde la presentación de la demanda o en cualquier estado del proceso, la práctica de embargos y secuestros sobre bienes del demandado, con el fin de asegurar el pago de los cánones de arrendamiento adeudados o que se llegaren a adeudar, de cualquier otra prestación económica derivada del contrato, del reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar y de las costas procesales.
Los embargos y secuestros podrán decretarse y practicarse como previos a la notificación del auto admisorio de la demanda a la parte demandada. (…).
8. Restitución provisional. Cualquiera que fuere la causal de restitución invocada, el demandante podrá solicitar que antes de la notificación del auto admisorio o en cualquier estado del proceso, se practique una diligencia de inspección judicial al inmueble, con el fin

> de verificar el estado en que se encuentra. Si durante la práctica de la diligencia se llegare a establecer que el bien se encuentra desocupado o abandonado, o en estado de grave deterioro o que pudiere llegar a sufrirlo, el juez, a solicitud del demandante, podrá ordenar, en la misma diligencia, la restitución provisional del bien, el cual se le entregará físicamente al demandante, quien se abstendrá de arrendarlo hasta tanto no se encuentre en firme la sentencia que ordene la restitución del bien.
> Durante la vigencia de la restitución provisional, se suspenderán los derechos y obligaciones derivados del contrato de arrendamiento a cargo de las partes.
> 9. Única instancia. Cuando la causal de restitución sea exclusivamente la mora en el pago del canon de arrendamiento, el proceso se tramitará en única instancia."

Sobre lo expuesto, y aunque no se dice, se advierte que la estructura del proceso es la de un modelo monitorio, ya que conforme al numeral 3, del artículo 384, la no contestación a la demanda provoca la declaración de fundabilidad de la demanda, lo cual lo asemeja, sin lugar a dudas a dicho modelo. Acompaña a nuestra tesis, el hecho que se exige un mínimo de prueba –inclusive testimonial- orientada a probar la existencia del título que confiere el derecho a solicitar la restitución del bien para llevar adelante el proceso (numeral 1, artículo 384). Ello quiere el juez deberá previamente evaluar la existencia de un contrato o un acuerdo de voluntades que determine la existencia de un arrendamiento (identificación de partes, bien y monto de la renta). Demostrado ello, y si no hay oposición dentro del plazo de ley, la demanda será declarada fundada y se procederá a la ejecución, es decir, al lanzamiento si hubiera poseedores.

Hasta aquí, el modelo de desalojo de Colombia necesita para poder funcionar, la acreditación inicial de la existencia de un contrato de arrendamiento. Por ende, si el demandante no puede acreditar la existencia de este acuerdo de voluntades, el modelo y toda su regulación no podrá activarse.

Nótese que, de haber contestación, ésta solo será admitida si hay consignación de los pagos adeudados –en caso la pretensión sea de pago de arriendos o cánones, sino se dará por no contestada la demanda.

A fin de tener alcances desde la realidad judicial hemos contactado con el abogado Dario Millán[143], especialista en temas civiles y que actualmente ejerce en Bogotá, quien nos manifiesta que un proceso de desalojo es muy breve, pues la ley ordena que, para poder ejercer su defensa, el demandado debe consignar el valor de las rentas o cánones que debe. En los casos en que la demanda no es contestada la sentencia se expide entre 3 a 6 meses.

Dada la sumariedad del proceso, es coherente que no resulten admisibles la reconvención y las acumulaciones. La controversia sólo se debe limitar a si el demandante tiene o no derecho a la restitución. Por otro lado, al igual que en el Perú, no es admisible la medida cautelar de pronunciamiento anticipado sobre el fondo, salvo el caso de abandono del bien.

2.2.3.1. Proceso de única instancia.

Otro aspecto a tener en cuenta es que estamos ante un proceso de una sola instancia cuando se trata de la pretensión sobre el no pago de arriendos. En este caso, la discusión sobre la constitucionalidad o no de este tipo de proceso ha sido aceptada no sólo por la doctrina, sino sobre la Corte Constitucional de Colombia.

En efecto, en este caso gira en torno a los artículos 29, 31 y 86 de la Constitución Política de Colombia del año 1991, los cuales reconocen el principio de doble instancia:

> "Artículo 29.-
> (…)
> Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
> (…)
> Artículo 31.- Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

[143] Whatssapp +57 3214824587

> El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.
> (…)
> Artículo 86.- Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (…), mediante un procedimiento preferente y sumario (…), la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
> (…)
> El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión."

Sobre este tema, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-103/05, proporciona algunos criterios sobre la naturaleza y relatividad del principio de la doble instancia en el marco constitucional colombiano:

> "La Constitución Nacional consagra expresamente el principio de la doble instancia en los artículos 29, 31 y 86. Estas normas indican, en su conjunto, que el principio de la doble instancia no tiene un carácter absoluto, en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial deba tener la posibilidad de ser apelada; más aún cuando el artículo 31 Superior expresamente faculta al Legislador para introducir las excepciones que considere procedentes a dicho principio, siempre y cuando no desconozca mandatos constitucionales expresos –como los de los artículos 29 y 86 Superiores, recién citados, que consagran dos hipótesis en las cuales se prevé expresamente la impugnación-. La Corte Constitucional ya ha reconocido el carácter relativo del principio de la doble instancia en múltiples oportunidades.
> Lo anterior no significa que el Legislador esté en completa libertad de excluir la doble instancia para cualquier tipo de procesos. De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, el Legislador debe respetar ciertos parámetros mínimos al momento de decidir que una determinada actuación procesal o proceso únicamente podrá tramitarse en única instancia y no estará sujeta(o) a impugnación; en particular, debe mantenerse dentro del "límite impuesto por los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, específicamente en lo que atañe al principio de igualdad".
> En relación con sentencias judiciales, la Corte ha indicado que es necesario estudiar cada caso individual para determinar la constitucionalidad de las exclusiones de la doble instancia, pero al mismo tiempo ha precisado ciertos criterios que deben ser respetados por el Legislador para que su decisión de someter un procedimiento o acto procesal determinado a trámite de única instancia no riña con la Constitución:
> (a) La exclusión de la doble instancia debe ser excepcional;

(b) Deben existir otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se ven afectados por lo actuado o por lo decidido en procesos de única instancia;
(c) La exclusión de la doble instancia debe propender por el logro de una finalidad constitucionalmente legítima;
(d) La exclusión no puede dar lugar a discriminación[144]."

La sentencia glosada confirmaba la constitucionalidad de los procesos de ejecución de mínima cuantía, básicamente por lo siguiente:

1. Se trata de una disposición excepcional, puesto que el Legislador exceptuó de la norma general de la doble instancia un tipo específico y concreto de procesos ejecutivos –los de mínima cuantía-, sin hacer extensiva esta decisión a los demás procesos ejecutivos –mayor y menor cuantía-, ni a otro tipo de procedimientos judiciales.
2. El derecho de defensa de quienes se ven afectados por la imposibilidad de apelar las decisiones adoptadas en estos procesos puede hacerse efectivo a través de los canales procedimentales previstos durante el curso mismo del proceso ejecutivo, por ejemplo, mediante la proposición de excepciones de mérito, mediante la presentación de alegatos ante el juez en el momento procesal oportuno. De esta manera, no se observa que las personas que se ven afectadas por lo actuado dentro de procesos ejecutivos de única instancia queden desprovistas de medios de defensa judicial ante la supresión de la doble instancia para estos trámites.
3. La finalidad perseguida por la norma es legítima: la celeridad en los procesos ejecutivos y la eficiencia y eficacia de la función pública de administración de justicia.
4. No resulta discriminatorio que los procesos ejecutivos de mínima cuantía carezcan de la posibilidad de segunda instancia. Dice la Corte:

"En este orden de ideas, hay que resaltar que los procesos judiciales de única instancia, distintos a los penales, no son inconstitucionales por ese sólo hecho o por la simple razón de que existan otros

[144] Numeral 3, acápite VII de la Sentencia C-103/05

> procesos de dos instancias (…), sino porque una vez examinados cada uno de los distintos pasos o actuaciones procesales se demuestre la violación, para una o ambas partes, de las garantías del debido proceso, el derecho de defensa, la justicia o la equidad, o se niegue su acceso a la administración de justicia; también pueden serlo por contener un trato discriminatorio, irrazonable e injusto frente al de personas que se encuentran en idéntica situación.
> Por otro lado, el factor cuantía como elemento para determinar la competencia de los jueces, ha sido avalado como legítimo por esta Corporación y declarado constitucional, cuando se fundamenta en un criterio general, impersonal y abstracto, tal como sucede en los procesos verbal sumario y ejecutivo de mínima cuantía, pues como se dejó consignado en las sentencias antes transcritas:
> "...no hay duda de que la distribución del trabajo al interior del aparato judicial requiere de la adopción de criterios que, tanto horizontal como verticalmente, aseguren el cumplimiento de la noble función que la Carta le asigna. Ciertamente, la racionalización en la administración de justicia, obliga a la adopción de técnicas que aseguren prontitud y eficiencia y no sólo justicia en su dispensación. Para ello es razonable introducir el factor cuantía como elemento determinante de la competencia, pero la cuantía referida a un quantum objetivo que no se fundamente en los ingresos subjetivos de las personas sino en el monto global de la pretensión....".
> Ahora bien, pretender que todos los procesos judiciales sean idénticos, es desconocer precisamente que existen asuntos de naturaleza distinta, que ameritan un trato diferente, ya que no es lo mismo someter a la jurisdicción civil un caso de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, en el que no se presenta controversia alguna y, por tanto, no se requiere de la ejecución de ciertas diligencias procesales que si resultan indispensables en otros procesos contenciosos.
> Es que, contrariamente a lo que piensa el demandante, el derecho de acceso a la justicia no se vulnera por existir distintos procedimientos por razón de la cuantía de la pretensión, sino -más bien- por exigir a personas cuyo patrimonio es mínimo que para hacer efectivo su derecho tengan que acudir a procesos complejos y dilatados, lo que atentaría, precisamente, contra el propio derecho cuya efectividad se pretende[145]."

A pesar de ello, la relativización del principio de doble instancia no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina colombiana. Así,

> "En síntesis (…), se observa que el principio de la doble instancia fortalece la esencia del fin propuesto: el debido proceso; por ende, este principio constitucional y garantía procesal que permite a las personas el acceso a la justicia para controvertir la decisión tomada en una sentencia, toma un peso mayor que el principio de la

[145] Numeral 4, acápite VII de la Sentencia C-103/05

> celeridad, al que le interesa más la forma que el fondo de las actuaciones judiciales.
> En tal sentido, la garantía del debido proceso asegura el acceso a la justicia de una manera integral. Por esto se afirma que el legislador mediante el establecimiento de la figura de la única instancia terminó restringiendo indebidamente los derechos y garantías procesales" (Jiménez, Yáñez 2017: 101).

No compartimos lo expresado en la cita glosada, por ello a nuestro parecer – y sin perjuicio de revisar la posibilidad de tener un proceso de desalojo en una sola instancia en el caso peruano- existen instrumentos internacionales que, de igual manera, relativizan el principio de la doble instancia y, más bien, sólo en el caso de los procesos penales se vuelve una exigencia inamovible. Dichas normas han sido citadas por los autores mencionados (Jiménez y Yáñez) quienes, en sus argumentos, han convertido dicho principio en una exigencia en todo tipo de procesos, inclusive civiles y de familia, por ejemplo.

En efecto, los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos tanto por Colombia como por el Perú, reconocen la relatividad del principio de doble instancia. En otras palabras, dicho principio no es exigible en procesos distintos a los de naturaleza penal. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, numeral 5, establece:

> "Artículo 14
> (…)
> 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley."

En el mismo sentido, la Convención Interamericana sobre derechos humanos, en su artículo 8, numeral 2, literal h), indica:

> "Artículo 8.- Garantías Judiciales
> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
> (…)
> h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."

Ambos tratados internacionales han sido ratificados por Colombia (Jiménez, Yáñez 2017: 90), y de su lectura se puede establecer que la doble instancia es un principio inflexible en los procesos penales. En este sentido, conforme lo citamos antes, la Constitución de dicho país, permite su relativización por ley en otras especialidades. Por ello, en casos debidamente fundamentados se puede aceptar la constitucionalidad de la no aplicación del principio de la doble. Para ello debería ser de utilidad, en nuestra opinión, el denominado juicio de ponderación o test de proporcionalidad.

Dentro del marco expuesto, podemos hacer un análisis de la proporcionalidad de la medida legislativa en Colombia de crear un proceso de única instancia en el caso del proceso de desalojo cuando la única causal sea la mora en el canon del arrendamiento.

a. Análisis de idoneidad. - Se trata de determinar que la medida legislativa sea adecuada al fin constitucional que busca lograr.

   Así las cosas, el objetivo es lograr, en este tipo de procesos, el derecho al acceso a la justicia de manera pronta y efectiva. En otras palabras, contar con una decisión judicial que ampare –o no- el derecho de restitución de un inmueble favoreciendo el derecho a una tutela judicial.

   Para ello, en casos de procesos sumarios sólo para el caso de pago de rentas, se ha limitado el derecho a la doble instancia, el mismo que forma parte del derecho al debido proceso.

   Limitar el derecho a la doble instancia, bajo dicho objetivo, busca lograr un proceso más corto, teniendo en consideración que se trata de procesos sumarios en donde debería estará acreditado la existencia del contrato –hecho que no puede estar sujeto a controversia- y la existencia de una deuda atrasada –hecho que debería estar acreditado.

   Si un proceso de cognición sumaria se crea legislativamente para atender casos de prueba simple y con necesidad de tutela urgente o pronta, creemos que eliminar una segunda instancia revisora cumple dicha finalidad.

b. Análisis de necesidad. - ¿Existen medios alternativos para lograr el mismo fin sin afectar otro derecho constitucional?

Otra medida que evite afectar la doble instancia podría ser el conceder al demandante medidas cautelares sobre el fondo. Es decir, medidas cautelares donde se otorgue la restitución provisional del inmueble al demandante hasta que el proceso finalice. Sin embargo, en este caso la medida cautelar se confiere sobre la base de una verosimilitud del derecho, bajo un análisis rápido de las pruebas de las partes. En este caso, sería el demandado el que perdería la posesión del inmueble hasta la finalización del proceso en dos instancias. Lo que se busca es, precisamente, evitar un debate judicial innecesario cuando se trate de prueba directa. En este caso, si bien la medida cautelar consigue el efecto práctico deseado, no logra la certeza judicial y estabilidad jurídica de una sentencia final.

Creemos, en suma, que limitar la doble instancia, como derecho de configuración legal, además, resulta necesario.

Otra opción puede ser el embargo de las cuentas o la consignación de los montos adeudados hasta que finalice el proceso, pero ello contraviene el principal interés del demandante que no es precisamente el pago de lo adeudado, sino la recuperación de la posesión del bien.

También se puede recurrir a permitir la impugnación de la sentencia, pero concediéndola sin efecto suspensivo. Creemos es una buena, sino mejor, alternativa, ya que permite una nueva revisión, limitando en menor medida el derecho a la doble instancia, más concediendo tutela jurisdiccional al demandante con la restitución del bien. Debe quedar claro que se trata de controversias de naturaleza sencilla y prueba directa, con lo cual puede ser previsible que la decisión en primera instancia será ratificada en una segunda.

c. Análisis de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. – Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo anterior, este criterio se debe guiar bajo la siguiente regla: *“Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la doble instancia, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos (acceso pronto a la justicia y celeridad de los procesos)”*.

El TC peruano ha incorporado una escala tríadica en sus juicios de ponderación:

> "La valoración de las intensidades puede ser catalogada como: grave, medio o leve, escala que es equivalente a la de: elevado, medio o débil. Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los grados de realización [grados de satisfacción] del fin constitucional de la restricción."[146]

Bajo este punto de vista, la eliminación de la doble instancia sólo en procesos de cognición sumaria, donde se encuentre acreditado el vínculo arrendaticio y el no pago de los cánones mensuales y se busca una tutela urgente y efectiva puede ser catalogada como leve.

Por otro lado, imponer o exigir a los arrendadores seguir un proceso con dos instancias en donde puede estar acreditada la deuda impaga y, con ello, su derecho a la restitución del inmueble, a pesar que se trata de un proceso de cognición sumaria no es racional, por lo que la afectación a dicho derecho es elevada.

Desde este análisis, se puede concluir que en el caso colombiano la única instancia para el tipo de proceso descritos es constitucional.

Sin embargo, como hemos visto, la opción de conceder una impugnación de sentencia sin efecto suspensivo, permite la realización del derecho de la doble instancia y tutela jurisdiccional, más el de la tutela jurisdiccional del demandante, y el de propiedad en caso éste sea, además, propietario -y generalmente hay coincidencia-.

Por otro lado, llamará la atención del lector cómo es que procesos de una sola instancia puedan ser objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional de Colombia. Pues sucede que, al igual que en el Perú, cuando dentro de cualquier proceso judicial se violan derechos fundamentales, las partes afectadas pueden iniciar un proceso por la violación de sus derechos

[146] STC 0045-2005-PI/TC, fj. 35

constitucionales y llegar, vía revisión, ante la Corte Constitucional. Dicho proceso se denomina *"acción de tutela".*

La acción de tutela –equivalente al amparo peruano- es un proceso reconocido en el artículo 86 de la Constitución colombiana[147], y se puede iniciar siempre y cuando se hayan vulnerado –o amenazado- los derechos constitucionales de cualquier persona. Este proceso será conocido por la Corte Constitucional, en revisión, conforme a las competencias de ésta establecidas en el artículo 241, numeral 9 de la Constitución[148]. En este sentido, la Corte se constituye en instancia final en este tipo de procesos.

El proceso de la acción de tutela se encuentra reglamentado en el Decreto Ley N° 2591 de 1991. En pocas palabras, dicho proceso se inicia ante el Poder Judicial, y termina en revisión ante la Corte Constitucional. La acción de tutela se puede ejercitar contra una decisión judicial, lo que la hace muy semejante a un amparo contra resolución judicial.

Hacemos referencia a la acción de tutela pues, al igual que en el caso peruano, muchos procesos de restitución de bien arrendado se prolongan ante uno de tutela. El análisis de las resoluciones aquí mencionadas, emitidas por la Corte Constitucional, es un ejemplo de lo utilizadas que son dichas herramientas en la realidad judicial colombiana.

Ahora bien, la presentación de este proceso no suspende al acto supuestamente violatorio de derechos, a menos que el juez que recibe la

---

147 *"Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*
La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
(…)."

148 *"Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*
(…)
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales."

solicitud de tutela, en decisión motivada, así lo decida. En este caso, la única instancia se puede convertir en ilusoria en la práctica.

2.2.3.2. Limitaciones al derecho de defensa.

Otro aspecto a tomar en cuenta en el modelo colombiano, son las limitaciones al derecho de defensa del demandado regulados en el artículo 384, numeral 4. En estos casos, si por ejemplo el juicio es motivado por la falta de pago de la renta o de servicios públicos, el demandado no podrá ser oído hasta que acredite haber consignado los montos reclamados y que consten en contrato a la orden del juzgado.

En el mismo sentido, sea cual fuere la causal de restitución invocada, el demandado no será oído si no cancela los montos que se vayan devengando en el transcurso del proceso

Este caso también ha sido motivo de debate constitucional en dicho país. Veamos el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-424/12:

> "En varias oportunidades (…), la Corte concluyó que esas limitaciones al derecho de defensa procesal, expedidas en debida forma por el legislador, son constitucionales. La Corte ha precisado que a pesar de que dichas normas introducen verdaderas condiciones a los derechos de defensa y contradicción de los demandados en los procesos de restitución de inmuebles arrendados, aquellas son necesarias para garantizar la celeridad y la eficacia de tales procesos. De igual forma, ha señalado que no obstante existir el principio procesal en virtud del cual quien alega un hecho debe probarlo en juicio, el hecho del "no pago de los cánones" es una negación indefinida casi imposible sustentar por parte del demandante y, por el contrario, muy fácil de desvirtuar por el demandado, pues con la sola presentación de los recibos de pago queda sin fundamento la demanda. En esa medida, en las sentencias reseñadas esta corporación estimó como constitucional el actuar del legislador, que en desarrollo de los nombrados principios de celeridad y eficacia procesales, invirtió la carga de la prueba (…). De lo anterior, se puede concluir que como regla general, es válido en nuestro ordenamiento jurídico limitar, en los casos señalados, el derecho fundamental a la defensa de la parte

> pasiva en un proceso de restitución de tenencia, a fin de promover la celeridad y eficacia en la administración de justicia."

La opinión de la Corte colombiana responde a la propia naturaleza del proceso de desalojo –cognición sumaria y de prueba directa-. En efecto, como ya se ha visto, el arrendamiento en la gran mayoría de casos se acredita documentalmente, con el contrato de arrendamiento. En el mismo sentido, los pagos o adeudos, son de fácil probanza.

Ahora bien, en aquellos casos en lo que no existe contrato ¿la limitación al derecho de defensa o de carga probatoria, se debe mantener? En la sentencia T-118/12, la Corte Constitucional dice:

> "A pesar de la carga probatoria que tiene el demandado de acreditar en la contestación de la demandada, el pago de los cánones adeudados del contrato de arrendamiento o continuar cancelando la renta en el transcurso del proceso de restitución de inmueble arrendado, la jurisprudencia constitucional ha precisado, que estas no son exigibles cuando existan serias dudas sobre la existencia del contrato de arrendamiento, las cuales debieron ser alegadas razonablemente por las partes o constatadas por el juez. Lo anterior motivado, en que no puede concederse las consecuencias jurídicas de una norma cuando no se cumplen los supuestos fácticos de la misma. Así las cosas, (…) es una sub regla jurisprudencial que se concreta, por razones de justicia y equidad, en aquellos eventos en que existen graves dudas respecto de la existencia del contrato de arrendamiento celebrado entre el demandante y el demandado. Vale decir que, esta inaplicación (…), obedece a "que el material probatorio obrante (…), arroja una duda seria respecto de la existencia real de un contrato de arriendo (…), es decir, está en entredicho la presencia el supuesto de hecho que regula la norma que se pretende aplicar (…)."

En otras palabras, si hay serias dudas sobre la existencia del contrato de arriendo, entonces las limitaciones establecidas en el numeral 4 del artículo 384 de la norma adjetiva colombiana, no operará.

En este caso, se puede decir que el arrendador –dentro de una pretensión de pago de arriendos, por ejemplo- tiene la carga de la prueba de la existencia del contrato, mientras que el arrendatario la tiene sobre el pago o no de los arriendos –u otros montos- demandados. En tal sentido, si la existencia del

contrato de arrendamiento no está establecida claramente, el arrendatario no puede ser compelido a pagar los cánones demandados en calidad de garantía para ser oído en juicio. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya explicada líneas arriba, es constante en este sentido:

> "4.5. Por lo expuesto, la postura de esta corporación ha sido pacífica en cuanto a que si las pruebas decretadas de oficio por el juez no le permiten dilucidar cualquier duda que tenga sobre la existencia del contrato de arrendamiento, este no debe requerir el cumplimiento de la carga probatoria al arrendatario demandado para ser oído en juicio. Lo anterior se debe a que si no hay certeza del presupuesto del proceso de restitución de inmueble, esto es el contrato de arrendamiento, aplicar el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil provoca un defecto sustantivo y el desconocimiento del precedente constitucional[149]."

En este último caso, por ejemplo, la Corte analizó un caso en el que el demandante alegó habitar *"con ánimo de señor y dueño"*, sin embargo, fue demandado para restituir el inmueble utilizándose un contrato de arrendamiento que, según el accionante, no suscribió. En el juicio impugnado, el juez de instancia no tuvo en cuenta la defensa del accionante, bajo el argumento que no había demostrado el pago de los cánones discutidos o consignara el valor a órdenes del Juzgado.

Obviamente, el contrato de arrendamiento no sólo podrá ser probado documentalmente, pues puede ser a través de declaraciones o cualquier otro medio de prueba aceptado legalmente. Si aun así no está acreditado el contrato, no operará la carga de la prueba del pago de los cánones, y el demandado podrá ser oído en el juicio de restitución.

2.2.4. <u>Uruguay:</u>

La Ley Nº 14.219 regulaba aspectos generales del proceso de desalojo en la República Oriental del Uruguay. Como veremos se trata de un proceso monitorio, con mucho éxito en dicho país.

[149] Sentencia T-340 del 3 de junio de 2015.

Conforme al artículo 43 de la Ley en mención, los jueces competentes para todas las cuestiones que se susciten referidas a arrendamientos, desalojos y lanzamientos, serán competentes los Juzgados de Paz del lugar de ubicación del inmueble.

El artículo 44 indica que para iniciar la acción de desalojo no se requiere acreditar el derecho de propiedad sobre la finca arrendada; pero el actor o sucesor, a cualquier título, deberán acompañar el contrato de arrendamiento o subarrendamiento o su certificación por escribano, siempre que la locación o sublocación no se hayan pactado verbalmente. Ello se condice con la naturaleza del proceso de desalojo, que revisamos en el capítulo anterior, y que en atención a su sumariedad no sólo exigía brevedad y cognición limitada, sino que estaba enfocado a la defensa del derecho de posesión y no del de propiedad, por esta última razón es que no es necesario acreditar el derecho de propiedad, sino basta el contrato de arrendamiento, por ejemplo.

El Código General del Proceso (Ley N° 15.982), regula actualmente el proceso de desalojo. El artículo 546 establece:

> "Artículo 546. Leyes de arrendamientos y desalojos
> 546.1. Quedan en vigor todas las disposiciones de las leyes de arrendamientos urbanos y rurales (decretos- leyes 14219 de 4 de julio de 1974 y 14384 del 16 de julio de 1975 y sus modificativas) con las modificaciones que establecen los ordinales siguientes en materia de procedimiento.
> 546.2 Los procesos de desalojo urbano y rural incluidos aquellos en que se reclama la restitución de inmueble dado en comodato, sean éstos con plazo o precario, tramitarán por el proceso de estructura monitoria (artículos 354 a 360)."

El proceso, de estructura monitoria, tiene la siguiente regulación:

> "Artículo 354. Procedimiento monitorio
> 354.1 Cuando se pida ejecución en cualquiera de los casos que la aparejen, el tribunal decretará inmediatamente el embargo y mandará llevar adelante la ejecución hasta hacerse efectiva la cantidad reclamada, los intereses, costas y costos.
> 354.2. Si no considerare bastante el documento declarará que no hay lugar a ejecución. Una y otra cosa sin noticia del deudor.

354.3. En el mismo auto que decrete el embargo, citará de excepciones al ejecutado.
354.4. Si se opusieren excepciones, se procederá de conformidad con lo dispuesto en los artículos 356 y siguientes. En caso contrario, se irá directamente a la vía de apremio, salvo cuando se trate del embargo general de derechos y acciones en el cual deberá esperarse la denuncia de bienes concretos de parte del ejecutante.
354.5. Cuando no exista diligencia judicial de reconocimiento o protesto personal, la ejecución no podrá decretarse sin previa intimación de pago al deudor, con plazo de tres días, la que podrá efectuarse por telegrama colacionado. Esta intimación no será necesaria en los casos que leyes especiales así lo dispongan."

El modelo uruguayo –como el mendocino- requiere la presentación de una solicitud fundamentada para la cual el Juzgado emite directamente la decisión de ejecutar la pretensión. Dicha decisión judicial es notificada al demandado a fin que presente sus excepciones (conteste la demanda) en el plazo de 10 días con todos los medios de prueba que sustentes sus afirmaciones.

Presentada las excepciones el trámite es el previsto por el artículo 356 del Código General del Proceso.

"Artículo 356. Traslado de las excepciones.-
Del escrito de oposición de excepciones se conferirá traslado por seis días al ejecutante, debiendo procederse, en oportunidad de la contestación de excepciones, conforme con lo dispuesto por el artículo 118."

Según lo descrito, estamos ante un proceso monitorio de tipo documental, donde la demanda debe estar acompañada de prueba que la sustente. En caso haya oposición, contestación, contradicción o excepciones, se abre un proceso de cognición a fin que se determine a quién corresponde el derecho de posesión. Conforme los artículos 357 y 258, antes de la sentencia habrá una audiencia donde se actuarán las pruebas presentadas por las partes

"Artículo 357. Audiencia
357.1. Si no se oponen excepciones, se pasará a la vía de apremio.
357.2. Si se oponen excepciones, una vez contestadas o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal convocará a audiencia.
357.3 La audiencia se realizará conforme con lo previsto para la audiencia preliminar y, en su caso, la audiencia complementaria de prueba (…).

> Artículo 358. Sentencia
> 358.1. En el caso de haberse opuesto excepciones, concluida la audiencia, se pronunciará sentencia (…). Esta se pronunciará sobre todas las excepciones deducidas. Pero si entre ellas se hallare la de incompetencia, sólo se pronunciará sobre las restantes en caso de haberla rechazado.
> 358.2. Si la excepción de incompetencia fuese acogida, el tribunal se abstendrá de expedirse sobre las restantes, y, ejecutoriada la sentencia, quien sea competente, decidirá sobre las demás excepciones.
> 358.3 En los casos en que la excepción de incompetencia fuese desechada, la sentencia de segunda instancia se pronunciará sobre todas las excepciones, siempre que no revoque lo decidirá en materia de incompetencia."

Según Omar Darío Zambudio Rotondo, el proceso monitorio tiene éxito en Uruguay, y ello porque en la gran mayoría de casos, al igual que en Mendoza, los demandados o arrendatarios optan por no contestar la demanda y abandonar el inmueble.

Por otro lado, se quiere llamar la atención en dos aspectos de la legislación del Uruguay en materia de desalojos. El primer aspecto, es que en Uruguay el proceso de desalojo se habilita por varias causales, no sólo por falta de pago, vencimiento del contrato o incumplimiento de éste, sino por ser ocupante precario. Así lo establece el artículo 45 de la Ley N° 14.219[150], ley que modificó el régimen vigente en materia de arrendamientos[151].

El ocupante precario no es definido en dicha ley, más sí se hace en una norma muy posterior, la Ley Nº 19.676, por la cual se declara de interés general el cumplimiento de los deberes relativos a la propiedad inmueble urbana y se dan nuevas normas sobre desalojos y lanzamientos.

El artículo de dicha disposición establece:

---

[150] *"Artículo 45.- La acción de desalojo se acuerda:*
A) Al arrendador, subarrendador o titular de un derecho real de goce en los bienes inmuebles.
B) Al acreedor anticrético, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 50 de la presente ley.
Esta acción procede contra:
A) El arrendatario o subarrendatario.
B) Los ex-codueños del inmueble dividido o adjudicado, así como los encargados, guardadores y, en general, los ocupantes de inmuebles a título precario, y los previstos en los artículos 35 y 36 de esta ley."

[151] La disposición en mención regula los aspectos sustantivos del contrato de arrendamiento y del proceso de desalojo, el mismo que formalmente se ordena a las reglas del proceso monitorio al que hemos hecho referencia líneas arriba.

> “Artículo 4º. (Inmueble vacío).- Se considera inmueble vacío, al que se encuentre desocupado por un plazo no menor a veinticuatro meses continuos. La desocupación refiere exclusivamente a personas.
> (…)
> Cuando el inmueble se encuentre ocupado en forma precaria, y por tanto se haya configurado el incumplimiento del propietario del deber de cuidar previsto en el literal e) del artículo 37 de la Ley Nº 18.308, de 18 de junio de 2008, el tiempo de ocupación precaria se incluirá en el cómputo del plazo de veinticuatro meses.
> Se entiende por ocupación precaria, la tenencia de un inmueble ajeno, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del propietario.”

Un repaso del capítulo1 del presente trabajo, nos permite afirmar que la definición de poseedor precario a que se refiere la legislación uruguaya es la utilizada en el derecho romano: la del ocupante que posee un bien por el mero consentimiento del propietario, situación que puede ponerse fin en cualquier momento. Por tanto, no es la definición del derecho peruano (aquel sin título o habiéndolo tenido, ha fenecido).

2.2.5. Costa Rica:

2.2.5.1. Modelo mixto: proceso sumario y proceso monitorio.

En Costa Rica, la ley aplicable para el proceso de desalojo es la denominada Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos del 10 de julio de 1995. Conforme a su artículo 4, se aplica a todo tipo de contrato de arrendamiento.

> “Artículo 4.- Ámbito de aplicación.
> Esta ley rige para todo contrato, verbal o escrito, de arrendamiento de bienes inmuebles, en cualquier lugar donde estén ubicados y se destinen a la vivienda o al ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal, profesional, técnica, asistencial, cultural, docente, recreativa o a actividades y servicios públicos.”

Con fecha 8 de octubre del 2018, entra en vigencia el nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica (Ley N° 9342).

“ARTÍCULO 104.- PROCESO SUMARIO DE DESAHUCIO
104.1 Procedencia. Procederá el desahucio cuando se pretenda la desocupación de un inmueble como consecuencia de la terminación del contrato de arrendamiento en los casos previstos por la ley, o hacer cesar la mera tolerancia.
Se exceptúan las pretensiones que deban ventilarse por el proceso monitorio.
La causal de expiración del plazo procederá únicamente cuando el demandante demuestre que manifestó por escrito la voluntad de no renovar el contrato (…).
104.2 Legitimación. Podrá establecer el desahucio quien compruebe su condición de propietario, arrendante o subarrendante, o de poseedor sobre el inmueble por título legítimo, o quien acredite que su derecho deriva de quien tuvo facultad para concederlo. El desahucio procederá contra el arrendatario, el subarrendatario, el cesionario, o los poseedores del inmueble.
104.3 Requisitos de la demanda, documentos. (…) en la demanda se deberá consignar la causal de desalojo, el monto de renta vigente, la fecha de pago y el lugar donde está ubicado el inmueble.
Se deberá acreditar la propiedad de la finca o del derecho del actor y la existencia del contrato de arrendamiento, si lo hubiera. Cuando la pretensión se relacione con una vivienda, se deberá demostrar el valor fiscal del inmueble sobre el valor actual del terreno y la edificación o, en su defecto, si ese avalúo tiene más de cinco años, avalúo practicado por un ingeniero o arquitecto incorporados.
104.4 Emplazamiento e intervención de terceros. Con el emplazamiento, en toda demanda sustentada en un contrato que implique el pago de rentas, el tribunal prevendrá al demandado la obligación de depositar en la cuenta y a la orden del despacho los alquileres posteriores a la demanda, bajo pena de ordenar el desalojo de forma inmediata en caso de incumplimiento. Si hubiera duda sobre el monto del alquiler, el tribunal determinará prudencialmente la suma a depositar. Cuando se ordene la entrega del inmueble por falta de pago de las rentas posteriores, se dará por terminado el proceso de desahucio y se condenará al demandado al pago de costas.
Cuando terceros posean o subarrienden el inmueble, sin consentimiento del arrendador, no será necesario demandarlos, se les notificará para que hagan valer sus derechos.
104.5 Sentencia. En la sentencia estimatoria se ordenará al demandado la entrega del inmueble en un plazo razonable que conferirá el tribunal, de acuerdo con las circunstancias; transcurrido este, se ordenará la puesta en posesión.
104.6 Alquileres insolutos y derecho de retención. Firme la sentencia que declare con lugar el desahucio, el actor podrá gestionar por la vía incidental que se condene al demandado a pagarle las cuotas de arrendamiento no satisfechas y los servicios y otros gastos inherentes al vínculo arrendaticio que el inquilino no hubiera cubierto.

(…)”

El proceso sumario responde a las pretensiones referidas a la terminación del contrato de arrendamiento y en otros casos establecidos por ley. En el mismo código se regula el proceso monitorio para los casos de falta de pago de arriendos o de servicios públicos, vencimiento de plazo del contrato.

> “ARTÍCULO 110.- Disposiciones generales
> 110.1 Procedencia. Mediante el proceso monitorio se dilucidarán las siguientes pretensiones:
> (…)
> 2. El desahucio originado en una relación de arrendamiento de cualquier naturaleza que conste documentalmente, si se funda en la causal de vencimiento del plazo, falta de pago de la renta o de los servicios públicos, falta de pago de los gastos del condominio.
> La falta de pago de los gastos del condominio procederá únicamente si en el contrato o documento que da origen a la relación contractual dispone que serán cubiertos por el arrendatario. En este caso, la o las cuentas deberán estar certificadas por un contador público autorizado (…). La causal de falta de pago de servicios públicos procederá con la certificación o constancia que emitan los proveedores de servicios.
> La causal de expiración del plazo procederá únicamente cuando el demandante demuestre que manifestó por escrito la voluntad de no renovar el contrato (…).
> 110.2 Resolución intimatoria, oposición y efectos. Admitida la demanda, se dictará resolución ordenando a la parte demandada que realice la prestación pedida por la parte actora. En ese pronunciamiento se le concederá un plazo de cinco días para que cumpla o para que se oponga, interponiendo en ese acto las excepciones procesales que sean pertinentes. Cuando exista oposición fundada se suspenderán los efectos de la resolución intimatoria, salvo lo relativo a embargos.
> 110.3 Allanamiento y falta de oposición. Si la parte demandada se allanara a lo pretendido, no se opone dentro del plazo o la oposición es infundada, se ejecutará la resolución intimatoria, sin más trámite.
> 110.4 Audiencia oral, sentencia y conversión a ordinario. Ante oposición fundada se señalará una audiencia oral que se regirá por las disposiciones establecidas para el proceso sumario. En sentencia se determinará si se confirma o revoca la resolución intimatoria. Cuando se acoja la oposición, la parte accionante podrá solicitar la conversión del proceso monitorio a ordinario, según lo dispuesto para el proceso sumario.”

En el presente caso, la legislación costarricense contempla la posibilidad que la sentencia sea apelada (artículo 67.5[152]), e inclusive, si el proceso monitorio se ha convertido en ordinario (artículo 110.4), sea procedente el recurso de casación sólo si se trata de un ordinario de mayor cuantía (artículo 69[153]).

Como se puede apreciar, la legislación costarricense establece un régimen que podemos llamar mixto, pues convive en éste el proceso monitorio arrendaticio –de naturaleza documental- y el proceso sumario de desalojo. El primero de ellos se sigue para las causales de falta de pago o vencimiento del plazo del contrato, mientras que el segundo lo es para cualquier otra causal de desahucio no incluida en el monitorio arrendaticio (subarriendo, daños al bien, cambio de destino, cesión, entre otros) (AGUILAR 2019).

2.2.5.2. Aspectos procesales importantes.

Hay varios aspectos sobre los que llamaremos la atención. Por ejemplo, dentro del proceso sumario de desalojo, en el numeral 104.4, artículo 104, se autoriza el desalojo inmediato en caso que el demandado no deposite los alquileres siguientes a la notificación de la demanda. Con la orden de desalojo inmediato se dará por terminado el proceso.

De la lectura de dicha disposición, se puede concluir que el desalojo inmediato sólo procederá si la demanda se encuentra *"sustentada en un contrato que implique el pago de rentas"*. Con ello, surge la duda si se está exigiendo un principio de prueba escrita, pruebas documentales o cualquiera otra autorizada por ley que acrediten la existencia de un contrato *"que implique el pago de rentas"*. Como hemos visto -desde el primer capítulo del presente trabajo- es consustancial a la brevedad y simplicidad del proceso de desalojo

[152] *"ARTÍCULO 67.*
(…)
67.5 Apelación de sentencias y efectos. Las sentencias, salvo las dictadas en procesos ordinarios de mayor cuantía, tendrán recurso de apelación. Las que se dicten en ejecución de sentencia únicamente tendrán ese recurso. Su admisión no produce efectos suspensivos; el tribunal mantiene su competencia para seguir conociendo de todas las cuestiones que se tramiten en pieza separada, medidas cautelares, tutelares y ejecución provisional."
[153] *"ARTÍCULO 69.- Recurso de casación*
69.1 Resoluciones contra las que procede. El recurso de casación podrá interponerse contra sentencias dictadas en procesos ordinarios de mayor cuantía o inestimables y en los supuestos que la ley señale expresamente. La modificación del monto fijado para establecer la mayor cuantía, luego de iniciado un proceso, no impedirá el acceso al recurso."

la contundencia del material probatorio –generalmente documental y escrito- ya que se trata de un proceso de cognición sumaria, por lo cual es lógico establecer limitaciones probatorias. Ello también se aprecia en el caso colombiano, al momento de limitar el derecho de defensa del demandado, a quien se le obliga garantizar el pago de los arriendos impagos demandados para ser oído en juicio, siempre y cuando no sea controvertida la existencia misma del contrato de arriendo.

Sobre este tema, Vega afirma sobre el caso costarricense la necesidad de prueba escrita:

> "En cuanto a las relaciones de arrendamientos, reguladas en la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, conviene señalar la preponderancia que tiene, con la nueva normativa, la existencia de contratos de arrendamientos por escrito, así como la importancia del pago de la renta por medio de depósito bancario o transferencia, por la necesidad de documentar debidamente las relaciones arrendaticias" (Aguilar 2019).

Cabe agregar que el numeral 104.4, artículo 104, del Código, arriba mencionado y glosado, que contiene las disposiciones generales sobre el proceso monitorio debe ser interpretado de manera conjunta con el artículo 112, que regula de manera específica el proceso monitorio arrendaticio:

> "ARTÍCULO 112.- Monitorio arrendaticio
> 112.1 Prueba de la legitimación. La legitimación para interponer un proceso monitorio arrendaticio podrá acreditarse con el contrato, mediante una resolución judicial anterior que la establezca o los recibos periódicos de pago.
> 112.2 Intimación de desalojo. Admitida la demanda, se ordenará el desalojo. (…).
> 112.3 Contenido de la oposición. Solo se admitirá oposición que se funde en el pago comprobado por escrito, la prescripción, la inexistencia de la obligación de pagar la renta y la falta de vencimiento del plazo."

Como se puede apreciar, el numeral 112.1 dispone que, para iniciar un proceso monitorio arrendaticio, debe *"acreditarse con el contrato, mediante una resolución judicial anterior que la establezca o los recibos periódicos de pago"*.

Al parecer, se exige un documento por escrito que contenga el contrato, lo que se condice con la exigencia al demandado (numeral 112.3) de oponerse con la acreditación del *"pago comprobado por escrito"*.

Al respecto, nuestra posición se aproxima a la necesidad de acreditar por escrito el contrato de arrendamiento, no necesariamente el contrato en sí mismo, sino un documento escrito que comprueba su existencia. Recordemos que la prueba debe ser simple y directa, ello es una de las razones de ser del proceso monitorio –y del sumario- que tiene una etapa cognitiva simple.

Pero, a pesar de lo visto antes, la doctrina no es uniforme:

> "Es importante destacar que acorde con lo dispuesto por el artículo 110.1.2, se hace mención relevante de que el arrendamiento debe tener un respaldo documental, sin embargo mediante los requisitos definidos en el párrafo anterior, se amplía la interpretación que se debe entender por "documental". Al respecto, el jurista costarricense Artavia Barrantes indica:
> "Con base en esta norma, la prueba es documental directa o algún principio de prueba por escrito. Si la prueba es documental, indubitable, clara e indiscutible, la admisión del proceso monitorio, no ofrece mayor dificulta. Si no es clara y directa, deberá existir algún principio de prueba por escrito, de la relación arrendaticia. La enumeración que hace la norma ésta referida a la prueba documental. Para Fábrega, en sentido estricto, constituyen documentos los instrumentos tales como la escritura u otros signos gráficos que contienen una manifestación de voluntad o una declaración de verdad, en cuanto a la existencia de determinado acto, negocio, suceso, o contrato. Devis Echandía, da un concepto amplio, como toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirva de prueba histórica indirecta y representativa, de un hecho cualquier. Lo que importa para efectos de la demostración de la relación arrendaticia es una manifestación de voluntad del demandado, reconociendo la existencia de la relación de arrendamiento, no es necesario que tal documento este firmado por el arrendatario (…) la norma es meramente enunciativa, de manera que se permite cualquier otro documento que tenga representación gráfica" (Azofeifa y Bolaños 2016: 136-137)

¿Qué dice la jurisprudencia al respecto, en el caso del monitorio arrendaticio? En una jurisprudencia relativamente reciente, se lee lo siguiente:

> "IV. El proceso monitorio arrendaticio previsto antes por la Ley de Monitorio Arrendaticio e incorporado ahora en el nuevo Código Procesal Civil vigente a partir del 8 de octubre de 2018, es un proceso especial que acentúa la sumariedad y restringe los aspectos que pueden ser dilucidados en esa vía. Se trata de un proceso en el cual existen elementos que dan acceso directo a una inversión en la fase de conocimiento, pues inicia, de ser procedente, con un auto intimatorio y solo en caso de oposición fundada se abre una fase contradictoria para definir si el desalojo decretado en la intimación ha de mantenerse y ejecutarse. Para dar acceso a esta vía sumarísima, la Ley de Monitorio Arrendaticio, requiere de la clara demostración documental de la relación arrendaticia y como únicas causas posibles para solicitar el desahucio por esta vía la falta de pago o el vencimiento del plazo (…). Únicamente tendrá legitimación quien demuestre desde un inicio del proceso ser el propietario, arrendante, subarrendante, poseedor a título legítimo o algún derecho para arrendar el bien específico que tenga relación con el contrato. Solo cabe el debate respecto del contrato acreditado con el documento al presentar la demandada, donde conste específicamente qué tipo de titularidad tiene la parte actora, respecto de qué inmueble se ha constituido la relación de arriendo y su precio. El proceso monitorio arrendaticio, dado su carácter sumarísimo, no admite extender la discusión de otros aspectos ajenos a lo que el contrato de arrendamiento que se está haciendo valer indica. La parte que opta por dicha vía sabe que lo debatido se restringe a la causa de pedir que utilizó y al objeto que plantea. Es legalmente improcedente que luego de la presentación de la demanda, pueda cambiar ambos aspectos de la demanda[154]."

No se determina si se debe estar ante una prueba escrita necesariamente, lo que sí es que debe ser contundente y documental –con lo cual se excluyen los testigos y las pericias, por ejemplo- para acreditar la existencia del contrato de arrendamiento y los pagos efectuados de los arrendamientos y servicios, es imperativa no sólo para una seguridad de las relaciones entre las partes, sino para garantizar la eficacia de los procesos de desalojo.

En nuestra opinión, y sin perjuicio de detallar este análisis en el siguiente capítulo, debería ser, en principio, el documento del contrato, tal como se sigue en la línea del caso peruano, como se puede ver, por ejemplo, en el Decreto Legislativo 1177 y la denominada Ley de desalojo notarial, las cuales

[154] Resolución Nº 00227 – 2019, de fecha 3 de mayo de 2019, expediente 18-000128-0237-CI, emitida por el Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José Sección Segunda (https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-917273).

han establecido la necesidad de aprobar formatos uniformes que contengan los términos del contrato de arrendamiento, así como la bancarización de los pagos de la renta.

Otro aspecto a observar en el caso costarricense, es que, en el caso del proceso sumario de desahucio, no se siguen casos de arrendamiento exclusivamente, pues se regulan los supuestos de la denominada *"mera tolerancia"*. Ello se desprende de la lectura del texto del numeral 104.1 del Código Procesal.

Los casos de mera tolerancia es el equivalente al poseedor precario del derecho uruguayo, y que vimos en el numeral anterior del presente capítulo, es decir, aquellos casos de poseedores que ocupan un bien inmueble sin título alguno, con conocimiento del propietario o de aquél que tuviere título legítimo para solicitar la reivindicación del bien. La jurisprudencia costarricense define los alcances de la viabilidad del proceso sumario en este tipo de supuestos:

> "V.- PRONUNCIAMIENTO: La finalidad de los procesos sumarios de desahucio es la desocupación del inmueble por terminación del contrato de arrendamiento o para hacer cesar la mera tolerancia (…). "El proceso sumario de desahucio sustentado en la causal de mera tolerancia es un procedimiento excepcional y por consiguiente -es cuestión fundamental- la acreditación nítida de las condiciones que hacen viable la acción. Por ello debe tenerse en cuenta que al actor incumbe la carga de la prueba, y, en consecuencia quien alega la condición de simple tenedor con obligación de restituir en el demandado, debe probarlo; no basta, en su defecto, que éste se encuentre en la imposibilidad de demostrar que es poseedor para que la demanda sea admitida. (Ver voto número 3 de la Sala Primera de la Corte del 14 de enero de 1994). En ese sentido, es preciso señalar que constituye el instituto jurídico de la -mera tolerancia- la tenencia o disfrute de la cosa ajena, sin pago de renta ni razón de derecho distinta de la mera liberalidad o tolerancia de su propietario o poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a su tolerancia. Son presupuestos para la prosperidad de la acción de desahucio por precario en términos muy similares con la acción reivindicatoria: la condición de propietaria de la actora (legitimación activa: título del que derive la posesión real por el demandante que le permita el disfrute), la carencia de título de ocupación por parte de los demandados; la ausencia de relación arrendaticia o merced alguna en contraprestación a la ocupación efectiva del inmueble (legitimación pasiva) y la identificación de la finca -para que la

> recuperación posesoria que se solicite y, en su caso, pueda obtenerse, llegue a hacerse efectiva, sin dificultad alguna." (N. 433-4C- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.-San José, a las siete horas cuarenta y cinco minutos del primero de junio de dos mil once). Así pues, un aspecto que deviene de suma importancia en la determinación de si una ocupación lo es por tolerancia o no; es que debe existir un consentimiento del propietario o de quien legítimamente pueda promover el desalojo, situación que se debe mantener en esas condiciones desde el inicio hasta el final. Si existe alguna otra razón o expectativa real de derecho por parte del poseedor, la condición de tolerancia cesa y no es procedente el desahucio por esa causal. Si la tolerancia no se observa con nitidez, la vía del sumario no es la adecuada para resolver el conflicto de posesión que se plantea. Lo apuntado en negrita es precisamente lo que sucede en este proceso (…). Según el cuadro fáctico actual, lo que mantiene a la demandada en la propiedad trascendió la mera tolerancia que inicialmente existió (…).
>
> Conforme a lo expuesto, esta vía está ideada o prescrita para aquella situación que se mantiene desde un inicio hasta el final en una mera tolerancia, pero desde el momento en que el ocupante realiza actos que trascienden la mera ocupación y realiza edificaciones o mejoras en el inmueble, ciertamente, como lo afirma el recurrente no es esta la vía idónea para discutir esos aspectos, ni mucho menos una posesión ejercida bajo violencia, pero tampoco se trata de aspectos carentes de importancia, sino todo lo contrario, porque son acontecimientos determinantes que van más allá del estado de mera tolerancia que puede ser discutido en esta litis y será entonces en una vía de conocimiento más amplia donde deberán ser analizados y decididos, tanto la pretensión del propietario de reivindicar su bien, como las del poseedor con relación a la edificación o mejoras que demuestre haber realizado, situación que hace valer la demandada al contestar.[155]”

De lo que se puede apreciar, el criterio judicial es el de mantener el proceso de desalojo como uno de naturaleza sumaria, en el cual los presupuestos de hecho de los temas jurídicos que allí se discuten no deben estar controvertidos en sí mismos. Por ejemplo, no se discute si existe o no un contrato de arrendamiento, o si hay o no un supuesto de mera tolerancia. Si son estos presupuestos los controvertidos, la vía no será la del sumario de desahucio, sino que será otra vía procesal la indicada. Entendemos, por supuesto, que la controversia debe ser una de tipo esencial, es decir, no basta la sola negativa del demandado sobre la autenticidad de su firma en el contrato, por lo que

[155] Resolución Nº 00008 – 2020, de fecha 17 de enero de 2020, expediente 18-000567-0640-CI, emitida por el Tribunal de Apelación Civil y Trabajo Cartago Sede Cartago Materia Civil (https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-956644).

debe haber un mínimo de prueba que pueda llevar al juez que conoce el caso a una duda legítima de que la controversia debe llevarse a un proceso de una cognición mayor.

Otro aspecto a destacar es que, en principio, en el Código Procesal Civil el recurso de apelación no tiene efecto suspensivo, ello por aplicación de su artículo 67.5:

> "67.5 Apelación de sentencias y efectos. Las sentencias, salvo las dictadas en procesos ordinarios de mayor cuantía, tendrán recurso de apelación. Las que se dicten en ejecución de sentencia únicamente tendrán ese recurso. Su admisión no produce efectos suspensivos; el tribunal mantiene su competencia para seguir conociendo de todas las cuestiones que se tramiten en pieza separada, medidas cautelares, tutelares y ejecución provisional."

Por tanto, en el proceso civil, la regla es que el recurso de apelación existe –salvo los procesos ordinarios de mayor cuantía-, y no tiene efectos suspensivos. El tribunal de apelación asumirá competencia inclusive para la ejecución provisional.

Ya hemos comentado, en el caso colombiano, la existencia de argumentos que avalan –en ese caso- la constitucionalidad de los procesos de una sola instancia para los procesos de restitución de inmuebles arrendados. Situación diferente el de Cota Rica, pues estamos ante el supuesto que sí existe una segunda instancia, más es la sentencia la que se puede ejecutar de manera inmediata. Sin embargo, los argumentos pueden ser similares, por ejemplo (i) el derecho al recurso no tiene en su contenido esencial que el efecto del mismo sea suspensivo, (ii) la necesidad de una tutela jurisdiccional efectiva

Habrá que analizar caso por caso la pertinencia constitucional de generalizar el efecto no suspensivo del recurso de apelación en el caso peruano, teniendo en consideración el alcance de la configuración legal del derecho al recurso, y la necesidad que, en casos sumarios, con un principio básico de prueba escrita –como se ha visto-, pueda reconocerse un recurso de apelación sin

efecto suspensivo. Ello, en el caso peruano ya no es ajeno, como se ha visto, por ejemplo, en el desalojo regulado por el Decreto Legislativo N° 1177.

Por otro lado, llamamos la atención que, en el caso de Costa Rica, los procesos sumarios –como el de desahucio- y los monitorios –salvo que se oriente como uno ordinario de mayor cuantía o inestimable- no hay posibilidad de acceder al recurso de casación.

Ello ya es una posición no solo legislativa sino jurisprudencial, aún antes de la entrada en vigencia del actual Código Procesal Civil:

> "II.- De lo anterior se colige que la sentencia que se dicte en un proceso de desahucio, carece del recurso extraordinario de casación, lo que obliga indefectiblemente a rechazar de plano el presente recurso. Por otro lado, aún y cuando se considere suficiente lo anteriormente dicho, a mayor abundamiento (…), la Corte Plena, en sesión no. 15-95, artículo XXXVII, al contestar la consulta planteada por la Asamblea Legislativa, se opuso a que el proceso de desahucio contara con la posibilidad de acudir a esta sede extraordinaria. Lo anterior es un indicativo indubitable de que el espíritu del legislador, en virtud de la materia arrendaticia, estableció la necesidad social de contar con un proceso expedito, mediante el cual, las controversias se resolvieran de una manera ágil que permitiera, no hacer ilusorios ni perennes estos litigios[156]."

En un similar sentido, tenemos el siguiente pronunciamiento:

> "II.- La primera queja del accionante se refiere a la denegación del derecho a una justicia pronta y cumplida, que se identifica en el recurso como el derecho de acceso a la justicia. Estima que al negársele el derecho a recurrir en casación se le coarta un derecho constitucional (…). Sobre el tema, la Sala ha manifestado en reiteradas ocasiones que el limitar el acceso al recurso de casación no resulta contrario en sí mismo a ninguna norma o principio constitucional, concretamente a los principios rectores del debido proceso definidos en los artículos 39 y 41 de la Carta Fundamental. Así, mediante sentencia número 3448-96 (…) del primero de julio de mil novecientos noventa y seis, consideró:
> [...] En primer lugar, alega el accionante que las normas impugnadas violan los principios del derecho de defensa en juicio y debido proceso (…), al impedir recurrir en casación el fallo de segunda

[156] Resolución Nº 00307 – 2008, de fecha 2 de mayo de 2008, expediente 06-000577-0222-CI, emitida por la Sala Primera de la Corte (https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-427984).

instancia en razón de la cuantía del asunto principal. Esta Sala ha reiterado en distintos fallos que el derecho a la doble instancia que forma parte del debido proceso tutelado en el artículo 39 constitucional no implica que todas las resoluciones que se dicten dentro de un proceso puedan ser recurridas, al respecto se consideró:
[...] el artículo 8.2 inc. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se limita a reconocer el derecho a recurrir ante un tribunal superior, específicamente a favor del imputado; contra el fallo, entendiéndose que se trata de un fallo condenatorio en una causa penal por delito, situación que en nada tiene que ver con la resolución que dicte en alzada un tribunal civil dentro de un juicio ordinario y por tanto no es de aplicación en este caso. [...] El accionante también alega como violado el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto estableció la Sala que este artículo se refiere no a los recursos que se puedan ejecutar dentro de la sustanciación de un proceso sino al amparo (en forma genérica), por violación de derechos fundamentales de las personas, reconocidos en la Constitución, la Ley o la indicada Convención [...] (sentencia número 4088-93 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del once de agosto de mil novecientos noventa y tres)[157]."

2.2.6. Venezuela:

En líneas anteriores hemos adelantado el modelo del proceso de desalojo venezolano que, a diferencia de todos los procesos anteriores, opta por la preeminencia del derecho a la vivienda adecuada en todo nivel, inclusive en el proceso.

Ya adelantamos que una línea que divide a los modelos de procesos de desalojo es, precisamente, la relación que tiene el derecho del demandante a la restitución del inmueble frente a la condición social y económica del demandado obligado a la entrega de la posesión del bien.

Cuando la condición del demandado (por su género o edad o discapacidad o por el hecho de no tener vivienda, por ejemplo) tiene relevancia para el resultado del juicio, o la ejecución de la sentencia está condicionada a ello, es que estamos ante una concepción distinta del desalojo, una donde el derecho

[157] Resolución Nº 01803–2006, de fecha 15 de febrero de 2006, expediente 05-015996-0007-CO, emitida por la Sala Constitucional (https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-338249).

a la vivienda adecuada está por encima del derecho del arrendador, del derecho a una tutela judicial y, cuando es arrendador - propietario, por encima del derecho de propiedad.

2.2.6.1. Estructura del proceso de desalojo.

Las normas pertinentes en el modelo venezolano son el Decreto 8190 - Ley contra el desalojo y la desocupación arbitraria de viviendas (LDDAV), publicada en la Gaceta Oficial 39.668 del 6 de mayo de 2011, y la Ley para la regularización y control de los arrendamientos de vivienda (LRCAV), publicada el 12 de noviembre de 2011.

En líneas generales la LDDAV establece la obligatoriedad de acudir a un procedimiento de conciliación administrativo previo al inicio de un proceso de desalojo y la suspensión de toda sentencia de desalojo -de inmueble destinado a vivienda- hasta que los inquilinos cuenten con otra habitación.

La LRCAV crea la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda (SNAV) y la *"jurisdicción especial inquilinaria"*.

Las primeras impresiones sobre el modelo venezolano giran en torno a la presencia del derecho fundamental a la vivienda adecuada como un principio rector en dicho sistema de derechos, para impulsar y guiar las políticas estatales sobre vivienda, entre ellas el arrendamiento como medio de acceso a aquélla. Por otro lado, llama la atención la presencia estatal a todo nivel, tanto en el acceso a la vivienda adecuada (ya hemos visto la política de expropiaciones vigente sobre los inmuebles abandonados, por ejemplo), como en la protección de los arrendatarios de condiciones abusivas impuestas por los arrendadores (en donde interviene la SNAV) y, para efectos de nuestro trabajo, el modelo de proceso de desalojo (el procedimiento de conciliación administrativo y la suspensión de las sentencias de ejecución hasta que los arrendatarios accedan a otra vivienda).

Pues bien, en el sistema judicial venezolano las decisiones de la SNAV son impugnados ante los jueces contencioso administrativos y los jueces superiores civiles, mientras que, en las materias relativas a los contratos de arrendamientos, son los jueces civiles de la jurisdicción ordinaria los competentes. Ello según el artículo 27 de la LRCAV.

El artículo 30 de la misma LRCAV dispone que el Sistema Nacional para la Defensa en materia Civil y Administrativa Especial Inquilinaria y del Derecho a la Vivienda, es el conjunto de órganos y entes que coordinan las acciones de interés público a nivel nacional, destinadas a la protección y atención de todos los ciudadanos y ciudadanas a quienes se les haya violentado tales derechos, y establecen los medios para asegurar el goce efectivo de los mismos.

Es requisito previo al inicio de toda demanda de desalojo un procedimiento administrativo de conciliación, regulado en la LDDAV, conforme a sus artículos 7 al 10.

Todas las demandas por desalojo, cumplimiento o resolución de contrato de arrendamiento, y cualquier otra acción derivada de una relación arrendaticia sobre inmuebles destinados a vivienda, habitación o pensión, se sustanciarán y sentenciarán conforme a las disposiciones establecidas en el procedimiento oral contenido en la LRCAV (artículo 98).

El artículo 99 de la LRCAV dispone que el proceso es de naturaleza oral, por lo que los principios procesales de brevedad, celeridad, economía, gratuidad, publicidad, concentración, inmediación, oralidad y valoración probatoria según la sana crítica, serán de aplicación preferente en su desarrollo.

La demanda es por escrito (artículo 100) y están permitidos todo tipo de medios de prueba. La admisión de la demanda se producirá dentro de los 3 días de su presentación. En el caso que existieren observaciones subsanables, éstas deberán serlo dentro de 3 días, luego de lo cual se fijará el día y la hora de la audiencia de mediación (artículo 101).

La audiencia de mediación será oral, pública y presidida personalmente por el juez, con la asistencia obligatoria de las partes o sus apoderados. Esta audiencia tendrá como finalidad mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia que éstas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal (artículo 103).

La audiencia de mediación se extenderá hasta agotar el debate, pudiendo fijar hasta dos nuevas audiencias.

Si el demandante no comparece a la audiencia de mediación se considerará desistido el procedimiento, terminando el proceso mediante sentencia oral que se reducirá en un acta motivada, la cual deberá publicarse en la misma fecha. Contra esta decisión el demandante podrá interponer apelación el que se concederá en ambos efectos. La no comparecencia del demandado a la audiencia de mediación no causará efecto alguno, continuando el proceso con la contestación de la demanda (artículo 105).

Concluida la audiencia de mediación sin que se haya alcanzado un acuerdo, el demandado deberá, dentro de los diez días siguientes, dar contestación a la demanda, así como promover las cuestiones previas, excepciones, defensas perentorias, intervención de terceros y la pretensión de reconvención. No hay límite de medios de prueba a aportar al proceso (artículo 107). Es admisible inclusive la reconvención si el juez que conoce la demanda es competente (artículo 110).

Si el demandado no contesta la demanda dentro de los plazos establecidos o no promoviera pruebas, se producirá la confesión presunta y se emitirá sentencia. Sin embargo, aún cumplido el plazo, se le otorga al demandado un plazo adicional para promover pruebas que le favorezcan (artículo 108).

Concluida la etapa postulatoria, el juez dicta auto fijando puntos controvertidos y abre un período de ocho días de despacho para la promoción de pruebas,

tres días de despacho para la oposición y tres días de despacho para la admisión de pruebas (artículo 110).

Luego de la etapa probatoria se fijará fecha para la audiencia de juicio (artículo 114). De concurrir una sola de las partes a la audiencia, se oirá su exposición oral y se evacuarán las pruebas que le hayan sido admitidas, pero no se evacuarán las pruebas de la parte ausente, sin perjuicio de que la parte presente solicite la evacuación o valoración de una prueba aportada por la parte contraria (artículo 116).

Si no compareciere la parte demandante se entenderá que se desiste de la acción; en este caso, el juez o jueza dictará un auto en forma oral, el cual reducirá en un acta motivada que se agregará al expediente. Contra esta decisión podrá el demandante apelar en ambos efectos. Si fuere el demandado quien no compareciere a la audiencia de juicio, se tendrá por confeso con relación a los hechos planteados por la parte actora, y se sentenciará la causa en forma oral con base a dicha confesión; sentencia que será reducida en forma escrita, en la misma audiencia de juicio. El demandado podrá apelar la decisión en ambos efectos (artículo 117).

Concluida la audiencia el juez se retirará por un tiempo que no excederá de sesenta minutos. Mientras tanto, las partes permanecerán en la sala de audiencias. De regreso a la sala, el juez o jueza pronunciará su sentencia oralmente, expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y breve de los motivos de hecho y de derecho, la cual reducirá de inmediato en un acta. El pronunciamiento de la sentencia podrá diferirse por una sola vez, para el día siguiente (artículo 120).

La audiencia de juicio deberá ser reproducida en forma audiovisual (artículo 121).

Contra la sentencia emitida se puede interponer apelación que se concederá en ambos efectos. El tribunal fijará audiencia oral en el que se dictará la sentencia definitiva (artículo 122).

Contra la decisión del Tribunal Superior se podrá anunciar recurso de casación (artículo 123).

2.2.6.2. Importancia del derecho a la vivienda adecuada en el modelo venezolano.

La LRCAV se debe interpretar complementariamente a la LDDAV que, como ya hemos dicho, no sólo establece como obligatoria la conciliación administrativa, sino suspendió todos los procesos de desalojo en curso, en la etapa en la que estuvieren de manera indefinida:

> "(…) mediante la publicación en Gaceta Oficial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, (…) se ordena la suspensión de todos los procedimientos judiciales o administrativos, hasta tanto las partes acrediten haber cumplido el procedimiento especial previsto en el mencionado Decreto, siendo que este se menciona la asistencia a los arrendatarios por parte de una figura que aún no ha sido creada como lo es, La Defensoría Pública con Competencia en Materia Civil y Administrativa Especial Inquilinaria y para la Defensa del Derecho a la Vivienda, con lo cual los procedimientos quedarán paralizados indefinidamente, ya que todos los arrendatarios se acogerán al derecho de asistencia gratuita por parte del Estado, necesítenla o no, con lo que el procedimiento quedará detenido hasta que se cree el referido Organismo" (Janesky 2011: 206-207).

En efecto, el artículo 4 de la LDDAV establece:

> "Artículo 4°. A partir de la publicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, no podrá procederse a la ejecución de desalojos forzosos o a la desocupación de viviendas mediante coacción o constreñimiento contra los sujetos objeto de protección indicados en este Decreto Ley, sin el cumplimiento previo de los procedimientos especiales establecidos, para tales efectos, en el presente Decreto-Ley.
> Los procesos judiciales o administrativos en curso para la entrada en vigencia de este Decreto-Ley, independientemente de su estado o grado, deberán ser suspendidos por la respectiva autoridad que conozca de los mismos, hasta tanto las partes acrediten haber cumplido el procedimiento especial previsto en este Decreto-Ley,

> luego de lo cual, y según las resultas obtenidas, tales procesos continuarán su curso."

En los considerandos de la LDDAV se pone de manifiesto que el derecho a una vivienda adecuada es una prioridad en el gobierno venezolano, por encima de derechos como la propiedad, por ejemplo.

> "Por otra parte, y haciendo referencia a los antecedentes jurídicos que motivan el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley objeto de esta motivación, el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, debidamente suscrito y ratificado por la República, impone a los Estados Partes la obligación general de adoptar medidas adecuadas, de carácter positivo, en particular, la adopción de medidas legislativas dirigidas a garantizar a todas las personas el derecho humano de una vivienda adecuada.
> (…)
> La evidente crisis en materia de vivienda que ha generado el capitalismo y las políticas neoliberales de la cuarta república han impedido a amplios sectores de la sociedad acceder a una vivienda digna (…).
> (…)
> La situación y razones expresadas fundamentan el presente decreto que busca garantizar a todos los y las habitantes el respeto y la protección del hogar, la familia, la seguridad personal, la salud física y mental (…)."

Como dijimos, la voluntad del gobierno venezolano expresada en la LDDAV, pone por encima al derecho a la vivienda adecuada, aún de derechos tan importantes para otros países latinoamericanos como es el de la propiedad.

Otra expresión de ello, es la regulación de la LDDAV en materia de medidas cautelares en materia de desalojo y en la ejecución de las sentencias, aún con calidad de cosa juzgada, en este tipo de procesos. El artículo 12 señala:

> "Artículo 12.- Los funcionarios judiciales estarán obligados a suspender, por un plazo no menor de noventa días (90) días hábiles ni mayor a ciento ochenta (180) días hábiles, cualquier actuación o provisión judicial en fase de ejecución que implique la terminación o cese sobre la posesión legítima del bien destinado a uso de vivienda, bien sea que se encuentre tanto en ejecución voluntaria como forzosa, debiendo notificar al sujeto afectado por el desalojo y

cualquier otra persona que considere necesaria en resguardo y estabilidad de sus derechos.”

La necesidad de la suspensión de los procesos se encuentra en la realización de diversas diligencias que se convierten en cuestión previa a la realización de cualquier desalojo:

> “Artículo 13. Dentro del plazo indicado en el artículo anterior, el funcionario judicial:
> 1. Verificará que el sujeto afectado por la medida de desalojo hubiere contado durante el proceso con la debida asistencia u acompañamiento de un abogado de su confianza o, en su defecto, de un defensor público en materia de protección del derecho a la vivienda. Si esto no hubiere ocurrido, se deberá efectuar el procedimiento previo establecido en [el] presente Decreto (…), sin cuyo cumplimiento no podrá procederse a la ejecución del desalojo.
> 2. Remitirá al Ministerio competente en materia de hábitat y vivienda una solicitud mediante la cual dicho órgano del Ejecutivo Nacional disponga la provisión de refugio temporal o solución habitacional definitiva para el sujeto afectado por el desalojo y su grupo familiar, si éste manifestare no tener lugar donde habitar.
> En todo caso, no se procederá a la ejecución forzosa sin que se garantice el destino habitacional de la parte afectada, por ser este un derecho de interés social e inherente a toda persona.”

Se establecen también los requisitos procesales para proceder a la ejecución material del desalojo, tal y como establecen los instrumentos internacionales. El artículo 14 señala:

> “Artículo 14. Cuando hubiere de ejecutarse un desalojo, cumplidas las previsiones del presente Decreto (…), la ejecución por ningún motivo podrá llevarse a cabo en horario nocturno, de madrugada, ni los días viernes, sábados o domingos.
> Así mismo, el uso de la fuerza pública se requerirá sólo cuando sea estrictamente necesario, circunstancia que deberá certificar un Defensor Público con competencia en materia de defensa y protección del derecho a la vivienda, el cual deberá presenciar el desalojo y garantizar la protección de la dignidad del afectado y su familia.
> El uso de la fuerza pública se hará en condiciones tales que garanticen el respeto y ejercicio pleno de los derechos humanos por parte del afectado y su grupo familiar.
> La fecha para la ejecución material del desalojo deberá ser notificada al afectado con un plazo previo de, al menos, noventa (90) días continuos.”

Finalmente, se impone una prohibición cautelar en los procesos de desalojo:

> "Artículo 16. A partir de la publicación en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela del presente Decreto (…), queda prohibido dictar medidas cautelares de secuestro sobre viviendas que constituyan el hogar de una familia, en las demandas por incumplimiento o resolución de contrato y en aquellas por cobro de bolívares o ejecución de hipoteca."

Como se adelantamos, el marco legal del proceso de desalojo en Venezuela nos muestra un modelo que poniendo frente a frente los derechos de la vivienda adecuada (que supone otros derechos igualmente fundamentales) y el de propiedad (al que se conectan otros derechos fundamentales), se inclina por el primero de ellos. Esta orientación es clara en etapas procesales claves como:

1. La creación de un proceso de cognición amplia (audiencias de conciliación, actuación probatoria), y no un proceso sumario.
2. Conectado con ello, la posibilidad de una amplia actuación probatoria con todo tipo de medios de prueba (orientados a probar, creemos, la situación económica de cada arrendatario), y no la limitación de medios de prueba.
3. La posibilidad de un proceso que incluye hasta tres revisiones judiciales, cada una con efecto suspensivo, y no reconocimiento de mecanismos como los procesos monitorios, de una instancia, de impugnación sin efectos suspensivo, como hemos visto antes.
4. La limitación cautelar.
5. La limitación al momento de la ejecución de la sentencia.

El modelo venezolano se orienta a la protección del derecho a una vivienda adecuada y, para ello, centra la actividad judicial en favorecer al arrendatario en atención a su situación económica y social. Por ejemplo, no tener donde vivir si es desalojado, o no haber tenido una asesoría legal de defensa adecuada.

En cambio, un modelo como el peruano, el colombiano, por sólo mencionar algunos ejemplos, propone un modelo donde se favorece la recuperación rápida del inmueble arrendado.

2.2.7. España:

El único caso no latinoamericano que revisaremos es el modelo español. Como veremos, la regulación del juicio de desahucio (o desalojo) en España se encuentra en la Ley 1/2000, del 7 de enero del 2000, Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Es el juicio de desahucio el mecanismo por el cual se puede obtener la recuperación de un bien dado en arrendamiento, así como también la recuperación de la posesión de una finca -urbana o rústica, *"cedida en precario"*.

Sin embargo, ¿cuál ha sido la razón para considerar revisar el modelo de desalojo español? Desde luego no sólo ha sido por el modelo legislativo de desalojo (juicio de desahucio), sino que sus constantes modificaciones desde el año 2000 han sido promulgadas con motivo de la crisis económica española originada el año 2007, y que se le ha denominado como la crisis de la *"burbuja inmobiliaria"* (Ruiz 2015: 155). Dicha crisis se originó por la pérdida y precarización del empleo de millones de personas que, como consecuencia de ello, no pudieron pagar los préstamos hipotecarios con el que habían adquirido sus viviendas ante las entidades financieras. Dado ello, éstas reclamaron judicialmente el pago de los préstamos otorgados mediante procesos de ejecución de garantía hipotecaria para, en muchos casos, terminar por adjudicarse las viviendas ante la falta de postores en los remates judiciales (Ruiz 2015: 155).

La denominada crisis de la *"burbuja inmobiliaria"* motivó que el estado español respondiera no sólo desde un punto de vista político y económico, sino –lo que interesa al presente caso- desde un punto de vista jurídico. Es precisamente lo que viene a interesar para el presente caso, ya que

actualmente la crisis económica generada en el Perú por la expansión del SARS-CoV-2, virus causante del COVID-19[158], puede producir efectos similares a la crisis inmobiliaria española del año 2007.

En efecto, la pérdida de empleo y la falta de crecimiento en el Perú, debido a la paralización de la economía, pronosticó que para el año 2020 el PBI del país caería hasta en un 12%, conforme el Banco Mundial[159]. Además, el Presidente del Banco Central de Reserva, Julio Velarde, informó que la pobreza aumentaría del 20.2% al 27.4%, y que los sectores económicos que más sufrirían con esta situación serían construcción, manufactura no primaria y comercio[160]. Indudablemente, todo ello está trayendo como consecuencia que muchas personas dejen de pagar los arrendamientos y los créditos hipotecarios contraídos del sistema financiero nacional. ¿Cómo responder a ello? Precisamente, podemos remitirnos a las soluciones adoptadas por el estado español para responder –ajustado a nuestra realidad- a lo que probablemente podría ocurrir en el país, tales como desalojos, ejecución de garantías hipotecarias, etc.

Creemos que, precisamente, en estas situaciones de crisis donde se puede apreciar el real conflicto entre los derechos sociales y los derechos individuales, específicamente, entre el derecho a una vivienda adecuada y el derecho de propiedad. Es por ello que el caso de España es muy interesante, ello por las recomendaciones dadas por el denominado CDESC de las Naciones Unidas, al que hemos hecho referencia a lo largo del presente capítulo. Esta serie de recomendaciones dadas a España son referidas a la vigencia del derecho a una vivienda adecuada y a sus incidencias en el proceso de desalojo.

La primera parte de este acápite revisaremos el modelo de desalojo o desahucio español. Posteriormente, los aspectos del modelo español

[158] https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019
[159] https://gestion.pe/economia/banco-mundial-peru-sera-el-pais-con-mayor-caida-de-pbi-en-sudamerica-este-ano-noticia/
[160] https://www.msn.com/es-pe/noticias/peru/presidente-del-bcr-“es-la-caída-más-grande-en-100-años-ni-en-la-peor-de-mis-pesadillas-lo-imaginé”/ar-BB15L5jE?ocid=spartanntp

relacionados con las recomendaciones del CDESC, que muestran no sólo la verdadera dimensión del derecho a una vivienda adecuada, sino si innegable y directa relación con el proceso de desahucio. En una segunda parte, además, un análisis de los criterios jurídicos asumidos para afrontar la crisis mencionada.

2.2.7.1. Características del modelo español.

Pues bien, dicho ello, y en referencia al juicio de desahucio español, podemos decir que al igual que en toda la legislación comparada revisada, el proceso mencionado es uno de naturaleza sumaria. En todo caso, a fin de comprender mejor su naturaleza dentro del sistema procesal español, se debe tener presente lo siguiente:

1. El Libro II de la LEC regula los procesos judiciales declarativos –como lo es el desahucio- a partir de su artículo 248.
2. Dos son las clases de procesos judiciales declarativos: el juicio ordinario y el juicio verbal (artículo 248, numeral 2 de la LEC[161]).

3. El juicio ordinario es un proceso de cognición amplia, y se tramitan bajo dicha vía varias pretensiones. Según la LEC, en materia de arrendamiento –que no implican desahucio-, se regulan las siguientes pretensiones:

> "Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario.
> 1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:
> (…)
> 6.º Las que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de reclamaciones de rentas o cantidades debidas por el arrendatario o del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia, o salvo que sea posible hacer una valoración de la cuantía del objeto del procedimiento, en cuyo caso

[161] *"Artículo 248. Clases de procesos declarativos.*
(…)
2. Pertenecen a la clase de los procesos declarativos:
1.º El juicio ordinario.
2.º El juicio verbal."

el proceso será el que corresponda a tenor de las reglas generales de esta Ley."

4. El juicio verbal, es un proceso de cognición limitada y en el mismo se ven todas las pretensiones relacionadas a la recuperación de la posesión de un inmueble:

> "Artículo 250. Ámbito del juicio verbal.
> 1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:
> 1.º Las que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca.
> 2.º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño (…) o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.
> 3.º Las que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario.
> 4.º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute. Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social.
> (…)."

Como se aprecia, el juicio de desahucio propiamente es el regulado en el numeral 1° del artículo 250, glosado. Los otros supuestos son consignados en tanto están relacionados a la restitución de la posesión de un bien, pero que no se originan en una relación sustantiva de arrendamiento.

5. ¿Cómo advertimos que el juicio verbal tiene una cognición limitada en el esquema de la LEC? Pues en las limitaciones que tienen las partes para proponer su demanda y su contestación, lo que se traduce en la

restricción de los alcances de la controversia sobre la que discutirán las partes.

En el numeral 1 del artículo 444 de la LEC, por ejemplo, se establece que en el juicio verbal de desahucio *"sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación*[162]*"*[163]. Con lo cual se delimita la defensa del arrendatario a si pagó o no.

Otro ejemplo lo encontramos en el numeral 4 del artículo 440 de la LEC, donde se establece que ante la inasistencia del demandado a la vista –entiéndase a la audiencia-, se declarará el desahucio *"sin más trámite"*[164].

[162] Por enervación se debe entender que *"el inquilino que ha incumplido con su obligación de pagar la renta en el tiempo establecido o de aquellas cantidades que vengan dispuestas en el contrato, aunque se le haya puesto una demanda de desahucio, puede reanudar la vigencia del contrato si paga la deuda debida"* (Sevilla 2020).
Ello aparece regulado en el numeral 4 del artículo 22 de la LEC:
"Artículo 22. Terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto. Caso especial de enervación del desahucio.
(…)
4. Los procesos de desahucio (…) por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán mediante decreto dictado al efecto por el letrado de la Administración de Justicia si, requerido aquél en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 440, paga al actor o pone a su disposición en el Tribunal o notarialmente, dentro del plazo conferido en el requerimiento, el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio. Si el demandante se opusiera a la enervación por no cumplirse los anteriores requisitos, se citará a las partes a la vista prevenida en el artículo 443 de esta Ley, tras la cual el Juez dictará sentencia por la que declarará enervada la acción o, en otro caso, estimará la demanda habiendo lugar al desahucio.
Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior, excepto que el cobro no hubiera tenido lugar por causas imputables al arrendador, ni cuando el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario por cualquier medio fehaciente con, al menos, treinta días de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación.
5. La resolución que declare enervada la acción de desahucio condenará al arrendatario al pago de las costas devengadas, salvo que las rentas y cantidades debidas no se hubiesen cobrado por causas imputables al arrendador."

[163] *"Artículo 444. Reglas especiales sobre contenido de la vista.*
1.- Cuando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación.
1 bis. Tratándose de un caso de recuperación de la posesión de una vivienda a que se refiere el párrafo segundo del numeral 4.º del apartado 1 del artículo 250, si el demandado o demandados no contestaran a la demanda en el plazo legalmente previsto, se procederá de inmediato a dictar sentencia. La oposición del demandado podrá fundarse exclusivamente en la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o en la falta de título por parte del actor. La sentencia estimatoria de la pretensión permitirá su ejecución, previa solicitud del demandante, sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días previsto en el artículo 548."

[164] *"Artículo 440. Citación para la vista.*
(…)
4. En todos los casos de desahucio, también se apercibirá al demandado en el requerimiento que se le realice que, de no comparecer a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites y que queda citado para recibir la notificación de la sentencia que se dicte el sexto día siguiente al señalado para la vista. Igualmente, en la resolución que se dicte teniendo por opuesto al demandado se fijará día y hora exactas para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento, que deberá verificarse antes de treinta días desde la fecha señalada para la vista, advirtiendo al demandado que, si la sentencia fuese condenatoria y no se recurriera, se procederá al lanzamiento en el día y la hora fijadas, sin necesidad de notificación posterior."

6. Dada la naturaleza de juicio sumario, la LEC ha establecido que este tipo de procesos (los verbales, en general) carecen de calidad de cosa juzgada. Así lo dispone el numeral 2 del artículo 447 de la LEC[165].

Según en acápite XII de la Exposición de Motivos de la LEC ello se justifica por el carácter sumario del proceso verbal[166]. Ateniéndonos a ello, es claro que el objetivo del modelo español es que dada la limitada cognición del proceso de desahucio -no hay una amplitud probatoria plena-, no debe cerrarse la posibilidad a un reclamo posterior, siempre y cuando éste se justifique en una nueva prueba o un nuevo hecho que pueda desvirtuar el resultado final del desahucio, lo que se seguirá en un proceso de cognición amplia, tal como es el juicio ordinario regulado en la LEC.

Ahora bien, ¿estamos frente a procesos donde no se configura la cosa juzgada? Para entender ello, debe quedar claro que en el derecho procesal existe circunstancias en donde la urgencia de tutela jurisdiccional justifica sacrificar la certeza al momento de la decisión que resuelve el conflicto:

> "El profesor Álvaro Gutiérrez Berlinches los ha delimitado en su obra, dejando claro que lo que se esconde detrás de la rapidez en un proceso sumario no es una "nueva característica" de éste, sino que es en realidad la razón de que tales procesos se configuren. En sus propias palabras, "existen procesos sumarios porque existen materias que requieren una tutela urgente. Y como la respuesta debe ser rápida, se limita el objeto del proceso, restringiendo las posibilidades de alegación o prueba de las partes" (Carrillo y Gianotti 2013: 47-48).

---

[165] *"Artículo 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales.*
(…)
2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias."

[166] *"En cuanto al carácter sumario, en sentido técnico-jurídico, de los procesos, la Ley dispone que carezcan de fuerza de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a aquéllos en que se pretenda una rápida tutela de la posesión o tenencia (…), así como las que resuelvan sobre el desahucio o recuperación de fincas por falta de pago de la renta o alquiler (…). La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad. (…). Reclamaciones ulteriores pueden estar plenamente justificadas por hechos nuevos."*

Por tanto, la posición adoptada por el modelo español es que no existe cosa juzgada en un proceso de desahucio. ¿Ello qué significa? Pues que en caso el demandante haya obtenido una sentencia que ordene el lanzamiento del inquilino siempre podrá ser discutida en un nuevo proceso, esta vez ordinario, pero llevando en este nuevo debate procesal un hecho no discutido en el proceso previo sumario como, por ejemplo, la nulidad del título -contrato de arrendamiento- o la naturaleza del arrendatario -no un inquilino sino un precario.

7. Una última característica del proceso de desahucio en el sistema español es la ejecución de la sentencia. Ello se da en un nuevo proceso –denominado de ejecución-.

A modo de resumen, y a fin de entender el proceso de desahucio en el sistema jurídico español, podemos acudir a la siguiente explicación:

> "El término "desahucio" es empleado en la actual LEC 1/2000 (proveniente de los precedentes códigos procesales civiles de 1881 y 1855) para calificar un tipo de juicio declarativo verbal: el llamado "juicio de desahucio", con que el arrendador de un bien inmueble (rústico o urbano) pretende que el juez dicte una sentencia ("sentencia de desahucio") en la que, por una parte, declare extinguido o resuelto el contrato de arrendamiento falta de pago de la renta (o cantidades asimiladas) o la expiración del plazo legal (o contractual) de duración del arrendamiento, y, por otra parte, condene al arrendatario (inquilino o colono) a que entregue el piso o finca rústica a su propietario (abandonando el piso y haciendo entrega de las llaves, por ejemplo). El inquilino condenado a abandonar el inmueble se dice que ha sido "desahuciado" porque se entiende que la falta de pago o la expiración del plazo hacen que el arrendador "retire la confianza" (des = quitar, y fiducia = confianza, en latín) al arrendatario y ponga fin al contrato por medio de un juicio y sentencia que son entonces "de desahucio". Para ejecutar forzosamente esta sentencia de desahucio en caso de no haber cumplimiento voluntario se debe acudir a un segundo proceso, ahora un "proceso de ejecución no dineraria" (arts. 699 a 704), proceso que para la entrega de bienes inmuebles tiene un trámite característico denominado "lanzamiento" (arts. 703 a 706 LEC)." (Ruiz 2015: 156).

Pues bien, analizando el modelo actual, podemos decir que éste es producto de algunas modificaciones recientes que tuvieron el objetivo de acelerar el proceso de desahucio y establecer mecanismos de protección para las personas a ser desalojadas. Tenemos las siguientes:

1. Ley 42/2015 del 5 de octubre de ese año, que modificó la LEC, y que entró en vigencia a partir del 7 de octubre de 2015. Esta norma es la que junto con el Real Decreto Real Decreto - Ley 7/2019 del 1 de marzo, ha dado la forma final al proceso verbal de desahucio, originado en la finalización de un contrato de arrendamiento, sea por el vencimiento de su plazo, sea por finalización por cuotas impagas. Es el modelo que comentaremos en las líneas que siguen.

2. Ley 5/2018 de 11 de junio que modificó varios artículos referidos al juicio verbal de desahucio resultando en la denominación de *"desahucio exprés"*. Esta modificación no se circunscribe a las relaciones que se enmarcan dentro de un contrato de arrendamiento, sino básicamente a la restitución de cualquier predio o finca cuya posesión detenta un precario, es decir, a aquella persona que posee un bien sin título alguno, pudiendo el titular del derecho exigir la restitución en cualquier momento[167].

   Sin embargo, a nuestros efectos, es importante la siguiente norma que se agregó a la LEC, aplicable a todos los supuestos de restitución de bien inmueble y, por lo tanto, luego de finalizado un juicio de desahucio por finalización de contrato por plazo o por falta de pago de arriendos:

   > "Artículo 150:
   > (…)
   > 4. Cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política

[167] El nuevo numeral 4, apartado 1, del artículo 250 de la LEC, quedó como sigue:
"Artículo 250. Ámbito del juicio verbal.
1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:
(…)
4. Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute. Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social."

social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados."

Como veremos, más adelante, dicha disposición sí logró reducir el tiempo de duración del proceso judicial de desahucio dirigido a desalojar a los llamados *"okupas"* –que, entendemos, no son más que los precarios- resultó en una serie de recomendaciones del CDESC para el caso español, que cuestionaban directamente varias normas de dicha ley, entre ellas la forma cómo algunos jueces interpretaban el nuevo artículo 150 de la LEC glosado en el párrafo anterior.

Por tanto, la Ley 5/2018 que regula lo que ha dado en llamarse desahucio exprés, puede llevarnos a confusión, pues es un desalojo que no se origina en la finalización de un contrato de arrendamiento, sino en una relación donde no existió voluntad del propietario o poseedor legítimo en ceder la posesión del bien a un tercero.

3. La Ley 12/2023 del 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, y que entró en vigencia el 26 de mayo de 2013, y modificó el artículo 441 de la LEC, sobre la actuación de los servicios sociales españoles durante un desahucio y con presencia de personas en estado de vulnerabilidad:

"Artículo 441. Casos especiales en la tramitación inicial del juicio verbal.
(…)
5. En los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250[168], siempre que el inmueble objeto de la controversia constituya la vivienda habitual de la parte demandada, se informará a esta, en el decreto de admisión a trámite de la demanda, de la posibilidad de acudir a las Administraciones Públicas autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. La información deberá comprender los datos exactos de identificación de dichas Administraciones y el modo de tomar contacto con ellas, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad de la parte demandada.
Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se comunicará inmediatamente y de oficio por el Juzgado la existencia del

[168] Que son supuestos de restitución de la posesión de inmuebles, como el caso de los desahucios.

procedimiento a las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, a fin de que puedan verificar la situación de vulnerabilidad y, de existir esta, presentar al Juzgado propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la Administración competente para ello y propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar igualmente por la Administración competente, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada.

En caso de que estas Administraciones Públicas confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social, se notificará al órgano judicial a la mayor brevedad y en todo caso en el plazo máximo de diez días.

En los casos previstos por los apartados 6 y 7 del artículo 439, cuando la parte actora sea una gran tenedora de vivienda y hubiera presentado junto con la demanda documento acreditativo de la vulnerabilidad de la parte demandada, en el oficio a las Administraciones públicas competentes se hará constar esta circunstancia a efectos de que efectúen directamente, en el mismo plazo, la propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada y las causas, que, en su caso, han impedido su aplicación con anterioridad.

Recibida dicha comunicación o transcurrido el plazo, el letrado o letrada de la Administración de Justicia dará traslado a las partes para que en el plazo de cinco días puedan instar lo que a su derecho convenga, procediendo a suspender la fecha prevista para la celebración de la vista o para el lanzamiento, de ser necesaria tal suspensión por la inmediatez de las fechas.

6. Presentados los escritos de las partes o transcurrido el plazo concedido para ello, el tribunal resolverá por auto, a la vista de la información recibida de las Administraciones Públicas competentes y de las alegaciones de las partes, sobre si suspende el proceso para que se adopten las medidas propuestas por las Administraciones públicas, durante un plazo máximo de suspensión de dos meses si el demandante es una persona física o de cuatro meses si se trata de una persona jurídica.

Una vez adoptadas las medidas por las Administraciones Públicas competentes o transcurrido el plazo máximo de suspensión previsto en el párrafo anterior, se alzará ésta automáticamente y continuará el procedimiento por todos sus trámites.

7. El tribunal tomará la decisión previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, apreciando las situaciones de vulnerabilidad que pudieran concurrir también en la parte actora y cualquier otra circunstancia acreditada en autos.

A estos efectos, en particular, el tribunal para apreciar la situación de vulnerabilidad económica podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de

pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance:
a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).
b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento.
c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo.
d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.
A estos mismos efectos, el tribunal para apreciar la vulnerabilidad social podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad.”

En este artículo, en particular, vemos una situación concreta en donde el derecho fundamental a una vivienda adecuada colisiona –no se complementa- con el derecho de propiedad. Es el caso donde los arrendatarios son personas en situación o riesgo de exclusión social, que se encuentran en un estado de vulnerabilidad. Se contemplan las siguientes medidas:

- El órgano jurisdiccional informa a los demandados que, si se encuentran en situación de vulnerabilidad, pueden acudir a las instancias administrativas pertinentes.
- El propio juzgado puede informar a las entidades administrativas competentes.
- La parte demandante puede informar si el demandado se encuentra en situación de vulnerabilidad.

El juzgado, evaluando la situación, puede suspender el proceso entre 2 a 4 meses, luego de lo cual levanta la suspensión para la continuación del proceso.

En esta situación, claramente estamos ante un análisis de ponderación que se decantó limitando temporalmente la tutela jurisdiccional del demandante a fin de ver restituido su derecho a la posesión sobre el bien, y su derecho de propiedad, en caso sea propietario.

Haciendo a un lado este supuesto de suspensión del proceso de desahucio, podemos decir que, en líneas generales, en el modelo español el objetivo ha sido abreviar el proceso judicial de desahucio. Por ejemplo, en el caso de un juicio de este tipo por falta de pago de la renta (o de las cantidades asimiladas a ésta, como es el pago de los servicios), se puede demandar acumulativamente el desahucio con el pago de las cantidades adeudadas, o únicamente el desahucio, a criterio del demandante.

En caso el demandante alegue que el inquilino no ha cumplido con el pago de la renta u otra obligación dineraria, el juzgado requerirá al demandado el pago de dichas sumas. En caso el arrendatario no se oponga al mandato –no presente oposición- en el plazo de 10 días, se da por terminado el proceso sin necesidad de celebrar juicio alguno y emitiéndose la orden de lanzamiento. La misma consecuencia se da si no asiste el demandado a la vista fijada por el Juzgado (numerales 3 y 4, artículo 440, LEC)[169].

[169] *"Artículo 440. Citación para la vista.*
(…)
3. En los casos de demandas en las que se ejercite la pretensión de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, acumulando o no la pretensión de condena al pago de las mismas, el Letrado de la Administración de Justicia, tras la admisión, y previamente a la vista que se señale, requerirá al demandado para que, en el plazo de diez días, desaloje el inmueble, pague al actor o, en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio; o en otro caso comparezca ante éste y alegue sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación.
Si el demandante ha expresado en su demanda que asume el compromiso a que se refiere el apartado 3 del artículo 437, se le pondrá de manifiesto en el requerimiento, y la aceptación de este compromiso equivaldrá a un allanamiento con los efectos del artículo 21.
Además, el requerimiento expresará el día y la hora que se hubieran señalado para que tengan lugar la eventual vista en caso de oposición del demandando, para la que servirá de citación, y el día y la hora exactos para la práctica del lanzamiento en caso de que no hubiera oposición. Así mismo se expresará que en caso de solicitar asistencia jurídica gratuita el demandado, deberá hacerlo en los tres días siguientes a la práctica del requerimiento, así como que la falta de oposición al requerimiento supondrá la prestación de su consentimiento a la resolución del contrato de arrendamiento que le vincula con el arrendador.

Esta regulación particular, es coherente en el marco de un proceso sumario como el juicio verbal, donde se pretende brindar tutela jurídica pronta a determinadas situaciones en donde no sólo existe situaciones de urgencia, sino que la prueba es relativamente sencilla –demostrar la existencia de un contrato de arrendamiento, con identificación del bien, el plazo y el monto pagado o adeudado de la renta-. Bajo estas circunstancias se pretende que el arrendador vea satisfecho su interés no sólo respecto de la entrega del bien, sino respecto del pago de la renta durante el transcurso del juicio.

Este tipo de regulación alienta el arrendamiento de viviendas. En efecto, en el Perú, por ejemplo, la experiencia judicial nos dice que los inquilinos demandados se mantienen en uso del bien sin pagar la renta, esperando hasta la finalización del juicio para poder desocupar el bien y sin pagar sus obligaciones. Por ello, garantizar el pago de la renta durante el proceso no sólo desalienta al demandado a esperar a la sentencia final cuando no tiene título alguno que justifique su posesión, sino que estimula el arrendamiento de inmuebles. Aunque en los casos de vulnerabilidad, el alquiler de viviendas se puede desalentar para estos grupos sociales específicos.

Otro aspecto que deseamos destacar es la relación que existe entre el derecho de propiedad con el derecho a una vivienda digna. Como hemos

---

El requerimiento se practicará en la forma prevista en el artículo 161 de esta Ley, teniendo en cuenta las previsiones contenidas en apartado 3 del artículo 155 y en el último párrafo del artículo 164, apercibiendo al demandado de que, de no realizar ninguna de las actuaciones citadas, se procederá a su inmediato lanzamiento, sin necesidad de notificación posterior, así como de los demás extremos comprendidos en el apartado siguiente de este mismo artículo.

Si el demandado no atendiere el requerimiento de pago o no compareciere para oponerse o allanarse, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto dando por terminado el juicio de desahucio y se procederá el lanzamiento en el día y la hora fijadas.

Si el demandado atendiere el requerimiento en cuanto al desalojo del inmueble sin formular oposición ni pagar la cantidad que se reclamase, el Letrado de la Administración de Justicia lo hará constar, y dictará decreto dando por terminado el procedimiento, y dejando sin efecto la diligencia de lanzamiento, a no ser que el demandante interese su mantenimiento para que se levante acta sobre el estado en que se encuentre la finca, dando traslado al demandante para que inste el despacho de ejecución en cuanto a la cantidad reclamada, bastando para ello con la mera solicitud.

En los dos supuestos anteriores, el decreto dando por terminado el juicio de desahucio, impondrá las costas al demandado e incluirá las rentas debidas que se devenguen con posterioridad a la presentación de la demanda hasta la entrega de la posesión efectiva de la finca, tomándose como base de la liquidación de las rentas futuras, el importe de la última mensualidad reclamada al presentar la demanda. Si el demandado formulara oposición, se celebrará la vista en la fecha señalada.

4. En todos los casos de desahucio, también se apercibirá al demandado en el requerimiento que se le realice que, de no comparecer a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites y que queda citado para recibir la notificación de la sentencia que se dicte el sexto día siguiente al señalado para la vista. Igualmente, en la resolución que se dicte teniendo por opuesto al demandado se fijará día y hora exacta para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento, que deberá verificarse antes de treinta días desde la fecha señalada para la vista, advirtiendo al demandado que, si la sentencia fuese condenatoria y no se recurriera, se procederá al lanzamiento en el día y la hora fijadas, sin necesidad de notificación posterior."

dicho, ambos derechos se contraponen. Uno limita al otro en varios aspectos y ello se puede ver en el proceso de desalojo. Reiteramos, poner énfasis en la situación jurídica del arrendatario supone, en la mayoría de casos, tener como objetivo la realización del derecho a la vivienda adecuada.

2.2.7.2. Incidencia en el caso español de la vigencia del derecho a una vivienda adecuada en el proceso verbal de desahucio.

Tanto el derecho de propiedad, como el derecho a una vivienda adecuada son reconocidos en la Constitución Española (CE), en sus artículos 33[170] y 47[171], respectivamente.

Es el caso español el que nos permite aprovechar en presentar algunos conceptos e ideas que ya revisamos sobre las relaciones de complementariedad y conflicto que se pueden presentar entre ambos derechos fundamentales. De este modo, si bien en varios casos ambos derechos constitucionales se complementan, como cuando la propiedad se constituye en un medio para lograr una vivienda digna, en muchas otras ocasiones, ambos derechos colisionan, por ejemplo, cuando por debido a la función social de la propiedad, el Estado puede expropiar bienes de particulares para la construcción de viviendas sociales, o cuando un propietario quiere recuperar un inmueble de su propiedad en caso los arrendatarios no pueden cancelar la renta por haber perdido sus puestos de trabajo debido a una crisis económica.

En ambos de estos últimos ejemplos, vemos que la propiedad –como todo derecho- no es absoluta, sino que en determinados casos debe ceder ante la realización de otros valores constitucionales. Los derechos económicos ven sus límites en los derechos sociales. En el caso de la expropiación, la

[170] *"Artículo 33.*
1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes."

[171] *"Artículo 47. Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos."*

propiedad se pierde sin capacidad de poder oponerse, ello a cambio de una indemnización –justiprecio-, por otro lado, en el caso de un proceso de desalojo el momento de la restitución de la posesión se suspende en atención a la situación jurídica de los inquilinos (condición económica o ser poblaciones vulnerables o que tienen especial protección constitucional, como los niños, adultos mayores o inmigrantes). En el caso de Venezuela, la suspensión es indeterminada, más en el caso de España, la suspensión puede darse entre 2 a 4 meses[172].

Son en estos aspectos casi cotidianos en que podemos ver las diversas formas de interrelación de los derechos fundamentales. Sin embargo, son en momentos de crisis donde esos conflictos se presentan en toda su dimensión, y donde se hace necesario –dentro de un Estado Constitucional- que el órgano jurisdiccional decida caso por caso qué derecho debe prevalecer.

En efecto, como hemos dicho, un contexto de crisis permite visibilizar dichos conflictos, así como la necesidad de buscar una solución a éstos. Ello se ve, por ejemplo, en la *"crisis de la burbuja inmobiliaria"* española y, se podrá ver, seguramente en varios países –entre ellos el Perú- durante y después de la crisis económica y sanitaria ocasionada por la pandemia del COVID-19.

En el caso español, como se ha dicho, una vez iniciada la crisis muchas personas no pudieron pagar sus créditos hipotecarios, lo que permitió a las entidades bancarias ejecutar judicialmente las garantías hipotecarias y, eventualmente, adjudicarse en propiedad los inmuebles rematados. La consecuencia luego de ese procedimiento era el lanzamiento de muchas familias a las calles o, con mucha suerte, a viviendas de familiares y amigos.

¿Qué pasaría en el Perú si las familias no puedan seguir pagando el alquiler de sus viviendas? Pues en España familias enteras perdieron sus viviendas en alquiler pasando a vivir en la precariedad.

[172] Conforme los apartados 5, 6, y 7, artículo 441, LEC, ya glosados.

Vivir en la calle o ser desalojados de sus hogares, en condiciones de hacinamiento, con el trauma que puede ocasionar en ancianos y niños, nos lleva a concluir que estamos ante situaciones contrarias a la dignidad de la persona (Ruiz 2015: 4) y, por ende, ante una afectación al derecho a una vivienda adecuada. Sin embargo, la salida judicial ante el no pago de deudas hipotecarias –o arriendos- como en el caso español no permitía una solución diferente al desahucio y lanzamiento, ya que los derechos de crédito, obligatoriedad de los contratos, tutela judicial y propiedad debían ser amparados sin lugar a dudas por el Poder Judicial.

Ahora bien, el hecho que una persona deba ser desalojada de su vivienda por haber perdido su trabajo o ser personas vulnerables, la opción de dejarlos en la calle no suena muy justo:

> "El punto de partida de este enfoque es, ciertamente, una reacción instintiva del jurista (…) que intuye que algo no cuadra en el marco someramente dibujado: ¿cómo son posibles las situaciones de desvalimiento descritas en los primeros párrafos de este escrito en un Estado calificado, por la Constitución que lo instituye, de social y democrático de Derecho (propugnando la justicia y la igualdad como valores superiores de su ordenamiento jurídico –art. 1.1. CE–); que afirma que los poderes públicos promoverán las condiciones y removerán los obstáculos para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (art. 9.2 CE); que sostiene que la dignidad de la persona es un fundamento de su orden político (art. 10.1 CE); que afirma que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual sea su titularidad está subordinada al interés general (art. 128 CE); que otorga, a todos, un derecho a la vivienda digna (art. 47 CE) (…)" (Ruiz 2015: 159).

Ante ello, en el sistema se pueden encontrar soluciones alternativas más allá del efectivo e inmediato cumplimiento de las disposiciones procesales sobre desahucios o lanzamientos. Esta efectividad o inmediatez judicial nos puede llevar a soluciones ciertamente no tan justas:

> "Esto nos llevaría, por reducción al absurdo, a admitir medidas como expulsar a una pareja de ancianos en pleno invierno, dejándolos sentados sobre la nieve. Tal reductio ad absurdum revela que la procedencia de los medios no puede aludir únicamente a la satisfacción del ejecutante. La procedencia o adecuación de los

> medios de ejecución debe serlo al conjunto de bienes jurídicos en presencia. En efecto, junto al derecho del acreedor a la tutela efectiva, derecho avalado y descrito con precisión en el título ejecutivo que la fundamente, existen otras posiciones jurídicas unidas a la vivienda, como ámbito o espacio donde la persona se protege del entorno hostil (tanto social como natural) y donde desarrolla su intimidad y su vida familiar. Posiciones jurídicas que están protegidas por derechos humanos" (Ruiz 2015: 161).

En suma, en estos casos, y como ya se ha mencionada al momento de referirnos a las observaciones generales del CDESC, el derecho a la tutela judicial no debería satisfacer únicamente los derechos de los propietarios o acreedores, sino que, en algunas –o tal vez, muchas- circunstancias, la tutela judicial también debe ser efectiva para los deudores o inquilinos, permitiendo se evalúe la proporcionalidad del lanzamiento tomando en consideración su condición jurídica. Ello, como dijimos, se hace más palpable en un contexto de crisis económica.

Además, y como hemos dicho, el derecho a la vivienda adecuada pone la atención a la situación jurídica de los inquilinos y puede, en algunos supuestos, limitar o suspender el ejercicio de los derechos de crédito, de propiedad o de tutela judicial efectiva. Reiteramos, esas soluciones pueden venir de dicho derecho fundamental.

En suma, el caso español nos pone ejemplos que es el derecho a una vivienda adecuada, principalmente, el principio o valor constitucional que válidamente se debe ponderar frente a la propiedad o al principio de obligatoriedad de los contratos, por ejemplo, en casos de desalojo, desahucios o lanzamientos.

Para este fin, se debe hacer referencia a un caso en particular que parece haber impactado de una manera importante en cómo se deben concebir en la práctica los juicios de ponderación entre el derecho a una vivienda adecuada y el derecho de propiedad al momento que un órgano jurisdiccional competente ordena un mandato de lanzamiento.

Se trata del segundo dictamen del CDESC relativo al derecho a la vivienda en el caso Ben Djazia (también conocido como M.B.D. c. España). Dicho dictamen fue emitido el 20 de junio de 2017 y presenta importantes conclusiones y procedimientos que se deben observar cuando se va a ejecutar un lanzamiento y no hay una vivienda alternativa para los poseedores, es decir, se pierde la vivienda para pasar a vivir en la calle.

En resumidas cuentas, se analiza el caso del señor Mohamed Ben Djazia, Naouel Bellili y sus dos hijos menores de edad que, al momento de la ocurrencia de los hechos tenían 1 y 3 años, que vivían en una habitación alquilada en Madrid.

La familia pagaba la renta de la habitación ocupada en mérito a los subsidios por desempleo que le otorgaba el gobierno español. Una vez que dicha ayuda económica se acabó, no pudieron seguir abonando el pago de la renta. En esas circunstancias, la arrendadora exigió la devolución del bien, obteniendo como respuesta la negativa de Ben Djazia a desocupar la habitación, ya que él y su familia no tenían lugar a donde mudarse. Cabe precisar que por varios años antes, Ben Djazia había solicitado al gobierno español se le otorgue una vivienda social, solicitud que nunca obtuvo resultados. Iniciado el juico verbal de desahucio Ben Djazia solicitó asistencia jurídica gratuita, la misma que le fue denegada por considerase que su pretensión de quedarse en el inmueble no tenía fundamento alguno. El juicio terminó y se ordenó el desalojo de la familia. Conforme a las normas vigentes, el juzgado informó a los servicios sociales a fin de dar asistencia a la familia a ser desalojada. Dentro del mismo proceso, Ben Djazia se amparó en la violación de su derecho a una vivienda adecuada e inclusive acudió al Tribunal Constitucional. Todo ello culminó con el desalojo de Ben Djazia y su familia. Luego de ello no encontraron vivienda estable alguna, llegando a dormir incluso en el auto familiar.

Este caso llegó al CDESC. Uno de sus sustentos fue que en el proceso judicial de desahucio no se permite a los tribunales evaluar las consecuencias de un desalojo forzoso ni las circunstancias particulares de cada caso. Agregando que, en dicho proceso, sólo el demandado puede presentar una defensa

limitada a la controversia (si pagó o no, por ejemplo) y no sobre sus circunstancias particulares o lo que pudiera padecer si eran desalojados (Benito 2019: 591).

Una de las conclusiones a las que llegó el CDESC fue la siguiente:

> "15.2. En particular, los desalojos no deberían dar lugar a que los afectados queden sin vivienda. Por tanto, si no disponen de recursos para una vivienda alternativa, los Estados partes deberán adoptar todas las medidas necesarias para que en lo posible se les proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda. Los Estados partes deben prestar especial atención a los casos en que los desalojos afecten a mujeres, niños, personas mayores, personas con discapacidad, así como a otros individuos o grupos que sufran discriminación sistémica o estén en una situación de vulnerabilidad. El Estado parte tiene el deber de adoptar medidas razonables para proveer vivienda alternativa a las personas que puedan quedar sin techo como consecuencia de un desalojo, independientemente de si tal desalojo ocurre a instancia de las autoridades del Estado parte o de particulares, como el arrendador[173]."

En este sentido, conforme lo que se ha expuesto al inicio del presente capítulo, el reconocimiento de la dimensión de la seguridad de la tenencia implica también la posibilidad que el Estado escuche y posibilite las consultas de los afectados en relación a sus situaciones particulares y que se les responda motivadamente.

> "15.1 En determinadas circunstancias, el desalojo de personas que viven en una vivienda en alquiler puede ser compatible con el Pacto siempre que la medida esté prevista por la ley, se realice como último recurso, y que las personas afectadas tengan previamente acceso a un recurso judicial efectivo, en que se pueda determinar que la medida está debidamente justificada, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada. Adicionalmente, debe existir una auténtica oportunidad de consulta genuina y efectiva previa entre las autoridades y la(s) persona(s) afectada(s), no existir medios alternativos o medidas menos gravosas, y la(s) persona(s) afectada(s) por la medida no debe(n) quedar en una situación que le(s) exponga a o constituya

173 http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuWwFxY1mqLbp5EEjeL2wr8QZ5yGdFWeZK8t%2BOYmr%2FpgooooDrULo4nTNRoacaMIyCwOPIiVFYGqGKWwICkSIZEWvafpCQubeyVivaF1E1Kjt6qzgHzYnWNBFTH3LCPQeReA%3D%3D

> una violación de otros derechos del Pacto o de otros derechos humanos.[174]"

Estas conclusiones, creemos, pueden dar espacio a muchas interpretaciones, sobre las obligaciones de los estados en estos casos límites. ¿Acaso el juez debe suspender un lanzamiento o un proceso de desalojo ante un caso de vulnerabilidad social?, ¿acaso se debe seguir adelante con el lanzamiento y derivar el caso de la familia afectada a una dependencia estatal? Este tipo de decisiones u opciones resultan de la ponderación que pueda hacer el legislador o el juez al momento de tomar una decisión.

Creemos que la decisión adoptada por el estado español puede verse en el artículo 441 de la LEC, que hemos citado precedentemente, y que opta por el debate en el proceso sobre el estado de vulnerabilidad social de los demandados -con participación de las partes y las entidades administrativas competentes-, para luego poder suspender el proceso por 2 a 4 meses, a fin que la administración pueda dar solución a los afectados.

Esta decisión implica que en cada proceso judicial se posibilite un recurso o etapa que posibilite a los afectados a exponer y probar su afectación al derecho a la vivienda, dependiendo de las circunstancias. ¿Qué pasa si, en determinado país, no es suficiente poner en conocimiento de los servicios sociales de un Estado la situación precaria de los inquilinos si este servicio estatal va a ser inoperante?

Las conclusiones y recomendaciones dadas por el CDESC son elocuentes:

> "20. El Estado parte tiene la obligación de proporcionar a los autores una reparación efectiva, en particular: a) en caso de que los autores no cuenten con una vivienda adecuada, evaluar la situación actual de los mismos y, en consulta genuina y efectiva con los autores, otorgarles vivienda pública u otra medida que les permita vivir en una vivienda adecuada (…); b) otorgar a los autores una compensación económica (…).

174 http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuWwFxY1mqLbp5EEjeL2wr8QZ5yGdFWeZK8t%2BOYmr%2FpgooooDrULo4nTNRoacaMIyCwOPIiVFYGqGKWwICkSIZEWvafpCQubeyVivaF1E1Kjt6qzgHzYnWNBFTH3LCPQeReA%3D%3D

Recomendaciones generales

21. (…) El Comité considera que el Estado parte debe asegurarse de que su legislación y su aplicación sean conformes con las obligaciones establecidas en el Pacto. En particular, el Estado tiene la obligación de:
a) Adoptar medidas legislativas y/o administrativas pertinentes para garantizar que, en los procesos judiciales de desalojos de inquilinos, los demandados puedan oponerse o presentar un recurso con el fin de que el juez considere las consecuencias del desalojo y la compatibilidad de esta medida con el Pacto.
b) Adoptar las medidas necesarias para superar los problemas de falta de coordinación entre las decisiones judiciales y las acciones de los servicios sociales que pueden conducir a que una persona desalojada pueda quedar sin vivienda adecuada[175].”

Por lo demás, es evidente que, dentro de un Estado Constitucional, y ante la posibilidad que dicha controversia se de en un proceso judicial, es el juez la autoridad estatal competente para pronunciarse sobre dicha afectación, ejerciendo un trabajo de ponderación caso por caso. En referencia al dictamen del CDESC:

> “Junto al claro valor interpretativo de este dictamen para determinar el alcance de las garantías que rodean al derecho a una vivienda adecuada en Derecho internacional de los derechos humanos, pueden subrayarse por tanto los siguientes elementos: la necesidad de observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad antes de ordenar un lanzamiento, el necesario acceso de los afectados a un recurso judicial efectivo y apropiado y la necesaria oportunidad de una consulta genuina y efectiva con ellos” (Benito 2019: 594)

En España, se han dado algunos pronunciamientos judiciales en ese sentido. Por ejemplo, una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª), Sentencia núm. 613/2018, 11 de septiembre de 2018):

> “Esta sentencia aplica la doctrina del estado de necesidad, considerando que la situación económica y familiar de los acusados justificó la ocupación de una vivienda que perteneció en su momento

175 http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuWwFxY1mqLbp5EEjeL2wr8QZ5yGdFWeZK8t%2BOYmr%2FpgooooDrULo4nTNRoacaMIyCwOPIiVFYGqGKWwlCkSlZEWvafpCQubeyVivaF1E1Kjt6qzgHzYnWNBFTH3LCPQeReA%3D%3D

> a una entidad bancaria y en la actualidad a una empresa especializada en la compraventa de activos inmobiliarios, que probablemente conocían la ocupación en el momento de adquirir la vivienda. Apunta la sentencia que “si ponemos, como decimos, en una balanza dichos bienes jurídicos, sin duda el bien jurídico de la protección a los menores, a las personas con discapacidad y a la familia prevalece sobre el bien jurídico del derecho a la posesión”. Estima, por tanto, la concurrencia del estado de necesidad y aplica una eximente completa, conforme al Código Penal” (Benito 2019: 599)

En este criterio, emitido en un caso penal, se aprecia un nuevo conflicto entre el derecho a la vivienda y el derecho de propiedad.

¿Acaso este tipo de opiniones cuestionan también la tendencia legislativa continental y española –como hemos visto- de dotar al proceso de desalojo de una real sumariedad en el debate, la probanza y la eficacia, a fin que el arrendador recupere el bien dado en alquiler?

Creemos que no, pero ello no impide ver y debatir sobre las circunstancias de los demandados, además de los demandantes. Por ejemplo, adultos mayores que sólo tienen como medio de subsistencia el arriendo de un inmueble de su propiedad, o que sea el ingreso necesario para la manutención de una familia con igualmente hijos menores de edad. Ello no es más que un derecho a la tutela efectiva de ambas partes, debiendo ambas obtener una decisión debidamente motivada.

En principio es el caso por caso, pero ello puede generar, obviamente, el retraso de los procesos –más aún en el caso peruano- y la posible desnaturalización del juicio de desalojo como uno de naturaleza sumaria. En definitiva, esta valoración o ejercicios de ponderación sobre el establecimiento de un proceso único de desalojo en el Perú, será materia de análisis en el capítulo siguiente.

Consideramos debe quedar claro, de lo expuesto, que el derecho a la vivienda adecuada no debe afectar un proceso de desalojo, menos aún paralizar indefinidamente un lanzamiento. Recordemos, como se ha venido

mencionado, que las prestaciones que impone dicho derecho obligan al Estado, no a los particulares. Veamos lo expuesto en la Sentencia 32/2019, del 28 de febrero, emitida por el Tribunal Constitucional español y publicada en el Boletín Oficial N° 73, del 26 de marzo de 2019[176]:

> "Ahora bien, ese mandato [promover el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada] dirigido a los poderes públicos no es incompatible en modo alguno con el establecimiento por el legislador de procedimientos judiciales para dirimir las controversias que puedan suscitarse acerca del mejor derecho en relación con la titularidad y posesión sobre los bienes inmuebles; con el consiguiente derecho de quien hubiera obtenido una resolución judicial a su favor que decrete el desalojo del ocupante a instar la ejecución de dicha resolución. El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comprende también el derecho a la ejecución de las sentencias y demás resoluciones judiciales en sus propios términos (art. 118 CE), conforme tiene señalado de manera reiterada la jurisprudencia constitucional (…).
>
> Valga asimismo recordar que la prohibición de desalojos forzosos a la que se refieren los instrumentos de Naciones Unidas citados por los recurrentes no se aplica a los desalojos efectuados legalmente y de manera compatible con las normas internacionales de derechos humanos, en particular las referidas al derecho a un proceso con las debidas garantías, como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su observación general núm. 7, sobre el derecho a una vivienda adecuada y los desalojos forzosos.
>
> Cuestión distinta es que el Estado español deba adoptar políticas sociales destinadas a promover el acceso de los ciudadanos a la vivienda (…). Según la STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 7, "las políticas de vivienda tratan de facilitar el acceso a una vivienda digna a personas necesitadas, que es un objetivo constitucional primordial (arts. 9.2 y 47 CE) que guarda relación con la protección social y económica de la familia (art. 39.1 CE), la juventud (art. 48 CE), la tercera edad (art. 50 CE), las personas con discapacidad (art. 49 CE) y los emigrantes retornados (art. 42 CE) así como con la construcción como factor de desarrollo económico y generador de empleo (art. 40.1 CE)".
>
> La Ley 5/2018, aun siendo una ley procesal, no es ajena a la preocupación del legislador por hacer frente a las situaciones de especial vulnerabilidad social que puedan producirse como consecuencia del desalojo de viviendas judicialmente decretado. En tales supuestos, como ya se indicó, la ley impone al órgano judicial el deber de comunicar esa situación (…) a los servicios públicos competentes en materia de política social, por si procediera su intervención protectora, desde el mismo momento en que, al

[176] https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25871

> notificarse la demanda para la recuperación de la posesión de la vivienda, haya sido posible la identificación de los ocupantes" (primer párrafo del art. 441.1 bis LEC).

Por tanto, como se ha sostenido en líneas anteriores un proceso de desalojo si bien es un supuesto de colisión entre el derecho a la vivienda con el de propiedad -involucrando otros como el de la tutela jurisdiccional, de ambas partes, creemos-, debería contar con etapa o garantías específicas para poder velar por los supuestos de vulnerabilidad social, minimizando el daño a dicho derecho causado por el eventual lanzamiento -como materialización del derecho a la ejecución de resoluciones judiciales-, recurriendo al Estado, como obligado a las prestaciones para realizar el derecho a la vivienda adecuada.

Es pertinente ilustrar este argumento con un criterio recurrente en las Salas Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo español, por ejemplo, la emitida en la Sala Tercera, sentencia de casación N° 950-2023, de fecha 10 de julio de 2023[177], a propósito de un proceso de desalojo de una vivienda social iniciado por la Agencia de la Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, en el cual se argumenta sobre los actos que debe ejercer el juez del proceso ante la decisión administrativa de poner fin al contrato de arrendamiento de dicho tipo de vivienda:

> "La (…) ponderación exigida al juez no puede afectar al núcleo de la decisión del desalojo. Si tal cosa se hiciera, la competencia atribuida al juez para autorizar la entrada en domicilio como garantía preventiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se transmutaría, subrepticiamente, en la atribución - de facto- a aquél de una competencia para revisar un acto administrativo firme (…).
> Por tanto, señalamos "el juez no puede, so pretexto de cumplir con la exigencia de ponderación de los intereses concurrentes, paralizar indefinidamente un desalojo forzoso que trae causa de un acto administrativo firme, aparentemente legal, porque estaría permitiendo -y hasta posibilitando, de hecho- la permanencia y consolidación de una situación de ilegalidad, consecuencia que no se acomoda a los postulados constitucionales, que es expresamente rechazada por el legislador (…) y que perjudicaría tanto al interés general como a los particulares intereses de propietarios y, en su caso, de los legítimos poseedores de las viviendas ocupadas y, muy

[177] https://vlex.es/vid/939424776

especialmente, a los intereses de aquellas otras personas que, encontrándose también en situación de vulnerabilidad y en riesgo de exclusión social, económica y residencial, optan por mantenerse dentro de la legalidad y solicitar la adjudicación de esas viviendas por las vías establecidas.

Pero, con la misma rotundidad debemos afirmar que, al ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, el juez no sólo está facultado, sino que está obligado a modular las circunstancias -materiales y temporales- en que debe desplegar eficacia la autorización de entrada en domicilio. El juez no debe ser ajeno a las consecuencias que pueden derivarse de su decisión de autorizar la entrada en domicilio para proceder al desalojo forzoso y, por ello, antes de emitir esa autorización debe velar por que se reduzcan al mínimo posible las consecuencias negativas que, ineludiblemente, se derivarán de la irrupción domiciliaria.

En ese sentido, el juez debe tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de adoptar su decisión y, singularmente, la presencia en la vivienda que deba ser desalojada de personas en situación de especial vulnerabilidad, entre las que cabe incluir a los menores, pero también a otras personas que se encuentren necesitadas de protección por razones diversas, como pueden ser las víctimas de violencia de género, o aquellas personas que estén en riesgo de exclusión social por razones económicas o de otro tipo.

(…) en tal caso y de acuerdo con lo dicho, el juez habrá de comprobar, antes de autorizar la entrada en domicilio para el desalojo forzoso, que la Administración ha previsto la adopción de las medidas precautorias adecuadas y suficientes para que el desalojo cause el menor impacto posible a aquellos ocupantes que se encontraren en situación de especial vulnerabilidad.

Naturalmente, la casuística es variada y, por ello, en la aplicación de estos criterios generales de ponderación habrá de atender el juez, en cada supuesto (…).

La ponderación de todas esas circunstancias es la que debe quedar reflejada en la motivación que el auto judicial debe incluir para que pueda afirmarse que la decisión judicial de autorizar la entrada en domicilio para materializar el desalojo forzoso de una vivienda ocupada ilegalmente ha sido proporcionada.”

De este modo, de lo que se trata es que haya una menor afectación al derecho de vivienda. En este caso, éste modula al de propiedad y al de la tutela jurisdiccional del demandante. Como vemos, el método para conciliar el conflicto de derechos se ha aplicado al momento de la legislación y al momento de la actividad jurisdiccional, correspondiendo a ésta el caso por caso.

Todos los elementos revisados serán tomados en cuenta, al momento de definir posiciones concretas en la determinación de un proceso de desalojo único.

Seguidamente, presentamos dos cuadros donde se resumen les estructuras de los procesos de desalojo o desahucio, revisados.

Tabla 19

Estructura procesos de desalojo derecho comparado

	VENEZUELA	ARGENTINA	ESPAÑA	COLOMBIA	MÉXICO
Ley	LEY PARA LA REGULARIZACIÓN Y CONTROL DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA	CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN	Ley de Enjuiciamiento Civil	CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO: LEY 1564 DE 2012	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL
Ámbito de aplicación	inmuebles destinados a vivienda, habitación, residencia o pensión	Todo tipo de cesión de posesión	Vivienda	Casos de arrendamiento únicamente	Exclusivamente contratos de arrendamiento
Competencia	Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda[178] (Poder Ejecutivo)/ Poder Judicial en materia contenciosa[179] y civil[180]	Órgano Jurisdiccional – proceso sumario	Órgano Jurisdiccional (juicio verbal)[181] conoce el letrado en Administración de Justicia	Órgano Jurisdiccional	Órgano Jurisdiccional
Casos para solicitar desaloj o[182]	a.- falta de pago de 4 mensualidades (cánones)	a.- falta de pago[183] b.- vencimiento de plazo legal o contractual[184] c.- caso de intruso[185]	a.- Falta de pago de renta y otras obligaciones dinerarias.	a.- Falta de pago de renta, de cuota de administración o servicios públicos b.- vencimiento de plazo contractual o legal.	Todo tipo de controversias dentro de un arrendamiento

[178] La Superintendencia tiene amplias facultades de supervisión sobre los inmuebles que estén destinados a vivienda y alquiler (artículo 20), así por ejemplo, puede verificar la existencia de inmuebles desocupados, que podrían ser cedidos a quienes carezcan de vivienda e, inclusive, revisar los contratos de arrendamiento a fin de verificar que cumplan con lo establecido en la Ley (artículo 21), como por ejemplo, el cumplimiento de la fórmula para la fijación del pago mensual o canon (artículo 78).

[179] Casos de impugnación de las decisiones de la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda.

[180] Competencia en casos de entrega de vivienda

[181] Artículo 250, numeral 1, inciso 1° de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)

[182] Artículo 91.

[183] Se aplica el artículo de desocupación inmediata:
"Artículo 680 Bis.- En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar."

[184] Se aplica el artículo de desocupación inmediata:
"*Artículo 680 Bis.- En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar."*

[185] En este supuesto el juez ordena de modo inmediato la entrega del inmueble: El Código Civil y Comercial de la Nación establece:
"*Artículo 680 Bis.- En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar."*

	b.- deterioro intencional del bien arrendado c.- incumplimiento de las obligaciones contractuales. d.- estado de necesidad del propietario e.- destino del bien arrendado a "usos deshonestos"	d.- mal uso de inmueble. d.- cambio de destino	b.- vencimiento de plazo contractual o legal.[186]	c.- Incumplimiento de contrato de arrendamiento	
Conciliación	Procedimiento administrativo obligatorio	No	No	No	No
Demanda	Sí (proceso oral) [187]	Sí	Sí	Sí	Sí
Medios probatorios	No hay restricción probatoria	Sólo documental, pericial y confesional	No hay restricción	Sólo documental, confesional o testimonial	No hay restricción
Medios de defensa	Contestación, excepciones y cuestiones previas y probatorias	Contestación, excepciones y cuestiones previas y probatorias Si no se contesta dentro del plazo, el Juzgado ordena la entrega del inmueble	Previo a que se conteste la demanda, se requiere al demandado a que desaloje[188] el inmueble y cancele las sumas adeudadas[189] Contestación, excepciones y cuestiones previas y probatorias	No procede contestación por falta de pago de renta u otras cuotas o pago de servici0os hasta que el demandado consigne las sumas demandadas ante el juzgado[190]	Contestación, excepciones y reconvención
Audiencia Única	No (dos audiencias: mediación y juicio)[191]	Sí[192]	Sí	No	Sí
Sentencia	Sí[193]	Sí	Sí[194]	Acta no contenciosa	Sí

[186] Artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, numeral 3.
[187] Se garantiza defensa de oficio a cualquiera de las partes que lo solicitaren (artículo 97)
[188] Si no se contesta la demanda o no se absuelve el requerimiento, se procederá al lanzamiento (artículo 440, numeral 3)
[189] Artículo 440, numeral 3, LEC
[190] Artículo 384. Restitución de inmueble arrendado.
(…)
4. Contestación, mejoras y consignación. Cuando el demandado alegue mejoras, deberá hacerlo en la contestación de la demanda, y se tramitará como excepción.
Si la demanda se fundamenta en falta de pago de la renta o de servicios públicos, cuotas de administración u otros conceptos a que esté obligado el demandado en virtud del contrato, este no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones y los demás conceptos adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador, correspondientes a los tres (3) últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, a favor de aquel."
[191] Sin embargo, la audiencia de mediación podrá ser prolongada hasta en dos audiencias más, hasta agotar el debate (artículo 104). Luego de agotada la etapa de mediación, se convoca a las partes a contestar la demanda y se cita a audiencia de juicio, donde se actuarán todas las pruebas.
[192] Dependiendo si se han ofrecido medios de prueba que necesiten actuación, como la declaración de parte.
[193] Será emitida de manera oral y en el mismo día de la audiencia de juicio.
[194] No tiene calidad de cosa juzgada (artículo 447, numeral 3, LEC).

Apelación/Efecto	Sí / Con efecto suspensivo	Sí / Con efecto suspensivo	No, salvo que la cuantía sea mayor a 3000 euros[195]	Solo en caso de no pago de arriendos, el resto de casos sí / Si se concede, es con efecto suspensivo	Sí/ sin efecto suspensivo
Sentencia de vista	Sí	Sí	No (salvo cuantía)	No en caso de pago de arriendos	Sí
Casación	Sí	No	No	No	Sí (denominado Proceso de amparo)
Competencia en ejecución	Mismo juez	Mismo juez	Mismo juez	JPL	Mismo juez
Requerimiento de desocupación del inmueble	No	No	No (la sentencia contiene el requerimiento)	Sí	No
Apelación requerimiento	No dice	Sí (dado su naturaleza de proceso ordinario)	No dice	No	Sí, por proceso de amparo
Lanzamiento	Sí (se suspende hasta que demandados consigan otra vivienda)	Sí	Sí	Sí	Sí

Los procesos monitorios revisados, tienen la siguiente estructura:

Tabla 20

Estructura procesos monitorios derecho comparado

	URUGUAY	COSTA RICA	ARGENTINA (MENDOZA)
Tipo de proceso	Monitorio documental	Monitorio documental	Monitorio documental
Ámbito de aplicación	Todo tipo de arrendamiento	Todo tipo de arrendamiento	Todo tipo de arrendamiento
Competencia	Poder Judicial	Poder Judicial	Poder Judicial
Casos para solicitar desalojo[196]	a.- falta de pago de renta b.- incumplimiento de obligaciones contractuales. c.- fin del contrato	a.- falta de pago b.- vencimiento de plazo contractual	a.- Falta de pago de arriendos. b.- vencimiento de plazo del contrato

[195] *"Artículo 455. Resoluciones recurribles en apelación. Competencia y tramitación preferente.*
1. Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale, serán apelables, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros."
[196] Artículo 91.

Conciliación	No	No	No
Demanda	Sí (fundamentada)	Sí (fundamentada)	Sí (fundamentada)
Medios probatorios	Documentos	No hay restricción	No hay restricción
Medios de defensa	Contradicción	Contradicción	Contradicción
Audiencia Única	Sólo si hay contradicción	Sólo si hay contradicción	Sólo si hay contradicción
Sentencia	Sí	Sí	Sí
Apelación/Efecto	Sí (si hay contradicción)	Sí (si hay contradicción)	Sí (si hay contradicción)
Sentencia de vista	Sí (si hay contradicción)	Sí (si hay contradicción)	Sí (si hay contradicción)
Casación	No	No	No
Competencia en ejecución	Mismo juez	Mismo juez	Mismo juez
Requerimiento de desocupación del inmueble	No	No	No
Apelación requerimiento	No	No	No
Lanzamiento	Sí	Sí	Sí

Fuente: propia

CAPÍTULO 3

CAMINO A UN PROCESO DE DESALOJO ÚNICO EN EL CONTEXTO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL

El proceso de desalojo único que deseamos proponer debe tener en cuenta que las decisiones u opciones legislativas se dan entre una ponderación o conflicto, principalmente, entre dos derechos constitucionales: derecho a la propiedad, en oposición al derecho a una vivienda adecuada. Adicionalmente, consideramos que también entra en la ponderación el derecho a una tutela judicial, más se trata de un derecho que se encuentra en ambos lados de la controversia, pues a una tutela jurisdiccional efectiva aspiran tanto el arrendatario, que espera obtener una decisión fundada en derecho con respeto de su derecho de defensa y valoración de pruebas; como el demandante, que espera una decisión fundada en derecho, en base a las pruebas actuadas y, finalmente, la ejecución del mandato final con calidad de cosa juzgada.

Además, no se puede negar que intervienen otros derechos o principios, como el derecho a la posesión -que no tiene naturaleza constitucional, como ya se especificó-, dignidad, salud, trabajo, realización personal, etc. Como ya se ha dicho, esta pugna se observa no sólo en cada decisión legislativa, sino en cada decisión judicial, a la cual esta asignada una ponderación en base a la casuística entre todos los derechos o principios constitucionales mencionados.

Por ello, se presenta un ejercicio de ponderación entre los demandados -arrendatarios- y arrendadores –demandantes y, a veces, propietarios- en sus

controversias jurídicas. Queremos mencionar que, en el capítulo anterior, a propósito del caso colombiano, ya dimos algunos alcances generales del método de ponderación.

Ahora bien, y en esa línea, el proceso de desalojo no es una isla, sino que debe estar estructurado en el entendido que estamos en un Estado Constitucional, modelo que nos brinda alcances de cuál debe ser el camino para una estructura general del proceso que deseamos proponer.

Es objetivo del presente capítulo, determinar los alcances específicos de un proceso único de desalojo, teniendo en cuenta su posición dentro de un estado constitucional.

3.1. El proceso en un Estado Constitucional.

El Estado Constitucional se caracteriza por reconocer que la Constitución no es sólo una mera declaración, sino una norma jurídica obligatoria –y, además, suprema- que vincula al Estado y a las personas en general. Ello conlleva la variación del modelo de interpretación jurídica imperante hasta hace pocos años, sustituyendo un modelo de interpretación jurídica basada en reglas y vinculado a la ley, a un modelo de interpretación de principios –y también de reglas-, vinculado a la Constitución. El juez no es más el encargado de descifrar lo establecido en el texto de la ley, sino ahora interpreta y resuelve una controversia argumentando cuál es la mejor solución de todas las posibles.

Va perfilándose el denominado estado constitucional de derecho cuando se entiende o reconoce que los derechos humanos, contenidos en la Constitución, tienen fuerza normativa equivalente a una norma jurídica:

> "(…) a partir de la década del 50 se empieza a comprender que el fundamento axiológico del Derecho se reconduce a la dignidad humana manifestada en los derechos fundamentales" (Rodríguez 2007: 33).

Sobre el estado constitucional podemos decir lo siguiente:

> "Los elementos básicos de este modelo de Estado son (…), el reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, la atribución a la Constitución de un carácter supremo y rígido, la proclamación de los principios del Estado de Derecho, del Estado Social y de la Democracia, y el establecimiento de la jurisdicción constitucional. Los derechos fundamentales se sitúan en el centro del sistema integrado por estos elementos. Las disposiciones que los establecen, fijan límites formales y materiales a los poderes públicos y privados, inclusive al poder legislativo. Asimismo, la satisfacción de los derechos fundamentales es el propósito de la organización del Estado en forma de Estado Social y Democrático de Derecho" (Bernal 2007: 274).

De este modo, la Constitución funciona como otra norma jurídica más, pero con una gran diferencia, y es que se sitúa en la cúspide del sistema normativo, bajo la cual no sólo las normas jurídicas, sino todos los poderes públicos y privados están sujetos. Cualquier exceso de poder o acto material que exceda los límites constitucionales –tanto en procedimiento como en lo que respecta a los derechos fundamentales- será inconstitucional y, por tanto, no deberá ser reconocido como válido ni vinculante.

Pero, ¿quién sería el encargado de determinar cuándo una norma jurídica o un acto público o privado viola la Constitución? En un estado constitucional ello sería una función del legislador en tanto productor de normas, las cuales deberían ajustarse a la Constitución, más el último control sería ejercido por el Poder Judicial, en calidad de intérprete que aplica la norma a un caso concreto (Morales 2009: 131).

Así, se reconoce en el Órgano Jurisdiccional la competencia para no sólo controlar la constitucionalidad de las diversas normas del sistema jurídico, sino el control del poder estatal:

> "Es la jurisdicción la llamada a proteger todos los derechos de los ciudadanos en general. Al hacerlo, interpreta las fuentes del derecho que corresponda aplicar a la luz de los valores constitucionales, es por ello que, con el ejercicio de la jurisdicción, los valores constitucionales encuentran vida y realización a través de la solución

> de los diversos casos que se le presentan a la jurisdicción" (Priori 2019: 43).

De este modo, los jueces ejercerán su función con lealtad a la defensa de los derechos fundamentales y la protección de las minorías frente a las eventuales mayorías que controlen a las instituciones públicas, gracias a la capacidad de poder interpretarla en busca de la solución de un caso concreto (Gonzáles 2009: 84).

Ahora bien, los jueces al momento de aplicar normas jurídicas pueden utilizar diversos métodos para interpretarlas, dependiendo de la naturaleza de éstas. Así, aplicará un método de interpretación cuando se trate de reglas –las cuales básicamente tienen la estructura tradicional del silogismo: supuesto de hecho y consecuencia- y otro cuando se trate de principios.

En el caso del método de interpretación entre principios –estructura de las normas constitucionales que reconocen a los derechos humanos- aplicará el método basado en la ponderación:

> "La ponderación es la forma en que se aplica los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan "que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes". Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.
> Para establecer esa "mayor medida posible" en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión de principios. Existe una colisión de principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso." (Bernal 2003: 225-226)

La colisión entre principios, luego de aplicar la ponderación, no resultará en la derogación de uno de ellos frente al otro, sino en que uno de ellos dejará de aplicarse, uno primará, pero sólo para ese caso concreto, dadas las posibilidades jurídicas y reales allí existentes y comprobadas. Como dice

Robert Alexi, se trata de establecer una “relación de precedencia condicionada” (Bernal 2003: 227) entre principios. De este modo, puede que en otro caso ambos mismos principios colisionen, pero dadas las particularidades del nuevo caso, haya una diferente prevalencia de aquéllos. En cada decisión, la argumentación será esencial para persuadir de las bondades de la decisión de un juez –de ser difusa- o de un tribunal constitucional -de ser concentrada.

Debe quedar claro que el análisis de ponderación -o test de ponderación- es beneficioso no por ser ajeno a cualquier tipo de subjetividad, es decir, no brinda una única solución formalmente objetiva –ninguna decisión jurídica lo es (Bernal 2007: 238)-, sino por exhibir los argumentos del juez o tribunal:

> “La ponderación es racional desde el punto de vista teórico, porque se propone como una estructura determinada, clara y libre de contradicción para la aplicación de los derechos fundamentales. Esta estructura resulta de la combinación de la ley de colisión, la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación a favor del Legislador que ella establece. La ponderación es también racional desde el punto de vista práctico, porque su estructura argumentativa satisface las exigencias de la racionalidad del discurso jurídico y, como consecuencia, permite fundamentar correctamente sus resultados normativos en el marco del sistema jurídico” (Bernal 2007:284)

En suma, para cumplir con los requisitos de argumentación y racionalidad, la Jurisdicción resuelve los casos o controversias muchas veces siguiendo ese método de interpretación para resolver los conflictos entre principios. En ese método, es esencial la argumentación, la cual se manifiesta a través de la motivación de las decisiones judiciales.

Esa motivación se puede expresar a través de dicho método, que se viene denominado ponderación, el cual, dentro de un Estado Constitucional, busca la máxima realización de los principios o derechos fundamentales, en caso de conflicto entre éstos. Reiteramos, la solución del método de la ponderación no pasa por excluir la eficacia de un principio, tampoco anularlo, sino que:

> "(…) el reto está en hacer que (…) esos dos principios puedan regir en su máximo grado de realización posible con la menor dosis de sacrificio de cada uno de ellos" (Zagrebeslky, citado por Priori 2919: 39)

Cabe agregar que la aplicación del test de ponderación ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional peruano en varias de sus decisiones[197]. El referido test se estructura, según nuestro tribunal, en tres sub principios[198]:

1. Idoneidad o adecuación. - Esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar;

2. Necesidad. - Solo si se supera el primer análisis, se deberá verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata de un análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin.

3. Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. - Finalmente, siempre que se hayan superado los principios previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Pues bien, establecido brevemente el papel del Órgano Jurisdiccional en un Estado Constitucional, y el método a utilizar en caso de conflicto de principios, creemos que, es claro, el medio a través del cual la función de este poder estatal se expresa es el proceso –y, para nuestro caso, el proceso civil-.

Así, no sólo el Órgano Jurisdiccional ve replanteadas sus funciones dentro de un Estado Constitucional sino, evidentemente, también el proceso. Serán las

[197] Por ejemplo: STC N° 0050-2004-AI/TC (acumulados), STC N° 0007-2006-PI/TC, STC N° 0010-2002-AI/TC, STC N° 579-2008-PA/TC, entre otras.
[198] STCN° 579-2008-PA/TC

principales funciones de éste: garantizar una solución justa a cada controversia iniciada, así como garantizar la preminencia de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales:

> "[El proceso] influenciado por la Constitución, se constituye como un mecanismo de protección de los derechos, principios y reglas constitucionales y, a su vez, como el instrumento que permite concretizar y actualizar sus contenidos normativos" (Landa 2018: 22).

Esta cita condensa muy bien las funciones del proceso en un Estado Constitucional: justicia y seguridad jurídica. En la misma línea tenemos:

> "De ahí que el proceso civil en el Estado Constitucional tiene por función dar tutela a los derechos mediante la emanación de una decisión justa para el caso concreto y la formación de precedentes para la promoción de la unidad del Derecho para la sociedad en general. Esta finalidad responde a dos fundamentos muy evidentes del Estado Constitucional: la dignidad de la persona humana y la seguridad jurídica. Y es precisamente llevando en consideración esos dos elementos que es posible visualizar aquellos dos importantes discursos que el proceso civil debe ser capaz de emprender en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de que éste se consustancie en un ordenamiento realmente idóneo para la tutela de los derechos" (Mitidiero 2016: 191-192).

De este modo, consideramos que dos son los aspectos que en el proceso se deben garantizar: una solución justa a la controversia (vinculado a la dignidad de la persona humana) y la formación de precedentes (atributo de la seguridad jurídica).

3.1.1. <u>Proceso y dignidad de la persona</u>:

Como hemos dicho, el proceso es el medio por el cual el Órgano Jurisdiccional materializa las funciones asignadas por el estado constitucional:

> "Los institutos procesales solo encuentran sentido en la medida que permitan la realización de los valores constitucionales, dentro de los cuales está a efectiva protección de todos los derechos ante cualquier situación de amenaza o lesión. Esa misión se asume al tener como parámetro esencial el respeto por la dignidad de la

> persona. Ello genera la necesidad de darle un contenido valorativo a las instituciones procesales (…)" (Priori 2019: 45).

La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Ello no es sólo una frase retórica sino, como hemos dicho, en un Estado Constitucional es un verdadero mandato que vincula a todos, el mismo que, además, está reconocido en el artículo 1 de la Constitución[199]. Es la persona humana la finalidad principal de todo el sistema jurídico nacional, en general, y del proceso, en particular.

> "En el fondo, la colocación de la tutela de los derechos como finalidad del proceso corresponde, en la dogmática procesal civil, a la preeminencia reconocida a la persona humana ante el Estado en el plano constitucional" (Mitidiero 2016: 206)

Reiteramos, no se trata de un mandato abstracto o de buenos deseos, se trata de una regla jurídica a la que el Órgano Jurisdiccional se encarga de darle concreción en el caso por caso. De lo contrario, no estamos en un Estado Constitucional:

> "Un Estado que se sustenta en el mero reconocimiento de derechos fundamentales, sin al mismo tiempo preocuparse por protegerlos ante todas las situaciones de lesión e incluso de amenaza de lesión que puedan sufrir, no es uno que pueda ser denominado como estado constitucional, y, por ende, uno en el que los ciudadanos puedan estar seguros que sus intereses vendrán satisfechos en paz y con justicia" (Priori 2014: 174)

Ello obliga a acercarnos a la realidad, donde diariamente podemos ver que dicho mandato no se cumple:

> "Estamos obligados a mirar el proceso como un servicio que se presta a seres humanos, que requieren ser tratados con el máximo respeto a su dignidad y a sus demás derechos fundamentales.
> El proceso debe estar en condiciones de responder a las necesidades de todas las personas que se ven en la necesidad de acudir a él, y que sea lo suficientemente sensible como para adecuarse a las especiales exigencias de aquellos que se

[199] "Artículo 1°.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."

> encuentran en su vulnerabilidad o que requieren de una respuesta o trato especial" (Priori 2019: 46).

En este sentido, la dignidad de la persona humana obliga al proceso a enfocarse en sus usuarios, y a sus operadores (legisladores, jueces, abogados, etc) a centrarse en las necesidades de personas. Supone pues, un mandato de actitudes concretas.

Reiteramos que ya no estamos ante un proceso concebido dentro de un Estado Legislativo, donde el Juez sólo obedece el mandato único de la norma legal y, por ello, no necesita conocer las necesidades de los justiciables, sino tan sólo la norma jurídica aplicable.

> "En el Estado constitucional, pretender que el proceso sea neutro respecto al derecho material es negarle valor. Un proceso neutro es incapaz de atender a las necesidades de tutela de los nuevos derechos y, por ende, de posibilitar el cumplimiento del deber estatal de tutela de los derechos, que constituye la esencia del Estado contemporáneo" (Marinoni 2016: 30).

Como hemos dicho, en un Estado Constitucional, el proceso debe garantizar una solución justa a la controversia que se le somete, que no es otra cosa que el garantizar la protección y reconocimiento de los derechos de las partes:

> "La dignidad de la persona humana impone la necesidad de considerar la tutela de los derechos como fin del proceso. La juridicidad por la cual se pauta el Estado Constitucional —esto es, su parámetro jurídico de actuación y la efectiva actuabilidad de los derechos— asegura inmediatamente la necesidad de una decisión justa como medio particular para la obtención de la tutela de los derechos. El foco directo aquí son las partes en el proceso" (Mitidiero 2016:194).

Así, el estado constitucional impone conocer las necesidades y circunstancias de los justiciables para poder emitir una decisión justa. En efecto, son estas circunstancias las que se deberán valorar dentro de un proceso para que el juez pueda emitir una solución idónea. Nótese que no sólo el proceso debe permitir que las personas puedan -dentro de un conjunto de reglas- dar a conocer los hechos que puedan colaborar a tomar una decisión debidamente

fundamentada, sino que permitan al Juez motivar sus decisiones con arreglo a la ley y, sobre todo, a la Constitución.

Debe quedar claro que en el proceso no sólo se protegerán los derechos fundamentales sino –más aún en el civil- todos aquellos derechos de origen legal para la solución del caso concreto.

Con lo dicho, la demora de los procesos, las colas, la omisión de las circunstancias de las partes en el proceso, la no ejecución de las decisiones judiciales, la deficiente motivación, la omisión de pruebas o su deficiente valoración, son hechos –entre otros- que violan la dignidad de las personas: el proceso debe ser sensible a los reclamos y necesidades de los involucrados, tratarlos con respeto y consideración (Priori 2019: 46).

En resumen, el proceso de desalojo único que proponemos debe tener presente lo expuesto: se debe respetar la dignidad de las personas intervinientes, así como permitir que cada parte pueda exponer sus razones y que se la trate con igualdad y respeto, dentro de los márgenes que corresponde a cada proceso y a cada especialidad.

Sin embargo, lo dicho impone tratar brevemente de mantener una necesaria distinción entre los procesos ordinarios (civiles, laborales, penales, etc.) y los procesos eminentemente constitucionales (por ejemplo, el juicio de amparo o el habeas corpus), pues si bien en un Estado Constitucional todo juez debe velar por el respeto a los derechos fundamentales, esta constitucionalización del proceso no debería igualar en objetivos, estructuras o naturaleza a aquéllos con estos.

> “Los procesos ordinarios (…) tienen como norte la tutela de intereses y derechos basados en la ley. Por ello, su aproximación a la controversia parte del interés o derecho subjetivo del demandante. En cambio, en los procesos constitucionales, la controversia tiene como mira la protección de la constitución, en sentido objetivo, y de los derechos fundamentales de la persona, en sentido subjetivo” (Landa 2918: 57-58).

En este sentido, los procesos ordinarios esencialmente resuelven una controversia entre -al menos dos- partes, por lo que los procesos constitucionales van más allá de la bilateralidad de aquéllos. No queremos decir que los jueces ordinarios no deban aplicar la Constitución, ni mucho menos, por el contrario, ellos también deben garantizar la preeminencia de ésta –la Constitución, por ejemplo, les reconoce el control difuso de constitucionalidad-, sino que su función y finalidad son diferentes en uno u otro caso.

> "(…) el juez constitucional, que también está vinculado a la ley, antes y por sobre todo está vinculado a la Constitución y por ende se encuentra sujeto a la ley en tanto esta sea conforme a la Constitución (…). En estos se discute siempre cuestiones de poder y de reconocimiento de derechos que, en buen aumenta se constituyen en límites al ejercicio del poder público o privado. Por ello, el juez constitucional debe moverse en un marco lo suficientemente flexible y razonable como para que pueda tener éxito en el cumplimiento de su tarea: garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y tutelar los derechos fundamentales" (Landa 2018: 60).

Por ello, en un proceso ordinario como lo es el desalojo, el objetivo es la solución de una controversia de dos partes (por ejemplo, la restitución de la posesión de un inmueble), no en esencia la vigencia de la Constitución. Sin embargo, ello no implica que el juez ordinario del desalojo no reconozca la vigencia de la norma fundamental, ni desconozca la vigencia de derechos fundamentales cuando aprecie que éstos son conculcados, más se debe entender que ello lo hace con la finalidad esencial de solucionar una controversia bilateral. En este sentido, las observaciones que siguen tendrán en cuenta esta distinción entre procesos ordinarios y constitucionales, pues al enfocarnos en el desalojo, las premisas se plantearán en función de los procesos ordinarios.

3.1.2. <u>Proceso y seguridad jurídica</u>:

El proceso debe brindar previsibilidad. En efecto, como se ha dicho, la interpretación de las disposiciones jurídicas no es unívoca, por lo que su hay en potencia múltiples interpretaciones a un mismo texto jurídico, se hace

posible una dispersión de las interpretaciones y, con ello, la indeterminación de las soluciones no permitirá a las personas ajustar sus conductas o acciones a lo establecido por el Poder Judicial.

En este caso, es el precedente el mecanismo jurisdiccional que puede ayudar a disminuir la indeterminación en el texto y la multiplicidad de interpretaciones, lo cual confiere, indudablemente, certeza y seguridad jurídica.

Sin embargo, creemos que la seguridad jurídica no sólo se materializa en los precedentes, sino en muchas partes o etapas de un proceso judicial, en muchas decisiones judiciales. En todo caso, vela por la dignidad de la persona y la seguridad jurídica no son aspectos independientes, por el contrario, están interrelacionados.

> "Por su parte, la seguridad jurídica impone inmediatamente que sea imprescindible que el Derecho sea cognoscible, estable, confiable y efectivo mediante la formación y el respeto a los precedentes como medio general para la obtención de la tutela de los derechos. El foco directo aquí es el orden jurídico y la sociedad civil como un todo. Solidariamente implicados, dignidad de la persona humana y seguridad jurídica imponen la tutela de los derechos como la finalidad del proceso civil en el Estado Constitucional" (Mitidiero 2016: 194).

3.2. Aspectos estructurales de un proceso judicial de desalojo en un Estado Constitucional.

3.2.1 Incidencia en el proceso de reconocer un conflicto de dos partes.

En el presente acápite queremos sentar los elementos que deben necesariamente tomarse en cuenta en un proceso judicial ordinario, en un estado constitucional. Del mismo modo, en este contexto, las consideraciones posibles al momento de proponer un modelo de proceso judicial.

De principio, debemos coincidir que para lograr justicia en el proceso y protección de los derechos constitucionales y, a la vez, seguridad jurídica, dos son los principios que necesariamente deben existir para decir que estamos

frente a un proceso judicial en el sentido del estado constitucional: independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y la tutela jurisdiccional efectiva (Priori 2019: 40-41).

Creemos que, para efectos del presente trabajo, importa establecer qué entendemos por la tutela jurisdiccional efectiva -reconocida en el inciso 3, artículo 139, de la Constitución-, pues como hemos dicho antes, se trata de un derecho que se encuentra dentro del interés de las dos partes en el proceso -demandante, generalmente arrendador y propietario; y el demandado, arrendatario). Preliminarmente, podemos decir que se trata de un derecho compuesto por un conjunto de derechos que, básicamente, comprende los siguientes aspectos (Priori 2019: 48):

- Acceso sin restricción a un proceso.
- Poder expresar razones y acreditarlas.
- Obtener una respuesta en un plazo razonable.
- Que la respuesta debidamente justificada con razones de hecho y de derecho.
- Decisión que ponga fin al conflicto y ser actuada en la realidad por la fuerza del Estado -ejecución-, si es necesario.
- Realizar los valores que inspiran el sistema jurídico.

Dado que nos encontramos en un estado constitucional, como se ha dicho antes, es importante reiterar que realizar este derecho de la mayor manera posible, no sólo es obligación del legislador al momento de proponer un modelo de proceso, sino de juez al momento de llevar adelante un proceso en el que se va a decidir una controversia concreta. Aprovechamos una resolución del Tribunal Constitucional español:

> “Para el Tribunal Constitucional español, el deber judicial de promover y colaborar en la realización de la efectividad de la tutela jurisdiccional no es de carácter moral, sino un deber jurídico constitucional, pues los jueces y tribunales tienen la «(…) obligación de protección eficaz del derecho fundamental (…)». El cumplimiento de ese mandato constitucional de proteger el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a que tienen derecho todas las personas,

> ha de ser para los jueces y tribunales el norte de su actividad jurisdiccional. Por eso, el Tribunal Constitucional habla de la necesaria colaboración de los órganos judiciales con las partes en la materialización de la tutela también en el deber específico de garantizar la tutela, deber que impide a los órganos jurisdiccionales de adoptar una actitud pasiva en esta materia" (Álvaro 2013: 166).

Ahora bien, la estructuración del proceso, bajo los lineamientos de la tutela jurisdiccional se dará en todos los planos de éste:

> "La formación de una decisión justa para las partes reclama la conjugación de criterios ligados a la individualización, interpretación y argumentación referente a las normas jurídicas que deben regir el caso concreto llevado a juicio, a la adecuada verificación de la verdad de las alegaciones de hecho formuladas por las partes y a la justicia de la estructuración del proceso. En otras palabras, depende de la composición de criterios concernientes al plano de las normas, al plano de los hechos y al plano del proceso en el que la actividad del juez y de las partes se desarrollará para la obtención de una decisión justa" (Mitidiero 2016: 207).

Siguiendo a Mitidiero, por plano de las normas debemos entender que se trata de aquel marco en el que se desarrolla el conflicto, etapa en la que se debe ir formando el discurso de la decisión -la motivación-:

> "En el plano concerniente a la individualización, interpretación y argumentación jurídica, interesa tener presente la dimensión dialógica del proceso —desde su formación hasta su extinción— y la necesidad de que el discurso jurídico sea racionalmente estructurado y coherente. Eso quiere decir que el discurso debe ser intersubjetivamente controlable a partir de la invocación de razones relevantes que conduzcan al mayor grado posible de aceptación racional de la decisión" (Mitidiero 2016: 208).

En el plano de la prueba, estamos ante la *"adecuada verificación de las alegaciones de hecho, gana importancia la colocación de la verdad como objetivo de la prueba"* (Mitidiero 2016: 208).

La verdad que se garantice en dicho proceso, y como objetivo de peste, debe ser la correspondencia con la realidad: *"La decisión será tanto más justa cuanto mayor sea la abertura del proceso hacia la búsqueda de la verdad"* (Mitidiero 2016: 208).

En el plano del proceso, se trata de mantener la máxima realización de aquellos elementos del derecho al proceso justo: *"en especial, la observancia del derecho de acción, defensa, contradictorio, prueba"* (Mitidiero 2016: 208).

Hasta aquí, con lo expuesto queremos establecer que, al momento de establecer un modelo de proceso ordinario, es importante tener en cuenta que en un estado constitucional un proceso se debe tener como objetivo, en primer lugar, la justicia del caso concreto, para las partes y, sobre todo, tener presente la realización de su dignidad ¿Cómo se tiene en cuenta ello? Garantizando a lo largo de todo el proceso una tutela jurisdiccional: posibilidad de acceder al proceso, posibilidad de defenderse, aportar hechos y poder acreditarlos, obtener una decisión fundada en los hechos y en el derecho expuestos o aplicable y poder ejecutar esa decisión, todo en un plazo razonable. Los derechos constitucionales siempre son guía para el proceso y los intervinientes en éste:

> "La ya mencionada normativa del derecho fundamental, es norte no solo de la regulación legislativa del proceso, sino también del reglamento de la conducta de las partes y del órgano judicial en el proceso concreto, y también en la determinación del propio contenido de la decisión" (Alvaro 2013: 164).

Por otro lado, en el proceso no sólo se busca la solución del caso concreto, sino que es la oportunidad de establecer criterios comunes y vinculantes para otros casos posteriores semejantes, a través del precedente otorgando seguridad jurídica en un contexto en que es reconocida la indeterminación del texto legal y las múltiples soluciones que un mismo caso puede tener.

> "A la luz de esas consideraciones, la participación en el proceso y por el proceso no puede ser visualizada solamente como instrumento funcional de democratización o realizadora del derecho material y procesal, sino como dimensión intrínsecamente complementadora e integradora de esas mismas esferas. El propio proceso pasa, así, a ser medio de formación del derecho, sea material, sea procesal. Todo eso se potencializa cuando se observa que el proceso debe servir para la producción de decisiones conforme a ley, correctas a ese ángulo visual, pero, además de eso,

> dentro del marco de esa corrección, se presta esencialmente para la producción de decisiones justas" (Alvaro 2013: 167).

Ambos aspectos están conectados, pues la riqueza de un solo caso se encuentra en la capacidad de poder analizar todas las circunstancias posibles de las partes para poder obtener una solución justa y, en esa medida, establecer principios generales o específicos que se puedan aplicar en casos futuros similares

> "La colocación de la dignidad de la persona humana y de la seguridad jurídica como fundamentos del Estado Constitucional, apuntan a la necesidad de que veamos en el proceso civil un medio para la tutela de los derechos. Y ello no apenas en una dimensión particular, como tradicionalmente se entiende, sino también en una dimensión general, vinculada a la producción de un discurso para la sociedad civil a partir del caso concreto enfrentado en el proceso" (Bazán 2015: 218)

Ahora bien, teniendo en claro ello, es importante saber la importancia que el método de ponderación tiene al momento de que el legislador vaya estructurando un proceso específico. Precisamente por ello, es importante caer en la cuenta que el proceso es el resultado de una ponderación, ya que hay dos partes siempre antagónicas que, en la búsqueda de que su posición prevalezca, convierte al proceso en formación, en un análisis sobre qué principios deben primar por sobre otros. Ello sucede en cada etapa del proceso.

En efecto, se debe ser consiente que hay dos partes antagónicas, a las que se les debe reconocer todos los derechos antes mencionados, en igualdad de derechos, pero debemos ser conscientes que cada parte los utilizará en su propio interés, para obtener una decisión favorable.

> "Por ejemplo, el demandante puede desear que su pretensión sea resuelta en el menor tiempo posible, mientras que el demandado desee ser escuchado en el proceso con el consiguiente alargue de éste en un plazo razonable" (Priori 2019: 48).

Así, la lucha por ver qué derecho debe prevalecer es esencial, y ello se ve en cada etapa del proceso, no sólo al momento de la creación de un proceso específico, sino en el mismo desarrollo de éste, cuando se resuelve una controversia:

> "Este antagonismo en el ejercicio de los derechos fundamentales al interior del proceso es natural a él, por lo que todo estudio o análisis del proceso debe siempre considerar que existen dos partes antagónicas no sólo respecto de aquello que es objeto de discusión, sino también en materia de ejercicio de los derechos fundamentales del proceso.
> (…)
> La tensión entre defensa y pronta solución es natural (…). Por eso, el legislador, al momento de diseñar las reglas procesales, debe hacerlo de modo que las dos partes del proceso tengan la plena vigencia de sus derechos fundamentales procesales. Ello supone atender las necesidades tanto del demandante como del demandado (…). Ello exige, necesariamente, acudir a la técnica de la ponderación. De este modo, la regla de procedimiento contenida en una norma procesal debe ser resultado de una ponderación, que corresponde realizar el legislador, entre os derechos procesales del demandante y del demandado. Esa ponderación (…) debe asegurar el respeto de los derechos de las dos partes en el proceso" (Priori 2019: 48-49).

En la misma línea:

> "Precisamente la perspectiva constitucional del proceso vino a contribuir para apartar el proceso del plano de las construcciones y meramente técnicas e insertarlo en la realidad política y social. Ello se muestra particularmente adecuado en lo que se refiere al formalismo excesivo, pues su solución exige el examen del conflicto dialéctico entre dos exigencias contrapuestas, pero igualmente dignas de protección, aseguradas constitucionalmente: de un lado, la aspiración de un rito premunido de un sistema posiblemente amplio y articulado de garantías «formales» y, de otro, el deseo de disponer de un mecanismo procesal eficiente y funcional" (Alvaro 2013: 166).

Por lo tanto, el proceso de desalojo, tal como ha sido concebido en nuestro Código Procesal Civil, y en todas las otras normas específicas ya referidas en el Capítulo 1, han sido el resultado de una ponderación –teóricamente-, por ejemplo, entre el derecho al plazo razonable del proceso y el derecho de

defensa, entre el derecho a actuar medios probatorios y el derecho a impugnar las decisiones judiciales, frente a la efectividad de las decisiones judiciales.

Como hemos visto, el proceso sumarísimo de desalojo limita la actividad probatoria de las partes y su derecho de defensa, así como la pluralidad de instancia. Ello ha sido el resultado de una ponderación –voluntaria o no- pero resultado de sopesar los derechos de los arrendadores y de los arrendatarios. En nuestra opinión, actualmente viene primando el derecho de aquéllos -a diferencia de lo que sucedía con la Ley del Inquilinato-. La idea es conocer ello, dentro de un estado constitucional. La ponderación se encuentra en cada elaboración de cada modelo de un proceso:

> "Actualmente, inclusive se puede decir desde el punto de vista interno que la conformación y la organización del proceso y del procedimiento no representan nada más que el ecuacionamiento de conflictos entre principios constitucionales en tensión, de conformidad con los factores culturales, sociales, políticos, económicos y las estrategias de poder en determinado espacio social y temporal.
> Basta pensar en la permanente disputa entre los principios de efectividad y de seguridad jurídica" (Alvaro 2013: 162).

En principio, que un proceso sea sumarísimo, da la idea de la prontitud en que debe resolverse la demanda, que generalmente estará premunida de prueba directa y documental que acredita el derecho del demandante a la restitución del bien inmueble. De este modo, el conflicto de un proceso de desalojo único va a ser la eficacia en la resolución de la controversia contra el derecho de defensa de los demandados que buscarán el reconocimiento de una situación jurídica o social que impida el lanzamiento. A nuestro modo de ver, el motivo principal para paralizar o demorar un proceso de desaojo será el derecho a la vivienda adecuada, derecho que ha sido, en el derecho comparado, el principal elemento a tener en cuenta para ponderar en el juez la decisión de realizar un lanzamiento y, en el caso del legislador, tener un proceso en el que se sacrifique la eficacia y rapidez. Son elementos que se deberán tener en cuenta en una ponderación.

> “La jurisdicción mediante el proceso persigue prioritariamente la oportuna y adecuada tutela de los derechos cuya protección es requerida. De esta forma, no solamente se tutelan los derechos resolviéndose las controversias sino, además, se hacen efectivos los beneficios para la sociedad en su conjunto. La necesidad de prestar atención al derecho sustantivo a ser tutelado impone adecuar procesos y procedimientos que consideren alguno de los dos motivos generales que justifican la "sumariedad". Parece ser una preocupación a lo largo de la historia el justificar lo sumario como una entre tantas alternativas para dar respuesta a la demora en la protección de los derechos. El problema de la lentitud irrazonable de la justicia civil no puede responderse únicamente con la implementación de procedimientos con mayor rapidez, celeridad o simplificación. La solución es mucho más compleja y multidisciplinaria” (Pérez 2017).

Como se puede apreciar, siempre habrá un conflicto entre la efectividad del proceso y la seguridad jurídica -como expresión de otorgarle todos los beneficios de defensa, prueba e impugnación al demandado-:

> “En suma, con la ponderación de esos dos valores fundamentales –efectividad y seguridad jurídica– se visa idealmente a alcanzar un proceso tendencialmente justo. Se observa, finalmente, a la vista del carácter esencialmente principiológico de los derechos fundamentales, que solo se puede determinar lo que se entiende por proceso justo teniéndose en cuenta las circunstancias peculiares del caso” (Alvaro 2013: 168).

Ahora bien, no sólo hay un nivel de ponderación al momento en que el legislador propone un modelo de proceso, sino que también la ponderación puede ser aplicada –qué duda cabe- por el juez al momento de un proceso específico. En efecto, puede ser que un proceso sea constitucionalmente válido para la generalidad de casos, pero puede ser inconstitucional para un caso concreto por alguna circunstancia objetiva determinada, o vulnerar un derecho fundamental de una de las partes (Priori 2019: 49). Este es el espacio de actuación del juez, quien puede corregir algún aspecto de proceso, y establecer una nueva regla para ese caso concreto, para lo cual la motivación es esencial.

En efecto, el juez deberá indicar qué derecho se viola con esas reglas, como corregir ello *“sin afectar indebidamente los derechos procesales de la*

contraparte" (Priori 2019: 49), lo que no es otra cosa que aplicar el metido de la ponderación.

Este punto es esencial, a nuestro entender, pues uno de los elementos que consideramos deberían ser irreductibles es el derecho de defensa y el derecho a probar, deberían ser de los derechos que siempre se le reconozca al demandado en su mayor realización posible –en el caso específico de un proceso de desalojo-. Nos explicamos. Si como hemos dicho antes, para emitirse una decisión justa es necesario que el juez tenga todos los argumentos u condiciones jurídicas y sociales de las partes, sería necesario que a ambas partes se les dé la posibilidad de exponer ello en juicio. En este sentido, el demandado, consideramos, tendrá la capacidad de alegar su defensa y poder acreditarla con medios de prueba idóneos. Será el juez el que decidirá si ese ejercicio de defensa del demandado es relevante o no para enervar la pretensión del demandante. Podremos analizar más adelante, la dimensión y alcances de dichos derechos en el proceso de desalojo sumario.

Lo importante es que el proceso sea flexible, y debe ser así en un estado constitucional. Por lo que, aun cuando no hubiera un derecho de defensa y de prueba amplio, será deber del juez implementar dicha amplitud para un caso concreto, de considerarlo pertinente, lo que deberá ser motivado y expresamente declarar el extremo vulnerado y cómo será enmendado.

> "El proceso debe estar en condiciones de brindar una efectiva protección jurisdiccional a todas las situaciones jurídicas de ventaja frente a cualquier lesión o amenaza de lesión que puedan sufrir" (Priori 2019: 50).

Es lo que Priori denomina ductibilidad del proceso. Así, el juez tiene el deber u obligación de (Priori 2019: 50):

- Adecuar las reglas procesales para hacer efectiva a tutela jurisdiccional.
- Suplir las deficiencias del legislador
- Inaplicar las reglas procesales que violen la Constitución.

Cabe hacer notar que las referidas obligaciones o deberes del juez, en base al principio de ductibilidad del proceso deberían tener alcances diferentes sea un proceso ordinario o constitucional. En principio creemos que el juez ordinario está más limitado al uso de este remedio excepcional, mientras que su uso es más afín por su propia naturaleza al Juez constitucional.

3.2.2 Incidencia en el proceso de desalojo de los derechos económicos y sociales.

El derecho a la vivienda adecuada –como derecho económico y social– hemos visto que tienen una incidencia ineludible en el proceso de desalojo.

Sobre este tipo de derechos, la Observación N° 9 del CDESC de la ONU, ha subrayado:

> "(…) que la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe por definición, fuera del ámbito de los tribunales seria arbitraria e incompatible con el principio de que los dos "grupos" de derechos [DESC y civiles y patrimoniales] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos menos vulnerables y desfavorecidos de la sociedad" (Bazan 2015: 502).

En este sentido, como decimos es ineludible la observación que una eventual vulneración de este tipo de derechos, sea subsanada por el propio juez del proceso. En este sentido, si dentro de un proceso de desalojo hay una afectación a un derecho social afecte gravemente a poblaciones vulnerables, debería ser observado u subsanado por el juez.

En efecto, los derechos sociales tienen un límite que no podría ser desconocido por una autoridad, límite que Bazán denomina "mínimo vital" (Bazan 2015: 508).

El mismo autor cita una sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia, sobre dicho concepto:

> “En ese sentido, ya en un lejano pronunciamiento, concretamente la Sentencia T-426 de 1992,22 la CC señaló: “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital −derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario− es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado social de derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución” (Bazan 2015: 508).

De este modo, si bien estamos ante un proceso sumarísimo de desalojo, que merece tal calidad por tener cognición sumaria, con prueba directa y no habría mayor debate sobre la legitimidad del derecho del demandante, el derecho a la vivienda podría establecer un contrapeso si es que una amenaza a su vulneración en casos especialísimos se encuentra en camino.

> “Con la voz 'sumario' se alude a diferentes modalidades para la gestión del riesgo tiempo en el proceso. Es una variable más para distribuir entre las partes la duración de un proceso. La posibilidad de acceder a lo sumario en cualesquiera de sus modalidades ya mencionadas no solo se funda en casos de (i) "urgencia" y necesidad de una respuesta jurisdiccional rápida, (ii) sino que, también, el criterio de un derecho evidente alegado por el demandante y en un tipo de controversia que se asume como de mayor simplicidad o una conducta determinada del demandado justifican también distribuir el riesgo en favor del que requiere la aplicación de ese tipo de procedimiento. Es por ello que puede referirse a la decisión "sumaria" o a un procedimiento "sumario" (Pérez 2017).

De este modo el proceso sumario es una manifestación de un ejercicio ponderativo, pero por el principio de ductibilidad del proceso, puede ceder su marcha o aplicación, ante la posibilidad de emitir una decisión justa: Se busca un equilibrio entre la rapidez (oportunidad) de la tutela y la seguridad jurídica de una decisión justa, como hemos venido diciendo, si se afecta el *“mínimo vital”* de un derecho social como el de la vivienda adecuada.

> “Los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden plantearse en términos abstractos o simplemente teóricos: varían de derecho a derecho, están condicionados por el contexto en el que se aplican, y admiten una permanente actualización histórica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dado podría considerarse el núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros representaría su contenido máximo o simplemente adicional. La frontera, en consecuencia, entre lo que

> desde un punto de vista material pueda considerarse básico o esencial y lo que, por el contrario, pueda reputarse adicional o accidental, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Esa tarea de delimitación supone una división de tareas conflictiva y nunca resuelta de antemano, en la que los primeros deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos y los segundos mantenerlos o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión" (Pisarello, citado por Pérez: 2017).

Con ello, queremos decir que si hay una afectación al derecho de la vivienda adecuada, ello nunca podrá ser establecido a priori por la ley o el legislador, sino que se basará en la casuística del cada proceso concreto y será el juez en el que en un ejercicio de ponderación determinará si procede la restitución y el lanzamiento o no o, inclusive, se puede establecer otra medida alternativa que permita la mayor realización de los derechos en conflicto, como acudir o notificar a una dependencia estatal que brinde vivienda adecuada a los demandados en situación de vulnerabilidad.

En efecto, el peso de un derecho social puede ser tal que incluso –como el caso venezolano- paralice indefinidamente un proceso de desalojo. Bazán cita una sentencia del TC colombiano:

> "T-426 de 1992,22 la CC señaló: "Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital −derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario− es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado social de derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución" (Bazan 2015: 508)

Nuevamente, el proceso de desalojo se enfrenta –como todo otro proceso judicial- al dilema permanente entre seguridad jurídica y justicia. Alvaro nos presenta un pronunciamiento del Tribunal europeo de derechos humanos:

> "Para la Corte la efectividad supone, además de eso, que el acceso a la justicia no sea obstaculizado por la complejidad ni el costo del procedimiento. Ello implica que las limitaciones, siempre dejadas al margen de apreciación de los Estados nacionales, no pueden en

> ningún caso restringir el acceso asegurado al litigante, de manera tal que su derecho a un tribunal sea alcanzado en su propia sustancia, debiendo ser observada «una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado». También según el Tribunal, el litigante no debe ser impedido «de emplear un recurso existente y disponible», prohibiéndose toda «traba desproporcional a su derecho de acceso al tribunal»" (Alvaro 2013: 168)

Como vemos, el método de ponderación ocupa un lugar preponderante no sólo al momento en que un legislador decide la estructura de un proceso, en cada una de sus etapas, inclusive si decide que sea –en el caso peruano- uno de conocimiento o sumarísimo-, sino que también interviene al momento de que cada juez aplica el principio de ductibilidad del proceso, decidiendo, caso por caso, la creación de nuevas o especiales reglas procesales, o inaplicando otras.

Todo ello, es permitido y es válido en un estado constitucional, en el cual las reglas del proceso buscan la justicia del caso.

3.3. El método de la ponderación.

Como se sabe, este tema se ha tocado en este mismo capítulo y en el anterior, en el caso de este último lo fue al estudiar el modelo de desalojo colombiano, a propósito de los análisis de ponderación efectuados por el Tribunal Constitucional de ese país, en el marco de la regulación de dicho proceso al limitar el derecho de defensa y de doble instancia.

Dicho ello, a fin de abordar el tema, debemos decir que, en un Estado Constitucional, existen ciertos rasgos básicos que determinan el funcionamiento de los poderes estatales y una nueva concepción del derecho. Por ejemplo, un elemento esencial es el reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, que dota a la Constitución de un carácter supremo y vinculante. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales se sitúan en el centro del sistema integrado por estos elementos, fijando límites formales y materiales a los poderes públicos y

privados, sin exclusión. Asimismo, la satisfacción de los derechos fundamentales es el propósito de la organización del Estado en forma de Estado Social y Democrático de Derecho (Bernal 2007: 274).

Un rasgo esencial de este modelo es que la Constitución es una norma jurídica con efectos vinculantes erga omnes, más no es otra norma jurídica más, se ubica en la cúspide del sistema normativo. Cualquier exceso de poder o acto material que exceda los límites constitucionales –tanto en procedimiento como en lo que respecta a los derechos fundamentales- será inconstitucional y, por tanto, no deberá ser reconocido como válido ni vinculante.

Como se ha dicho, los jueces podrán ejercer el último control, y en su labor diaria, al momento de aplicar normas jurídicas, pueden utilizar diversos métodos para interpretarlas. Ello dependerá de, si se trata de reglas –las cuales básicamente tienen la estructura tradicional del silogismo: supuesto de hecho y consecuencia- y otro cuando se trate de principios.

Cuando se trate de principios –estructura de las normas constitucionales que reconocen a los derechos humanos- aplicará el método basado en la ponderación:

Así las cosas, el método de ponderación es un mecanismo que cobra especial relevancia, a fin de poder solucionar conflictos entre principios. En dicho método la solución no se decanta por la eliminación de un principio en favor de otro, sino que como consecuencia de la aplicación del mismo, un principio cede –sin desaparecer- en favor de la realización de otro. Es importante mencionar que la ponderación pretende la máxima realización de los principios en conflicto, pero es inevitable concluir que uno pierde, en el caso concreto, terreno, vigencia o aplicación ante otro.

> “La ponderación es la técnica que nos permite determinar el grado en que cada uno de los principios en conflicto debe regir el caso concreto (…). Dicha restricción sólo será constitucionalmente aceptable en la medida que sea idónea para la salvaguarda de otro principio (…)” (Priori 2019: 39).

La ponderación, pues, es la forma en que se aplica los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan *"que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes"*. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.

Para establecer esa *"mayor medida posible"* en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión de principios. Existe una colisión de principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso. (Bernal 2003: 225-226).

Reiteramos, la colisión entre principios, luego de aplicar la ponderación, no resultará en la derogación de uno de ellos frente al otro, sino en que uno de ellos dejará de aplicarse, uno primará, pero sólo para ese caso concreto, dadas las posibilidades jurídicas y reales allí existentes y comprobadas. Como dice Robert Alexi, se trata de establecer una *"relación de precedencia condicionada"* (Bernal 2003: 227) entre principios. De este modo, puede que en otro caso ambos mismos principios colisionen, pero dadas las particularidades del nuevo caso, haya una diferente prevalencia de aquéllos. En cada decisión, la argumentación será esencial para persuadir de las bondades de la decisión de un juez –de ser difusa- o de un tribunal constitucional -de ser concentrada.

> "Se trata de determinar si existe una relación de equilibrio o de adecuada correspondencia entre la afectación que llega a sufrir un derecho constitucional, y la conservación de un bien o interés público que aparece precisamente como causa de esa afectación" (Castillo-Córdova 2005: 10-11).

En el caso del proceso, y como hemos dicho, la ponderación se hace presente en dos momentos: cuando el legislador hace, crea o establece las reglas generales del proceso, atendiendo exigencias o intereses de las partes –demandante y demandado- en éste. Pero también en un proceso específico, caso por caso, en reconocimiento del deber que impone la ductibilidad del proceso, a que nos hemos referido líneas arriba, también.

Como método, el test de ponderación tiene varios pasos o fases y ha sido reconocido y aplicado por el Tribunal Constitucional peruano en varias sentencias:

a. Idoneidad o adecuación: En esta fase se busca analizar dos aspectos. Primero, se debe reconocer que estamos ante un conflicto real entre principios constitucionales. En este sentido, sólo se podría admitir la restricción de un principio constitucional si la finalidad de una medida restrictiva de derechos, por ejemplo, busca favorecer otro principio constitucional (Priori 2019: 39).

> "(…) el juicio de adecuación o idoneidad se determina que la limitación de un derecho fundamental (u otro principio constitucional) solo es constitucionalmente admisible si, efectivamente, tácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental (u otro principio constitucional)" (García 2007: 253)

Segundo, analizar si la restricción que se desea imponer a un principio resulta adecuada para conseguir la protección que se quiere otorgar (Priori 2019: 40).

En otras palabras, determinar si la restricción hecha al derecho o principio resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar.

> "Debe tenerse siempre en cuenta que lo que exige este primer juicio o subprincipio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue. De manera que, por ínfima que sea la afectación de un derecho fundamental, si tal restricción es manifiestamente inútil, será una

> medida desproporcionada por no idónea e irrazonable. En cualquier caso, y dado que se presume la constitucionalidad o legalidad de las actuaciones estatales, en caso de duda se ha de estar por la idoneidad de la medida" (Castillo-Córdova 2005: 11).

El Tribunal Constitucional peruano también ha analizado este sub principio:

> "Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad - medio- y el objetivo, y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención" (STC 0045-2005-PI)

Cabe decir que algunos autores reconocen este subprincipio compuesto por los dos análisis vistos precedentemente. Otros lo desdoblan en dos pasos independientes.

b. Necesidad: Se pasará a analizar este sub principio sólo si el primero es superado. Busca responder a la siguiente pregunta: ¿Existen medios alternativos para lograr el mismo fin sin afectar otro derecho constitucional?

En efecto, en este acápite se revisan si hay otros medios alternativos a los utilizados o adoptados. Para ello, se toman todos los medios posibles para alcanzar el fin propuesto por el legislador o la medida adoptada, comparando todos los medios tenidos en cuenta de ente las opciones analizadas o, inclusive, las no analizadas, se tratará de adoptar la que menos hubiera afectado la esfera del derecho o principio constitucional involucrado.

> "Se exige establecer si no existe otro medio para conseguir la realización del principio que se quiere proteger, que no sea la restricción de otro. Se trata con esto de asegurar que la restricción al principio sea el último recurso al que se acuda" (Priori 2019 40).

En la misma línea:

> "El juicio de necesidad está condicionado por la voluntad o capacidad del juzgador para introducir alternativas de análisis comparativo entre derechos positiva y negativamente afectados por la acción normativa que se enjuicia. Lo cual significa que es necesario establecer si la medida en cuestión es la menos restrictiva de las posibles, y además si es absolutamente necesaria para alcanzar el bien colectivo en cuestión, o por el contrario, existen medidas igualmente adecuadas y carentes de consecuencia lesivas para el derecho fundamental con el que colisiona" (Burga 2011: 256).

En otras palabras, *"Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin"* (STC 579-2008-AA).

c. Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto: Finalmente, siempre que se hayan superado los principios previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Este sub principio supone verificar que, dado que no existe otra medida que la restricción a un principio, esta se haga en la justa medida, para evitar producir una restricción mayor a la necesaria para la protección de otro principio (Priori 2019: 40).

En esta etapa rige la denominada ley de la ponderación, según la cual *"cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"* (STC 579-2008-AA).

Para entender mejor el funcionamiento de este sub principio:

> "Si la medida que afecta el derecho fundamental supera el juicio de idoneidad y el juicio de necesidad, no significa con ello que se esté delante de una medida proporcional. Esa medida debe aprobar un juicio más, el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este juicio exige que la medida cuestionada guarde una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar. Generalmente se

admite que se está frente a una relación razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida enjuiciada" (Castillo-Córdova 2005: 14).

El Tribunal Constitucional nacional ha incorporado una escala tríadica o de tres niveles que puede servir a este tipo de análisis (STC 0045-2004-AI):

- Intensidad grave de la intervención o restricción en un principio, cuando tiene como objetivo el impedimento del ejercicio o goce de un derecho.
- Intensidad media de la intervención o restricción en un principio, cuando tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.
- Intensidad leve de la intervención o restricción en un principio, cuando tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

En líneas generales, la intensidad de la intervención en un principio o derecho constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional. Así las cosas, cuando la afectación de un principio tiene una intensidad leve, el beneficio del otro derecho o principio constitucional debe ser por lo menos igual de leve, medio o elevado altamente beneficioso. Por otro lado, si el nivel de intervención es grave, el beneficio debe ser alto, pero si es medio o leve, la medida no pasará.

3.4. Estructura del proceso de desalojo y propuestas de modificación

3.4.1. La vigencia del derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso para las partes.

Corresponde determinar algunos alcances de estos derechos constitucionales en los procesos judiciales y, especialmente, en los de naturaleza civil, ya que la orientación del presente trabajo tiene como objetivo el proceso sumario de desalojo.

Dicho ello, y en relación al derecho a una tutela judicial o jurisdiccional efectiva, tenemos que se trata de una garantía cuyo contenido abarca una serie de elementos que abrazan a todo el proceso, desde el momento del acceso a éste y hasta el momento de su finalización, con la ejecución de lo decidido en éste. Ha sido un derecho tratado en extenso por el Tribunal Constitucional:

> "11. El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de contenido complejo que persigue garantizar la eficacia de las situaciones jurídicas, posibilitando a las personas –entre otros– el libre e igualitario acceso a la jurisdicción para la tutela de sus derechos y, de esta forma, se debe eliminar todas las barreras que limiten, restrinjan o impidan este acceso libre e igualitario a los órganos jurisdiccionales.
> 12. Este Tribunal considera que el derecho de acceso a la justicia –que forma parte del contenido del derecho de tutela judicial efectiva- no se agota en prever mecanismos de tutela en abstracto, sino que supone posibilitar al justiciable la obtención de un resultado óptimo con una mínima actividad procesal, con la intención de permitirle acceder de modo real al servicio de justicia y obtenerla en el menor tiempo y al menor costo posible." (STC 3702-2006-PA).

Hay amplia jurisprudencia constitucional que nos ofrece los alcances del derecho a la Tutela Jurisdiccional:

> "14. El derecho a la tutela judicial efectiva está reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 139°, inciso 3, donde si bien aparece como "principio y derecho de la función jurisdiccional", es claro tanto para la doctrina unánime como para la propia jurisprudencia de este Tribunal, que se trata de un derecho constitucional que en su vertiente subjetiva supone, en términos generales, un derecho a favor de toda persona de acceder de manera directa o a través de representante ante los órganos judiciales; de ejercer sin ninguna interferencia los recursos y medios de defensa que franquea la ley; de obtener una decisión razonablemente fundada en derecho; y, finalmente, de exigir la plena ejecución de la resolución de fondo obtenida" (STC 4080-2004-AC).

Es un derecho pues, de contenido amplio y complejo:

> “Este principio del proceso exige que toda persona tenga la posibilidad de acudir libre e igualitariamente a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de cualquier derecho e interés frente a cualquier lesión o amenaza, en un proceso que reúna las más mínimas garantías, luego del cual se expedirá una decisión motivada y definitiva sobre el fondo de la controversia que sea eficaz.
> (…)
> El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no solo exige que el diseño legislativo del proceso cumpla con esas exigencias constitucionales, sino que exige también que cada proceso en específico que se desarrolle delante de un juez cumpla con esas exigencias. Esas exigencias, por lo demás, se dan desde el inicio del mismo proceso, pues garantizan el libre e igualitario acceso a él, y trascienden el momento mismo de la expedición de la sentencia pues la tutela constitucional del proceso se extiende hasta la satisfacción del propio derecho cuya protección se reclama en el proceso” (Priori 2019: 80).

La tutela judicial efectiva pues, es un derecho complejo, que abarca elementos tales como el derecho a acceso a la justicia, derecho a un proceso con las garantías mínimas, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales (Obando 2011: 166).

Dicho derecho está reconocido en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, más no plasmado el adjetivo de *“efectivo”*. En todo caso, coincidimos con Chamorro en que no es necesario que se reconozca la efectividad, pues ésta es consustancial al derecho, es decir, la tutela judicial para ser real, debe ser necesariamente efectiva, al margen que se incorpore dicho vocablo al texto constitucional (Chamorro 1994). Por ello, no es necesario que se mencione la efectividad para que dicho derecho lo deba ser y sea reconocido como tal.

> “8. Uno de los elementos que componen la tutela jurisdiccional y que la definen es la efectividad. La tutela jurisdiccional que la Constitución reconoce debe revestir, entre otras exigencias, efectividad. La tutela no se agota en la sola provisión de protección jurisdiccional, sino que ésta debe estar estructurada y dotada de mecanismos que posibiliten un cumplimiento pleno y rápido de su

> finalidad, de modo que la protección jurisdiccional sea real, íntegra, oportuna y rápida" (STC 06356-2006-PA).

Por ende, la efectividad es un elemento muy importante en el presente trabajo pues no sólo está ligada al cumplimiento de las decisiones judiciales y las garantías del proceso, sino a que éste cumpla rápidamente su finalidad.

Otro derecho que será referido en el presente trabajo es el derecho a un debido proceso. Sobre ello el Tribunal Constitucional ha establecido:

> "5.3.1. El artículo 139, inciso 3), de la Constitución establece como derecho de todo justiciable y principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso. Dicho derecho, a tenor de lo que establece nuestra jurisprudencia, admite dos dimensiones: una formal, procesal o procedimental, y otra de carácter sustantivo o material. En la primera de las mencionadas está concebido como un derecho continente que abarca diversas garantías y reglas (las cuales a su vez son derechos parte de un gran derecho con una estructura compuesta o compleja) que garantizan un estándar de participación justa o debida durante la secuela o desarrollo de todo tipo de procedimiento o proceso (sea este judicial, administrativo, corporativo particular o de cualquier otra índole). En la segunda de sus dimensiones exige que los pronunciamientos o resoluciones con los que se pone término a todo tipo de proceso respondan a un referente mínimo de justicia o razonabilidad, determinado con sujeción a su respeto por los derechos y valores constitucionales.
> 5.3.2. El debido proceso dentro de la perspectiva formal (…), comprende un repertorio de derechos que forman parte de su contenido constitucionalmente protegido, entre ellos, el derecho al procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho a la motivación de las resoluciones, el derecho a los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etc. La sola inobservancia de cualquiera de estas reglas, como de otras que forman parte del citado contenido, convierte al proceso en irregular, legitimando con ello la necesidad de ejercer labores de control constitucional" (STC 00579-2013-PA).

Como se puede apreciar, nuestra Constitución adopta en su artículo 139, numeral 3, dos derechos continentes respecto a reglas o condiciones que debe tener todo proceso para estar conforme a ella. Así, por ejemplo, el derecho de defensa, la motivación, la prueba, son aspectos comunes a la Tutela Jurisdiccional como al Debido Proceso.

La relación entre ambos derechos es un debate que va más allá de las pretensiones del presente trabajo, y es algo sobre lo que mucho se ha dicho, Pero para ello, preliminarmente podemos decir lo siguiente:

a. El Debido Proceso es un derecho de origen anglosajón, mientras que el de la Tutela Jurisdiccional de origen europeo continental o del sistema romano germánico.
b. El Debido Proceso es una garantía que, a diferencia de la Tutela Jurisdiccional, va más allá del aspecto judicial, extendiéndose a los procedimientos administrativos e, inclusive, a los privados.
c. Ambos derechos pondrían énfasis en diferentes aspectos de un proceso. Así, el debido proceso se centra *"en el proceso en sí"* (Priori 2019: 81 y Obando 2011: 166), mientras que la Tutela Jurisdiccional *"en la protección que el proceso debe dar"* (Priori 2019: 81).

Para nuestros efectos, consideramos que, al versar nuestro trabajo sobre el proceso de desalojo, podríamos referirnos a la Tutela Jurisdiccional, más también sería importante remitirnos a lo que en el debido proceso se reconoce como contenido particular de algunos derechos (defensa, por ejemplo).

3.4.2. Inicio del proceso y etapa postulatoria.

A fin de delimitar este acápite, consideramos que no habría mayor debate definiendo qué se puede entender por etapa postulatoria del proceso civil. Básicamente, en el proceso civil peruano consiste en aquella etapa donde las partes presentan sus argumentos y defensas de forma y fondo -en la demanda y contestación-, ofrecen medios de prueba, lo que permite fijar los hechos sobre los que va a girar la controversia y, finalmente, se sentenciará:

> "(…) el propósito tradicional de la llamada "etapa postulatoria": ser el momento para que las partes presenten sus proposiciones, las que durante el transcurso del proceso serán debatidas y, posteriormente, reconocidas o rechazadas por el juzgador" (Monroy 1992: 34)

Esta etapa, por tanto, comprende la presentación de la demanda, la contestación de la misma y, además, conforme la estructura del CPC, comprende la fijación de puntos controvertidos y el saneamiento del proceso.

Veamos los aspectos sobre los que proponemos reformas, en esta etapa del proceso.

3.4.2.1. Acceso a la justicia, pretensiones y competencia judicial

Como hemos establecido, el legislador pondera al crear o estructurar un proceso judicial. Y ello se plasma en las diferentes opciones que se adoptan en cada etapa procesal.

En el caso del proceso de desalojo, la sumariedad de éste –que se funda más en la abreviación del procedimiento por la naturaleza de las pruebas que se ofrecen y la simplicidad de la controversia- impone necesariamente la limitación de algunos derechos, en favor del desarrollo de otros. Por ejemplo, se puede reducir la amplitud del derecho de defensa del demandado, en favor de la brevedad del proceso que favorecería al demandante que busca la restitución del inmueble dado en arrendamiento, por ejemplo. O, como veremos más adelante, el derecho a impugnación judicial o el derecho a ofrecer medios de prueba.

Todo ello, puede ser objeto de limitaciones. El objetivo del presente acápite es determinar si nuestras propuestas son constitucionales superando un test de ponderación, dentro de los cánones ya explicados.

Los derechos procesales que corresponden a cada parte –o a ambas indistintamente- se analizarán atendiendo a la etapa.

En este caso, corresponde a la etapa postulatoria, la misma que se caracteriza por ser el momento en que las partes proponen sus pretensiones y defensas, se busca lograr la conciliación de posiciones, crear una relación jurídico

procesal válida, y señalar los puntos controvertidos en el proceso (Monroy 1992: 34).

El derecho a la Tutela Jurisdiccional, en esta etapa garantiza la posibilidad que toda persona pueda acudir libre e igualitariamente a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de cualquier derecho e interés frente a cualquier lesión o amenaza, en un proceso que reúna las más mínimas garantías.

Sobre el acceso a la justicia, la doctrina y jurisprudencia son amplias. Creemos que resume su contenido lo siguiente:

> "16. El derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente (…)" (STC 00015-2005-AI).

También sobre el derecho de acceso a la justicia, en una cita extensa pero que expone varios criterios que vale la pena referir, el TC ha expuesto lo siguiente:

> "10. El Tribunal Constitucional ha sostenido en innumerables oportunidades que el derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional (…). Dicho derecho no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, pero ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso.
> Mediante el referido derecho se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación "de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", como lo señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derecho Humanos.
> Sin embargo, su contenido protegido no se agota en garantizar el "derecho al proceso", entendido como facultad de excitar la actividad jurisdiccional del Estado y de gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él (…). En este sentido, su contenido constitucionalmente protegido no puede interpretarse de manera aislada respecto del derecho a la tutela jurisdiccional "efectiva", pues, como lo especifica el artículo 25.1 de la Convención

> Americana de Derechos Humanos, debe garantizarse el derecho de acceder a un "recurso efectivo", lo que supone no sólo la posibilidad de acceder a un tribunal y que exista un procedimiento dentro del cual se pueda dirimir un determinado tipo de pretensiones, sino también la existencia de un proceso rodeado de ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de las controversias.
> (…)
> 12. De primera intención, debe empezarse por afirmar que el establecimiento de cualquier requisito para poder iniciar un proceso judicial importa, per se, una limitación del derecho de acceso a la justicia. Este derecho, como se ha dicho, garantiza, en su contenido inicial, el poder de acceder a un tribunal de justicia. Sin embargo, la garantía de acceso a un tribunal de justicia no "comporta obtener una decisión acorde con las pretensiones que se formulen, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales" (Jesús González Pérez, El derecho a la tutela jurisdiccional, Editorial Civitas, Madrid 2001, pág. 73).
> Los requisitos procesales o las condiciones legales que se puedan establecer a fin de ejercerse el derecho de acción, constituyen, prima facie, límites al derecho de acceso a la justicia. Para que éstos sean válidos, como se ha adelantado, es preciso que respeten su contenido esencial. Evidentemente, no están comprendidos en los límites justificados por el ordenamiento, aquellos requisitos procesales que, so pretexto de limitar el derecho de acceso a la justicia, introduzcan vías y mecanismos que impidan, obstaculicen o disuadan, irrazonable y desproporcionadamente, el acceso al órgano judicial.
> Lo que significa que, si el derecho de acceso a la justicia "no comporta obtener una decisión acorde con las pretensiones que se formulen, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales", no todos los requisitos procesales que la ley prevea, por el solo hecho de estar previstos en la ley o en una norma con rango de ley, son de suyo restricciones ad initio plenamente justificadas" (STC 010-2001-AI).

Como se aprecia, si bien el acceso a la justicia tiene por aspecto no sólo el permitir a todo ser humano poder iniciar un proceso judicial a fin de obtener una respuesta fundada en derecho dentro de un proceso con todas las garantías; tiene otro aspecto, cual es la prohibición al Estado de limitar u obstaculizar el acceso a la justicia, es decir, no imponer mecanismos o requisitos que impidan, obstaculicen o disuadan, de una manera irrazonable y desproporcionada, el acceso a la justicia. Ello se denomina barreras de acceso a la justicia y es deber del Estado removerlas:

> “Después de todo, el derecho de acceder a la justicia tiene que ser garantizado para que su ejercicio pueda serlo en condiciones de igualdad, de allí que exista la obligación estatal de remover todos los obstáculos que impiden su ejercicio, como en reiteradas ocasiones lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
> En este sentido, los obstáculos o barreras que impiden el acceso a la justicia pueden ser agrupados en tres clases: las barreras institucionales que afectan a toda la población, indistintamente de su posición social o económica; las barreras económicas que afectan las transacciones y el desarrollo de un país, así como a sectores poblacionales precarios; y las barreras sociales que afectan a determinados grupos sociales, especialmente a los tradicionalmente marginados.” (La Rosa 2009: 120-121)

Las barreras institucionales son aquellas *“que el propio sistema de justicia origina por su concepción o diseño, y que conducen a que los ciudadanos no recurran a aquel”* (La Rosa 2009: 120-121).

Respecto a lo dicho, en el proceso de desalojo es perfectamente posible limitar las pretensiones que allí se puedan valer. Es decir, no toda pretensión de restitución de un inmueble o predio podría ser ventilada en el proceso sumario de desalojo y obtener un pronunciamiento favorable de restitución. Estamos pensado, por ejemplo, en el proceso de reivindicación, o en los procesos de interdictos, que tuvimos oportunidad de analizar en el primer capítulo y tienen finalidades diferentes. Así, la reivindicación busca dilucidar dentro de un proceso con cognición amplia, la titularidad del derecho de propiedad, y luego de ello, la restitución del predio en propiedad; por otro lado, los interdictos defienden sólo el hecho de la posesión –no el derecho de posesión-, repeliendo todo acto que lo perturbe o, eventualmente, poder recuperar la posesión en casos hay habido un acto violento de despojo.

En muchas ocasiones las personas pueden verse tentadas en evitar un proceso contencioso de reivindicación para beneficiarse de la *“corta”* duración del sumarísimo del desalojo, más las reglas procesales de cada uno impiden que esos procesos puedan ser confundidos como uno sólo, modificando su naturaleza. Estas modificaciones o límites o reglas son perfectamente posibles y constitucionales, a la luz del acceso a la justicia.

Por ello, el derecho al acceso a la justicia, como cualquier otro derecho constitucional, puede ser limitado, más debe seguir el legislador -o el juez-, los criterios para proceder a restringirlos:

> “Pero dicha facultad del legislador no es absoluta, es decir, el Congreso de la República no está habilitado para imponer cualquier tipo de requisito, sino que es necesario que, al hacerlo, respete los criterios que se exigen para la limitación de cualquier otro derecho fundamental, fuera de los cuales, la restricción se convierte en un acto inconstitucional y, en consecuencia, en una inaceptable barrera al acceso a la justicia.” (Priori y Ariano 2009: 109)

Ahora bien, actualmente la regulación del desalojo contempla las siguientes reglas relacionadas a la etapa postulatoria del proceso:

1. Sobre el número de procesos: Como se sabe, actualmente existen 4 procesos de desalojo.
2. Sobre la relación jurídica sustantiva que se lleva a juicio: Este aspecto es variado conforme la ley de desalojo que lo regule:
   - El desalojo en el CPC: Todo tipo de derecho, contrato o relación de cesión de posesión de un bien o uno de sus aspectos: arrendamiento, comodato, usufructo, pero también derecho de superficie, uso o habitación, por ejemplo.

     Todo tipo de finalidades se pueden llevar a juicio: vivienda, comercio, industria, etc.
   - El desalojo en el artículo 594 del CPC (Ley N° 30201 o desalojo express): Solo contratos de arrendamiento de inmuebles.
   - El desalojo del DL N° 1177: Solo contratos de arrendamiento de inmuebles con fines de vivienda.
   - El desalojo de la Ley N° 30933 (desalojo notarial): Solo contratos de arrendamiento de inmuebles.

3. Las controversias que se generan (en todos los modelos mencionados), están relacionadas a tres aspectos:

a. Vencimiento o agotamiento del plazo del título que generó la cesión de la posesión o uno de sus aspectos.
b. Incumplimiento de obligaciones contractuales, que puede dividirse en dos supuestos:
   - Obligaciones pecuniarias, como el no pago de merced conductiva o contraprestación, no pago de obligaciones accesorias -como servicios públicos: arbitrios, agua, luz, etc-.
   - Obligaciones no pecuniarias, como la prohibición de subarrendamiento o cesión a tercero, dar uso al bien de forma distinta a la pactada, destrucción del bien. Los supuestos de incumplimiento puedes ser variados.

   Estos incumplimientos deben ser causa de resolución de contrato y, por ende, restitución del bien, y su origen debe estar en la ley o en el contrato.
c. Casos de posesión precaria.

4. Las reglas de competencia judicial. Que, actualmente y dependiendo del proceso de desalojo al que nos remitamos, está dividida entre los Jueces Especializados en lo Civil -JEC-, y los Jueces de Paz Letrado -JPL-.
   En el proceso de desalojo regulado en el CPC y en el artículo 594 del CPC, dependiendo de la cuantía o monto de la renta -50 URP, como límite- el caso puede derivarse a JCE -para los que la superen- o JPL -para los que no lo superen-. En caso de no haber cuantía, siempre será JEC.
   Recordamos que el Cuarto Pleno Casatorio Civil, al definir al poseedor precario, derivó la mayoría de casos a los JEC y, como se ha visto antes, consideramos que ello ha determinado que la carga procesal recaiga en su mayoría -más del triple- sobre los JEC.

Revisemos nuestras propuestas:

1. Respecto al número de procesos: Nuestra primera propuesta es la creación de un único proceso de desalojo, de tal modo que se procedería a la derogación de las disposiciones que regulan los 4 procesos.

La finalidad de nuestra propuesta es favorecer la realización del derecho a la Tutela Judicial, en el extremo del acceso a la justicia. Como ya se ha dicho, este elemento importa la prohibición de mantener barreras de acceso irrazonables y desproporcionadas, que desalientan o complican el acceso y, cuando son de naturaleza institucional, se refiere a la estructura misma del sistema, el cual está concebido de una manera que constituye una barrera a ser eliminada.

En nuestra opinión, 4 procesos de desalojo constituyen una barrera institucional desproporcionada por:

- Los modelos del desalojo express, desalojo notarial y DL 1177, con un diseño más expeditivo, exclusivamente buscan de solución de controversias referidas al contrato de arrendamiento, dejando de lado las otras controversias que se originen en otros contratos o relaciones jurídicas que implican cesión de elementos de la posesión.
- Ello obliga a que todas esas otras controversias se canalicen a través del proceso de desalojo del CPC, con un diseño un poco más lato.
- Generan poca uniformidad jurisprudencial. 4 procesos generan mayor dispersión de criterios jurisdiccionales, cuando lo conveniente, para generar uniformidad, es que todo se centre en un solo proceso con todas las casuísticas que se generen. La predictibilidad genera confianza en las personas en iniciar un proceso judicial.
- 4 procesos, que establecen requisitos diferentes para ser iniciados desalientan a las personas a acudir a la búsqueda de una solución judicial. Un sólo proceso da accesibilidad y mayor comprensión a los justiciables, finalmente, la simplicidad es una característica del proceso de desalojo.

De lo expuesto, resulta pertinente la propuesta de un único proceso de desalojo, para fortalecer el derecho de acceso a la justicia. Dejamos

constancia que, en esta etapa, sólo se explora la conveniencia de un único proceso, por lo que su estructura procesal, no está en este análisis que se irá desarrollando más adelante.

Sobre una solución alternativa igualmente eficiente -pero no pasa por el modelo actual de cuatro procesos, evidentemente-, puede ser mantener dos procesos de desalojo, uno relacionado al arrendamiento exclusivamente, y otro para todos los demás casos. La idea sería mantener un proceso, de estructura más breve, para casos que, por su mayor número generen menor debate jurídico, al tratarse de controversias frecuentes y simples, sobre las que hay cierto consenso en los criterios jurisdiccionales. Pero creemos que ello no obsta a que, en un único proceso, los propios magistrados resuelvan rápidamente conforme a esos criterios sobre los que no hay mucho debate.

La uniformidad de requisitos y criterios jurisprudenciales, la simplicidad de un solo proceso, favorece el acceso a la justicia de arrendadores o de otros demandantes que cedan derechos o elementos relacionados a la posesión.

2. Sobre la relación jurídica sustantiva se lleva a juicio: Nuestra propuesta busca que todas aquellos contratos, relaciones o situaciones jurídicas que impliquen cesión de posesión o uno de sus elementos, sean vistas en un proceso de desalojo.

   En este sentido, podrán ser llevadas a juicio controversias relacionadas al arrendamiento, comodato, usufructo, derecho de superficie, uso o habitación, etc. Además, no habrá distinción de finalidad, pudiendo ser con fines de vivienda, comercio, industria o cualquier otra índole.

   El objetivo, al igual que en el caso anterior, es favorecer el acceso a la justicia, simplificando el recurrir al proceso de desalojo de todo tipo de controversias sobre restitución de la posesión de un bien.

No vemos otra solución alternativa más allá de mantener dos procesos diferenciados en arrendamientos y toda otra controversia, cuya inconveniencia ya explicamos en el acápite anterior.

Como recordamos, los modelos de procesos de desalojos en el Perú, diferentes al establecido en el CPC, establecen reglas exclusivamente para arrendamiento y, principalmente, para vivienda, es decir, esas reglas procesales específicas se restringen al uso vivienda. En nuestra opinión en el proceso único de desalojo, como hemos dicho, debe realizarse para todo tipo de uso de cesión de posesión de predios.

3. Sobre las controversias a ser llevadas a juicio: Se propone que la pretensión de restitución de predios proceda cuando el contrato, relación o derecho finalicen por las siguientes causales:
   a. Vencimiento, finalización o agotamiento, del plazo del contrato o relación o derecho.
      En estos casos, por ejemplo, quedan comprendidos los casos del numeral 5.2 del Cuarto Pleno Casatorio.
   b. Incumplimiento de obligaciones pecuniarias o no pecuniarias, que ameriten resolución o finalización, del contrato o relación o derecho, establecidas por ley o por haberlo así pactado las partes.
      En estos casos se tramitarán, por ejemplo, los supuestos establecidos en el numeral 5.1 del Cuarto Pleno Casatorio Civil (resolución extrajudicial del contrato por incumplimiento).
   c. Otros casos de posesión precaria no contempladas previamente.

      Se propone reducir el concepto de poseedor precario de la regulación del CPC. En estos casos quedará comprendido, por ejemplo, el caso del propietario que vende su predio con un contrato de arrendamiento u otro tipo de vínculo relacionado a la posesión, vigente y no inscrito, por lo que éste deja de estar vigente, ante el nuevo propietario, y se puede pedir la restitución en cualquier momento. Como se sabe, este supuesto es el contemplado en el numeral 5.4 del Pleno mencionado.

Como lo hemos dicho antes, la noción de poseedor precario distorsiona el modelo de desalojo de predios en el Perú. En este caso, se trata de realizar el derecho al acceso a la justicia simplificando los criterios para el inicio de un proceso de desalojo. Como hemos visto antes, el Cuarto Pleno establecía formalidades que condicionaban la causal para iniciar un proceso de desalojo -con la presentación o no de comunicaciones al futuro demandado-, lo que consideramos formalizaba y complicaba el acceso al proceso.

La tendencia de simplificar las causales y eliminar el instituto de poseedor precario no es nueva en nuestra legislación, pues el desalojo express, el DL 1177 y desalojo notarial, han eliminado ese concepto, en sus respectivos procesos.

Otra opción posible es eliminar el concepto de poseedor precario como causal de desalojo, y sustituirlo por el poseedor ilícito. Tan solo habría un cambio de denominación.

4. Sobre las reglas de competencia judicial: Se propone reformar la competencia de los juzgados, de la siguiente manera:
   a. Los JPL serían competentes en los casos a y b del numeral tres que antecede.
   b. Los JEC serían competentes en el caso c del numeral tres que antecede y, en general para los casos no contemplados expresamente.

No habrá un criterio que defina la competencia judicial por cuantía.

Con ello se busca revertir la proporción de carga actual de los JPL y JEC, que es más del triple en estos últimos. Recordemos que el Cuarto Pleno Casatorio Civil, al definir al poseedor precario, derivó la mayoría de casos a los JEC.

Como ya se sabe, el proceso de desalojo está concebido para controversias sencillas y con prueba directa, generalmente. Aquellas controversias que no cumplan con dichas características, sea porque la prueba no es directa y debe ser acreditada con otros medios probatorios no documentales, por ejemplo, deberán ser canalizadas a otra vía procedimental, por decisión de los propios jueces en uso de sus facultades.

En ese sentido, siendo el desalojo un proceso simple y de cognición sumaria, las pretensiones o controversias que allí se discutan y solucionen, deben tener esas características. En consecuencia, todos esos casos podrán ser conocidos por los JPL y no será necesario que sean revisados en casación por la Corte Suprema. Finalmente, ello no impide que los JPL o JEC inclusive -que vean los casos en una segunda instancia-, pueden convocar plenos y emitir acuerdos plenarios sobre los procesos a su cargo, como ya se ha visto antes en el caso de la no procedencia de la conciliación en el desalojo express, acuerdo que tuvo como sustento, precisamente, la naturaleza simple y sumaria de dicho proceso.

Por ende, sólo los casos no frecuentes o que puedan revestir algo de complejidad, podrán ser conocidos por los JEC y, eventualmente, llegar a casación en la Corte Suprema.

Esta posición, creemos, está orientada a la realización del derecho a una tutela judicial efectiva, donde haya una correspondencia entre la complejidad de la pretensión con la competencia judicial y la naturaleza de la vía procedimental.

Una medida alternativa puede ser mantener la competencia entre los JPL y JEC en el límite de las 50 URP, tal como está regulado actualmente en el CPC, teniendo como referencia el monto de la renta o contraprestación o cuantía. Ello, a nuestro criterio, no se condice con la simplicidad que debería tener la controversia, ni con la sumariedad de la

cognición y debate probatorio. Es decir, el monto de la controversia no tendría relación con esos elementos. Por ende, la cuantía en casos de desalojo no sería un criterio suficiente para dividir la competencia y sí, por el contrario, criterios de eficiencia, de tutela judicial y la naturaleza del proceso.

Hay que tener en consideración que, al igual que el criterio de las causales para iniciar un proceso de desalojo fueron reducidas y simplificadas en los modelos del DL 1177 y desalojo notarial, la competencia -en el caso de éstos últimos, para la ejecución-, fue derivada exclusivamente a los JPL. Por lo que la conveniencia de nuestra posición, evidentemente, no es nueva.

Podría argumentarse en contra que, en el sistema jurídico nacional, siempre ha existido una desconfianza hacia los JPL, frente a los JEC, restringiendo, a los primeros, aquellos casos en los que, supuestamente, se necesitaría magistrados con mayor experiencia o conocimiento, como podrían ser los JEC. Sin embargo, el criterio acá no es ese, es decir, no es la mayor experiencia o conocimiento, sino que estamos ante casos sencillos que, teóricamente, obtendrán soluciones rápidas. No es un tema de experiencia o calidad, sino de tutela judicial. No estamos ante casos que ameriten, por su simplicidad y sumariedad probatoria, ser conocidos por la Corte Suprema y, tal vez, tampoco por las Cortes Superiores.

Dicho ello, nuestra posición modifica el acceso al proceso de desalojo, derivando la competencia a los JPL. Reiteramos, siendo el desalojo un proceso sumarísimo, donde la lógica es la simplicidad del mismo y la existencia de prueba directa y, básicamente, documental, no tendría sentido establecer en determinados casos acceder a la tutela judicial para que el caso sea resuelto por un JEC, pues posibilita recurrir en casación a la Corte Suprema, instancia en la que no sólo se alarga el proceso, sino que la simpleza –teóricamente hablando- de la controversia en el proceso de desalojo, no justificaría ser revisado en

casación por la máxima instancia del país. Ello facilitaría la tutela judicial de muchos arrendatarios, al poder obtener –teóricamente- un pronunciamiento final en un menor tiempo.

creemos que esta posición realiza en una gran intensidad el derecho a la tutela judicial, no la limitan ni restringen.

3.4.2.2. Derecho de defensa y derecho a la tutela judicial :

Previamente, es necesario esclarecer unos conceptos, a propósito del tema que se va a revisar. Para ello, queremos diferenciar la noción del derecho de contradicción con el derecho de defensa.

En atención a ello, podemos decir que el derecho de contradicción, siguiendo a Morales, también forma parte de la Tutela Jurisdiccional y es un equivalente al derecho de acción o de acceso a la jurisdicción, pero por parte del demandado. En este sentido, es un derecho condicionado al uso del derecho de acción por parte del demandante (Morales 2011: 205-207). Por tanto, es un derecho dirigido al Estado para acceder a la justicia, poner en movimiento a la maquinaria judicial, y poder ser oído (Morales 2011: 211):

> “El derecho de contradicción surge desde el instante mismo en que una demanda es admitida por el Juez, independientemente de si la pretensión planteada por el demandante está fundada en derecho o no, así como también si el demandado tenga o no razones de esgrimir en su defensa y obtener de ésta está sujeto a similares condicionamientos las mismas. Por ello es que es un derecho abstracto obtener una sentencia justa que resuelva el conflicto planteado y de disponer de la oportunidad de ser oído” (Morales 2011: 211)

En este sentido, el derecho de contradicción puede estar sujeto a limitaciones, las mismas que, como el derecho de acceso a la justicia, deben ser proporcionales, no arbitrarias.

Por otro lado, el derecho a la defensa, que es uno de los pilares fundamentales en todo proceso judicial, forma parte tanto del debido proceso como de la

tutela judicial -que, como ya se ha dicho, comprende a todo proceso con garantías mínimas-.

El derecho a la defensa no sólo ha sido reconocido en tratados internacionales ratificados por el Perú, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)[200], sino en el artículo 139, numeral 14, de la Constitución:

> "Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
> (…)
> 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad."

Existe una amplia jurisprudencia sobre el derecho de defensa en el TC:

> "5 (…) El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. Sin embargo, no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y

[200] *Artículo 8. Garantías Judiciales*
1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

> arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo (Expedientes 0582-2006-PA/TC, 5175-2007-HC/TC, entre otros)[201].”

Agrega el TC:

> “6 Asimismo, este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal, el cual tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.”

Sobre las limitaciones al derecho de defensa:

> “3. El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, pero no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo tal hecho se produce cuando el justiciable es impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos” (00582-2006-PA/TC).

Dicho ello, en lo que respecta al momento en que el demandado se apersona al proceso y contesta la demanda, presentando sus argumentos de defensa, el modelo actual regula lo siguiente:

1. En el caso del desalojo del CPC, las únicas limitaciones es que la defensa de forma y de fondo, sean de actuación inmediata que se actúen en audiencia única.

   Solo se pueden ofrecer medios de prueba como pericia, declaración de parte o documentos, cuando se trata de las causales de falta de pago y vencimiento de plazo.

[201] STC recaída en el expediente 03238-2014-PHC, fj 5.

2. En el caso del desalojo express, la contestación se limita a acreditar si el arrendamiento está vigente o la deuda esta cancelada (ya que son las únicas causales que se pueden demandar). No proceden defensas de forma, más sí cuestiones probatorias.
3. En el caso del DL 1177: la contestación se limita a acreditar si el arrendamiento está vigente o si las deudas demandadas están canceladas (ya que son las únicas causales que se pueden demandar). Sí proceden defensas de forma y sólo se admiten medios probatorios que no requieren actuación.
4. En el caso del desalojo notarial, sólo hay oposición donde se limita a acreditar si el arrendamiento está vigente o si las deudas demandadas están canceladas (ya que son las únicas causales que se pueden demandar).

Lo que se propone es lo siguiente: que el demandado en un proceso de desalojo donde se incorpora como pretensión el pago de sumas adeudadas (arriendo o mercede conductiva, servicios o pagos comunes) consigne en favor del juzgado dichos montos como condición a que se admita su contestación de demanda y poder defenderse. Además, consignar los montos que se vayan devengando durante la duración del proceso.

En este caso, la regla propuesta no condiciona el derecho de contradicción, ya que no se limita la presencia del demandado en el proceso, en el sentido que sí se puede apersonar al proceso, más sí su derecho de defensa, en tanto no se admitirá su contestación a la demanda y, por ende, no se tendrá en cuenta ni su defensa de forma, ni su defensa de fondo.

Así, en nuestra opinión, esta medida supone una limitación al derecho de defensa del demandado, pero, como veremos más adelante, se trata de una medida que busca que el demandante -que muchas veces es el propietario- obtenga el pago de las sumas adeudadas, es decir, también se favorece la obtención de tutela judicial, buscando una resolución fundada en derecho acorde con los hechos que acrediten las partes.

Por un lado, tenemos el derecho de defensa del demandado y, por otro, el derecho a la tutela judicial del demandante -en el aspecto de obtener una respuesta judicial a su pretensión y ésta se pueda ejecutar-, donde consideramos que se puede estar ante una limitación razonable al derecho de defensa, en tanto se favorece la tutela judicial del demandado. En efecto, creemos que estamos favoreciendo que el demandante obtenga tutela judicial, logre una respuesta judicial fundada en derecho y asegure que la resolución final sea efectiva y pueda ser ejecutada.

Sobre la ejecución de resoluciones judiciales, el TC dice lo siguiente en la STC 4080-2004-AC:

> "15. Como lo ha precisado este Colegiado, "(...) el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional (…). También se encuentra aludido en el segundo párrafo del inciso 2) del mismo artículo 139º, cuando se menciona que ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución". (Sentencia emitida en el Expediente N.° 0015-2001-AI/TC, FJ 8).
> (…)
> 19. El derecho a la ejecución de la decisión de fondo contenida en una sentencia firme, también supone su cumplimiento en tiempo oportuno. El derecho a obtener un pronunciamiento de fondo en un plazo razonable, ha sido precisado por este Colegiado como una "(...) manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidos en la Carta Fundamental (artículo 139º 3 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana". (Expediente N° 0549-2004-HC/TC, F.J. 3). Si bien tal precisión se hacía en el ámbito de afectación del derecho de libertad como consecuencia de un proceso penal, este Tribunal considera que el derecho a una decisión sobre el fondo y al cumplimiento de la misma en un plazo razonable es extrapolable a todo tipo de procesos jurisdiccionales. El plazo razonable no sólo debe entenderse referido al trámite que existe entre la presentación de una demanda y la decisión sobre el fondo, sino que resulta indispensable que dicho concepto se entienda también como una exigencia para lograr la efectividad del pronunciamiento judicial en un plazo que no debe exceder lo que la naturaleza del caso y sus naturales complicaciones de cumplimiento ameriten, sin que en ningún caso su ejecución se difiera por dilaciones indebidas."

Como hemos visto, el derecho a la tutela judicial está ligado a la efectividad, importante en un Estado Constitucional:

> "La eficacia es un concepto pragmático. Se mide por resultados. La efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela judicial, puesto que una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela" (Obando 2011: 171).

De este modo, sólo podremos hablar de un derecho a la Tutela Jurisdiccional ciertamente efectiva si es que las decisiones judiciales se cumplen en base a los hechos acreditados en el proceso:

> "La tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido" (Obando 2011: 172).

En la misma línea:

> "El proceso como mecanismo de resolución de conflictos de intereses sólo adquiere sentido en la medida que cumpla justamente con solucionar y desincentivar efectivamente dichos conflictos. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no sólo garantiza a las partes el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho, sino que a través de dicho derecho constitucional se pretende que lo resuelto en la sentencia sea efectivamente ejecutado. El anverso de tal derecho –aquello que requiere para su eficacia- es (…), la obligación jurisdiccional de procurar la adopción de las medidas precisas para que se ejecute lo dispuesto y se dé satisfacción material a la tutela solicitada" (Reggiardo 2014: 430).

Dicho ello, procederemos a una valoración de nuestra propuesta legislativa.

Esta medida importa, si bien una limitación al derecho de defensa del demandado -pues condiciona la posibilidad que éste pueda ser oído en juicio y, además, poder exponer sus argumentos de defensa y presentar sus medios de prueba de descargo, al pago de las sumas de dinero que se le demandan, también busca –dada la naturaleza de proceso teóricamente fácil y de prueba sumaria del desalojo- que el demandante asegure el cumplimiento de sus

pretensiones hasta la finalización del juicio, con lo cual se beneficia el derecho a la tutela judicial y la efectividad de las decisiones judiciales, pues al final del proceso obtendrá una respuesta fundada en derecho -con los medios de prueba aportados- y cobrar las sumas que se le adeudan.

Dicho ello, en un análisis de idoneidad, se trata de determinar si la medida es adecuada al logro del fin propuesto: asegurar una respuesta fundada en derecho y asegurando el cumplimiento de la misma, por lo menos en el pago de las deudas demandadas. Para ello, se condiciona el pago –o la consignación de los montos a nombre del Juzgado. Queda claro que los montos consignados no son entregados inmediatamente al demandante, sino que se tendrá que esperar a una decisión final que resuelva la controversia. De tal modo que sólo en caso se ampare la demanda, se entregarán los montos consignados al demandante.

Establecida la idoneidad de la medida, ¿es necesaria?

Ello impone el estudio de otras opciones a la medida que se quiere adoptar. Tratando de reconocer otros mecanismos que cumplan el mismo fin sin afectar el derecho constitucional de contradicción y el de defensa.

Un primer medio alternativo es la medida cautelar. Para este caso, el demandante, luego de presentada su demanda, interpondría una solicitud cautelar para afectar los bienes –de haberlos- del demandado. Por ejemplo, cuentas bancarias u otros bienes que, razonablemente, cubran los montos demandados. En el presente caso, no habría afectación al derecho de defensa, pues inmediatamente después de ejecutada la medida de embargo, éste podrá presentar una oposición y tendrá la posibilidad de desbaratar si la medida cautelar cumple con los requisitos para su concesión. Además, una de las ventajas de la medida cautelar es que puede ser presentada al inicio mismo de un proceso –conjuntamente con la demanda- e inclusive antes del inicio del proceso, por lo que esta medida alternativa no implica cambio alguno en el modelo de desalojo.

Pero, ¿es una alternativa equivalente a nuestra propuesta? Evidentemente es una medida alternativa, más consideramos que no es equivalente pues impone al demandante la carga de probar un hecho negativo. Nos explicamos, la imposición a la que nos referimos si bien tiene un origen en la ley[202], es notoriamente deficiente en determinado supuestos como en la carga de probar el no pago de arriendos o la existencia de la deuda por dicho concepto, y es el demandado el que estaría en mejor posición de probar el pago de los arriendos demandados.

En efecto, lo que debería probar el demandante al proponer su medida cautelar, es que el arrendatario no le ha pagado determinados conceptos a los que estaba obligado. Es decir, asume la carga de probar un hecho negativo –la existencia de una deuda por falta de pago de arriendos u otro concepto relacionado, lo cual es notoriamente desventajoso para éste:

> "Se ha señalado prima facie que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196° del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. En el caso de la falta de información para una afiliación, este precepto no puede ser adecuado, pues reparándose en la naturaleza de los hechos a probar, se puede llegar a pensar en la remisión a un subjetivismo de la SBS (…). Conviene ahora desvirtuar la validez de la 'prueba diabólica' que puede llegar a ser la probanza de que el afiliado no fue informado de forma conveniente.
> (…)
> La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo. Cabe recordar que la

[202] El artículo 196 del Código Procesal Civil establece las reglas de la carga de la prueba en el proceso civil: "Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos."

prueba dinámica no es ajena a nuestro ordenamiento" (STC N° 1776-2004-AA, f.j. 50, literal c).

Basta ponerse a pensar en el medio de prueba que debería presentar el demandante para acreditar que no le pagaron ¿Acaso el estado de su cuenta bancaria donde no aparezcan los montos que reclama? Para ser más pragmáticos, esta falencia fue advertida por el legislador al momento de crear el modelo de proceso de desalojo del Decreto Legislativo N° 1177.

En este caso, el propio decreto establece que los pagos deberán hacerse en una cuenta de alguna entidad financiera o bancaria supervisada y autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros, único medio por el cual se realizarían todos los pagos establecidos en el contrato de arrendamiento[203]. Será en la cuenta de abono donde se acreditará la falta de pago[204]. En caso de que el arrendador demande el pago de arriendos u otros conceptos, el mismo decreto establece que el –único- medio probatorio para demandar ello es el estado de cuenta pertinente[205]. De este modo, se puede corroborar que a fin de suplir la dificultad probatoria que impone acreditar el no pago de arriendos y otros conceptos, ha sido la ley la que ha establecido el medio de prueba y las formalidades que debe éste tener para sustentar tal pretensión. Dichas formalidades, si bien aumentan la seguridad en la probanza de las

[203] Decreto Legislativo N° 1177, numeral 7.1, artículo 7:
Artículo 7.- Cuenta de abono
7.1 El arrendador debe indicar la cuenta de abono (número, tipo y moneda de la cuenta), en una empresa del sistema financiero autorizada por la superintendencia de banca, seguros y AFP - SBS, en la que el arrendatario debe abonar, al inicio del contrato, el importe que haya acordado con el arrendador en calidad de garantía por los eventuales daños al inmueble, y, mensualmente, la renta o cuota convenida."
[204] Decreto Legislativo N° 1177, literales c. y d., numeral 14.2, artículo 14:
"14.2. El desalojo procede por terminación del contrato, por cualquiera de las siguientes causales:
(…)
c. Incumplimiento de pago de la renta convenida o cuota periódica pactada por dos (02) meses consecutivos, dentro del plazo contractual, sustentada en la resolución del contrato comunicada mediante carta notarial adjuntando el estado de cuenta de la cuenta de abono.
d. Incumplimiento de pago de los conceptos complementarios señalados en el numeral 7.1 del artículo 7 del presente Decreto Legislativo, por seis (6) meses consecutivos, dentro del plazo contractual, sustentada en la resolución del contrato comunicada mediante carta notarial adjuntando el estado de cuenta de la cuenta de abono o la liquidación del saldo deudor emitida por la empresa respectiva.
[205] Decreto Legislativo N° 1177, literales a. y b., numeral 15.1, artículo 15:
Artículo 15.- Proceso Único de Ejecución de Desalojo.
15.1 El Proceso Único de Ejecución de Desalojo de un inmueble arrendado en el marco del presente Decreto Legislativo, se tramitará contra el arrendatario se encuentre ocupando o no el inmueble arrendado y, de ser el caso, contra quien se encuentre en el referido inmueble, de acuerdo a las siguientes disposiciones:
a. El arrendador, demandará el desalojo, a través del Proceso Único de Ejecución de Desalojo, indicando la(s) causal(es) en que sustenta su pretensión, pudiendo acumular a ésta, la pretensión de pago de ser el caso, en los términos del artículo 14 del presente Decreto Legislativo.
b. A la demanda de desalojo se debe acompañar el formulario respectivo, el reporte del RAV y el documento sustentatorio respectivo conforme al numeral 14.2 del artículo del presente Decreto Legislativo, además de los requisitos y anexos previstos en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil.

pretensiones –en consonancia con la naturaleza que debe tener la actividad probatoria en un proceso de desalojo- no es posible para un gran número de arrendadores, quienes no pueden afrontar los gastos y formalidades que exige el Decreto Legislativo N° 1177. Es en esa línea también en que interviene la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, manifestación del principio de ductibilidad del proceso al que nos referimos al inicio del presente capítulo, y que justifican que, en estos casos, la carga de probar el pago de la merced conductiva u otros conceptos deba trasladarse al arrendatario.

En suma, si bien la medida cautelar –fuera de proceso o presentada junto con la demanda o después de ésta- son una medida alternativa a nuestra propuesta, en el sentido que busca asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia de pago de arriendos y otros conceptos, no es equivalente, pues impone una actividad probatoria al arrendador en la que, creemos, se encuentra en desventaja.

Recordemos que nuestra propuesta no es novedad en el sistema jurídico colombiano, cuyo código procesal regula esta misma regla y que consideramos puede ser aplicable en nuestro país. Sobre la constitucionalidad de este acto, ya pudo pronunciarse el Tribunal Constitucional de ese país:

> "4.2. Esta Corporación mediante sentencia C-070 de 1993, estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral segundo en comento, en la cual se alegaba la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. En esa oportunidad, declaró que la carga que se impone al demandado como presupuesto para ser oído en el trámite de restitución, se ajusta a los parámetros constitucionales porque (i) la prueba del pago de los cánones se erige en cabeza del demandado que se encuentra en mejores condiciones para aportarla, por cuanto resultaría desproporcional exigirla al demandante ya que se trata de un hecho indefinido: el no pago; (ii) en esos casos, por virtud de la ley, opera la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo entonces al arrendatario desvirtuar la causal de mora en el pago invocada, adosando para tal fin los recibos y consignaciones exigidas como requisito procesal para rendir descargos; (iii) ese desplazamiento de la carga probatoria hacia el demandado es razonable atendiendo la finalidad buscada por el legislador, cual es, brindarle celeridad y eficacia al proceso toda vez que aquel puede demostrar el cumplimiento de sus obligaciones; y, (iv) de allí que no se vulnere el núcleo esencial del

> debido proceso que le asiste al arrendatario, pues se le está exigiendo una prueba que solo él puede aportar (Sentencia T-107/14)[206]."

Dicho ello, la medida cautelar utilizada para asegurar el cumplimiento o eficacia de la sentencia, si bien no afecta a los derechos de contradicción ni de defensa del demandado, no produce el mismo ni equivalente beneficio a la tutela judicial. Bajo ese punto de vista, no es una opción que realice dicho derecho.

La consecuencia de nuestra primera alternativa es que la regulación existente en el CPC sobre desalojo se mantendría. Es decir, no habría ninguna limitación al derecho de contradicción y defensa del arrendatario, por lo que éste podrá apersonarse al proceso, ser oído, contestar la demanda y proponer sus defensas y medios de prueba. Recién al final del proceso se podrá ejecutar la sentencia. Sin embargo, este modelo si bien no limita los derechos constitucionales de contradicción y de defensa, no como concede ninguna oportunidad de realizar el derecho a la efectividad de las sentencias judiciales, es decir, frente a nuestra regla, no hay ninguna mejora a asegurar el resultado de la sentencia final.

Ahora corresponde a un análisis de ponderación en sentido estricto. En este aspecto, creemos que la afectación a los derechos de contradicción y de defensa de los demandados es alta.

En efecto, estamos ante una regla que condiciona al demandado a poder dar su versión de los hechos –en calidad de parte contraria-, y de poder presentar medio de defensa y de prueba, sí y solo sí tiene que adelantar el pago de lo que está siendo demandado. Dada la naturaleza del derecho de defensa y de contradicción, y la importancia que tienen éstos en un Estado Constitucional, es que cualquier restricción debe estar debidamente justificada.

[206] Debemos recordar que la posición de la Corte Constitucional de Colombia en este caso no es nueva, en el sentido que ya la hemos expuesto en el capítulo anterior, momento en el cual glosamos parte pertinente de la Sentencia T-424/12 la que, en la misma línea, pero con un diferente enfoque, avaló la constitucionalidad de la regla contenida en el Código General del Proceso de ese país, equivalente el Código Procesal Civil nacional.

Sin embargo, estas restricciones deben darse en el contexto de la naturaleza del proceso de desalojo: un proceso sencillo y donde los medios de prueba son –deberían ser- documentales y de probanza directa. Como se puede comprobar en los modelos de proceso de desalojo que tiene actualmente el Perú, celeridad va de la mano con la formalización y uniformización de la prueba. Es decir, la certeza probatoria facilita arribar más fácil y rápidamente a una sentencia que resuelva el proceso. Ella es una de las razones por las que, en las modificaciones posteriores al texto original del CPC, la intervención del Notario sea fundamental, además de la uniformización de forma de pago y aprobación de textos que obligatoriamente deban seguir los contratos o formularios que deban ser inscritos en registros especializados.

En resumen, la lógica del legislador peruano posterior al proceso de desalojo aprobado en el CPC ha sido que si se desea lograr un proceso rápido de desalojo y con un margen mucho menor de error de decisión –que siempre existe- por parte del Poder Judicial, la prueba se debe uniformizar o formalizar (formularios, cuentas bancarias, intervención notarial, creación de registros, etc), hasta allí este fin es justificado por la naturaleza de por sí *"fácil"* del proceso de desalojo; además de reducir el número de pretensiones posibles a –básicamente-, desalojo por finalización de plazo y montos impagos -excluyendo pretensiones tales como incumplimiento de otras obligaciones contractuales, por ejemplo, destinar el inmueble a otros fines o usos de los establecidos contractualmente, etc; o desalojo por poseedor precario)[207].

[207] Respecto a lo dicho, se aprecia que el artículo 1697 del Código Civil establece como supuestos de resolución del contrato a los siguientes:
"Artículo 1697.- El contrato de arrendamiento puede resolverse:
1.- Si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días. (…).
2.- En los casos previstos en el inciso 1, si el arrendatario necesitó que hubiese contra él sentencia para pagar todo o parte de la renta, y se vence con exceso de quince días el plazo siguiente sin que haya pagado la nueva renta devengada.
3.- Si el arrendatario da al bien destino diferente de aquél para el que se le concedió expresa o tácitamente, o permite algún acto contrario al orden público o a las buenas costumbres.
4.- Por subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador.
5.- Si el arrendador o el arrendatario no cumplen cualesquiera de sus obligaciones."
En cada supuesto, la resolución del contrato faculta al arrendador a iniciar un desalojo, para lo cual inicialmente el único camino del arrendador era proponer todas y cada una de esas pretensiones vía el proceso sumarísimo de desalojo regulado en el Código Procesal Civil.
Posteriormente, las leyes que crearon los procesos de desalojo posteriores han ido reduciendo el número de pretensiones que se podían plantear en su régimen. Veamos por ejemplo el modelo del Decreto Legislativo N° 1177, en su artículo 14, numeral 14.2:
"Artículo 14.- Procedencia y causales de desalojo
14.1 En cualquiera de los contratos regulados por el presente decreto legislativo, el arrendador puede demandar contra el arrendatario o contra quien posea el inmueble arrendado, la restitución del mismo a través del Proceso Único de Ejecución de Desalojo.
14.2 El desalojo procede por terminación del contrato, por cualquiera de las siguientes causales:

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la formalización de las contrataciones sobre cesión de la posesión de inmuebles implica costo económico (pago de derechos notariales, por ejemplo) y tiempo (gestiones para la formalización de documentos y cumplir con las formalidades de los pagos) que muchos –inclusive diríamos, la gran mayoría, ya que hay arrendadores que cuentan como único ingreso los alquileres- no pueden ni desean asumir; por ello, el presente trabajo no busca tanto una uniformización probatoria, sino mecanismos procesales que no sólo de modo constitucional aseguren la defensa de los derechos de las partes, sino que permitan un proceso célere y, más importante aún, permita la eficacia de las decisiones finales. En este sentido, nuestra propuesta tiene como objetivo ser un proceso de desalojo único, en el cual –como se dijo desde el inicio- se comprenda a todos los supuestos de cesión de posesión de un inmueble, destinado para todo uso y todo tipo de pretensiones.

Pero ese proceso de uniformización del que venimos hablando no sólo busca acelerar el proceso. El otro factor que no debe pasar desapercibido en un país como el Perú, y que mencionamos antes, es que la unifomización de la prueba busca reducir el error judicial[208] y la imprevisibilidad de los tribunales. Muchas veces el litigio favorece no al demandante –como debería ser en circunstancias óptimas-, sino al demandado, quien se beneficia con la demora del sistema, la imprevisibilidad y el error, puede beneficiarse gratuitamente con mantener la posesión del inmueble durante el juicio.

---

a. Conclusión del contrato por vencimiento del plazo contractual, sustentada en el formulario respectivo.
b. Resolución contractual de mutuo acuerdo, sustentada en acta con firmas legalizadas.
c. Incumplimiento de pago de la renta convenida o cuota periódica pactada por dos (02) meses consecutivos, dentro del plazo contractual, sustentada en la resolución del contrato comunicada mediante carta notarial adjuntando el estado de cuenta de la cuenta de abono.
d. Incumplimiento de pago de los conceptos complementarios señalados en el numeral 7.1 del artículo 7 del presente Decreto Legislativo, por seis (6) meses consecutivos, dentro del plazo contractual, sustentada en la resolución del contrato comunicada mediante carta notarial adjuntando el estado de cuenta de la cuenta de abono o la liquidación del saldo deudor emitida por la empresa respectiva.
e. Uso del inmueble a fin distinto al de vivienda, sustentada en la resolución del contrato comunicada mediante carta notarial adjuntando el documento de constatación policial respectivo."
Ello es un denominador común, existen muchos supuestos de resolución del contrato de arrendamiento que no podrían ser canalizados a través del proceso de desalojo regulado en el Decreto Legislativo N° 1177, quedando como vía residual el Código Procesal Civil.

[208] Aunque el desalojo es un proceso –como venimos diciendo- *"fácil",* por lo que el margen de error debería ser bajo –aunque siempre existe-, creemos que el legislador nacional –consiente de la importancia social del proceso- ha querido aún más reducir ese margen, en el entendido que ello podría ir de la mano con una reducción de la desconfianza que genera el Poder Judicial en la población.

> “Esto incide en la efectividad de la tutela jurisdiccional en el Perú, donde los derechos no pueden ser debidamente protegidos dado que el sistema es poco confiable, genera altos costos de transacción, desincentiva los acuerdos e impide que las normas se cumplan espontáneamente por los individuos como sí ocurre en las sociedades desarrolladas” (Reggiardo 2014: 422).

Creemos que la regla propuesta, al imponer la consignación de la suma pretendida o demandada no sólo impone la carga de probar el pago en el demandado, sino dos aspectos cruciales:

- Asegurar la eficacia de la decisión final, traslada el riesgo de la demora del proceso al demandado y no al demandante.
- También desestimula el litigio en el demandado quien no va a desear mantener un juicio en el que la deuda está acreditada y, a la vez, reduce el riesgo de la duración del juicio al demandante.

Bajo esta perspectiva, consideramos que el beneficio a la eficacia de la decisión final es igualmente muy alto.

En tal sentido, en este juicio de ponderación creemos que está superado, pues el beneficio es superior a la afectación del derecho de defensa.

3.4.3. Actividad probatoria

La etapa probatoria está muy ligada al derecho de probar que tiene toda persona, y que forma parte tanto de un derecho a la tutela judicial como de un derecho al debido proceso.

El derecho a probar tiene varios aspectos o también derechos: a ofrecer medios de prueba que se consideren necesarios para acreditar nuestras posiciones, a la admisión de los medios de prueba que se ofrezcan, a la actuación adecuada de los medios de prueba, a la producción y conservación de la prueba, y a que se valoren adecuadamente (Bustamante 2001: 364).

Sobre ello, el Tribunal Constitucional afirma en la STC 01557-2012-PHC:

> “2. Tal como lo señaló este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.º 010-2002-AI/TC, el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos. En tal sentido, este Tribunal ha delimitado el contenido del derecho a la prueba: (…) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (Cfr. STC Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, fundamento 15).”

Todo ello, es camino de la actividad probatoria dentro de un proceso: desde el momento a que ingresan al mismo (ofrecimiento), y hasta que son utilizados y valorados al momento en que se emita sentencia (valoración).

Tradicionalmente, la etapa probatoria, consiste en el momento en que se admiten y actúan los medios de prueba.

Sin embargo, para nuestros efectos nos enfocaremos en el derecho a ofrecer medios de prueba y a que se admitan los mismos en el proceso.

> “El primer elemento que integra el derecho a probar consiste en el derecho que tiene su titular a ofrecer o proponer los medios probatorios que considere necesarios para acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el objeto concreto de prueba (…); es decir, para probar la existencia o inexistencia de aquellos hechos que configuran una pretensión o defensa (…) Por tanto, incluye el derecho de su titular a ofrecer los medios de prueba que estime necesarios para cuestionar los medios probatorios que han sido ofrecidos contra ella, o cuya actuación ha sido ordenada de oficio (…)” (Bustamante 2001: 138-139)

En este sentido, este aspecto del derecho de prueba permite desarrollar a los justiciables su derecho a la defensa, ya que les permite no sólo acreditar sus afirmaciones, sino desvirtuar las afirmaciones contrarias.

Este aspecto está gobernado por el llamado principio de libertad en la utilización de medios probatorios, sin embargo, éste no es un derecho absoluto, ya que como sabemos en muchos casos existen procedimientos en donde la ley -por diversa consideraciones- limita el uso de medios de prueba a unos taxativamente permitidos por ley.

> "Por ejemplo, la libertad de utilizar medios probatorios no excluye la posibilidad de que el ordenamiento exija que un hecho sea probado con determinado tipo de medios probatorio y no con otro (…), o que en determinados procesos (…) sólo puedan utilizarse ciertos medios de prueba y no otros (…) Es decir, la libertad de utilizar toda clase de medios de prueba (…), no excluye la vigencia y aplicación del principio de idoneidad (..) siempre que se realice en concurrencia con los principios de equilibrio y razonabilidad (…)" (Bustamante 2001: 142)

Sobre el principio de idoneidad, supone que *"no exista una norma legal que prohíba el empleo el medio para demostrar el hecho determinado"* (Bustamante 2001: 190). En otras palabras, la ley autoriza que determinados hechos, en determinados procesos, pueden ser acreditados con determinados medios probatorios. Este elemento es típico de los procesos sumarísimos, en los que la esencia de éstos exige que se está ante controversias sencillas y que se pueden acreditar con pruebas directas. La ley busca, en efecto, se cumpla con la naturaleza del proceso y sólo se ofrezcan medios de prueba directos. Si no se cuentan con los medos probatorios exigidos por ley, como muchas veces puede suceder, existirían dos opciones (a) o se sigue un proceso con una actividad probatoria plena (como el de conocimiento), debiéndose dejar de lado el proceso sumarísimo; o (b) invocar el principio de ductibilidad, a fin que el juez evalúe en nombre de la tutela jurisdiccional, pueda en el caso concreto dejar de aplicar la norma procesal y crear una regla específica y autorizar la actuación de un medio probatorio no autorizado por ley. En este último caso, el juez debería hacer un análisis de proporcionalidad.

Por ejemplo, en el caso del Decreto Legislativo N° 1177, se establece que para acreditar que la vivienda dada en arrendamiento, haya sido destinada a otro uso distinto al establecido en el contrato, el arrendador debe adjuntar como medio de prueba el certificado policial correspondiente (artículo 14).

Por otro lado, en el Código Procesal Civil, en su artículo 553, se establece que *"Las tachas u oposiciones sólo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata"*, eliminando con ello las pericias y las inspecciones, por ejemplo.

Igualmente, en el caso del artículo 591 del mismo código, se establece que *"Si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, sólo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia, en su caso"*.

Ambos casos son manifestaciones del principio de idoneidad. En otras palabras, es claro que el principio de idoneidad justifica una limitación al derecho a ofrecer medios de prueba y, con ello, una limitación al derecho de probar:

> "Debe responder a la necesidad de salvaguardar otros valores, bienes jurídicos o derechos con los que el derecho a probar guarde relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico" (Bustamante 2001: 192)

Para ello, la regla de la idoneidad que establezca el legislador debe superar un análisis de ponderación. Por ejemplo, consideremos la regla que para todo proceso de desalojo serán procedentes únicamente pruebas documentales. Esta regla busca favorecer que el proceso se resuelva en un plazo razonable, pero limita el derecho a ofrecer medios de prueba y poder acreditar suficientemente las pretensiones.

En este ejemplo, se podría decir que se cumple con el principio de idoneidad, ya que simplificar la actividad probatoria a los documentos únicamente, más aún en el desalojo donde la prueba se puede centrar en el contrato de

arrendamiento, sería suficiente para satisfacer el principio de que el proceso se resuelva en un plazo razonable.

Sin embargo, al examen de necesidad, podríamos concluir que los documentos son notoriamente insuficientes para acreditar el cálculo de una merced conductiva en un rango amplio de controversias originadas en contratos de cesión de posesión, o la existencia de fórmulas de cálculo. Para estos casos, la pericia sería el medio idóneo. En este punto estamos ante una opción legislativa, pues puede optar por la regla de derivar a un proceso de cognición amplia todas aquellas pretensiones que necesitan de medios de prueba diferentes a los documentos. En este caso, si la demanda se sustenta en documentos, seguirá el trámite en un proceso sumarísimo, más, si se trata de ofrecer otros medios de prueba necesarios para acreditar sus pretensiones, el demandante deberá optar por iniciar un desalojo en la vía de conocimiento o, de seguir el proceso sumarísimo, el derecho a que el proceso se resuelva en un plazo razonable no será el objetivo a cumplir.

En principio, consideramos que, para las pretensiones de resolución de cualquier contrato de cesión de posesión, inclusive vencimiento de plazo y de pretensiones de pago, la prueba por excelencia debería ser la documental. Para los otros casos, podría incluirse pruebas periciales e inspecciones.

Para la aplicación del principio de idoneidad, se pueden seguir algunos criterios (Bustamante 2001: 193):

1. No deben ser el resultado de la mera voluntad del legislador, por lo que deben responder a un fin lícito sustentado en la necesidad de proteger algún bien jurídico (por ejemplo, que el derecho dure un plazo razonable, como ya lo hemos dicho).
2. Que asegure y respete la vigencia equilibrada del derecho a la prueba, así como la del bien jurídico que protege o pretende realizar.
3. Que el límite o regulación que se establezca sea proporcional con el fin que se pretende alcanzar.

De este modo, un único proceso de desalojo, que pretende ser menos formalista en las pruebas a adoptar, pues lo contrario implica aumentar los costos del arrendamiento a los que muchas personas no pueden acceder. Se busca que los medios de prueba que se ofrezcan se ajusten a la pretensión intentada en sede judicial.

3.4.4. Impugnación de sentencia e instancias:

En la etapa decisoria, es donde se emite la resolución final -sea sobre el fondo o no- que culmina la instancia. En esta etapa el juez resuelve las pretensiones de las partes sobre los argumentos de derecho y fundamentos de hecho debidamente acreditados en el proceso.

Emitido el mismo, se puede dar inicio a la etapa de impugnación, donde las partes puede manifestar su disconformidad con lo resuelto por el juez ante un órgano jurisdiccional superior.

El proceso de desalojo, como se ha indicado, es un proceso no solo socialmente importante, sino teóricamente *"fácil"*, simple y de cognición sumaria. A pesar de ello, estos procesos tienden –como todo proceso judicial- a una duración excesiva.

Lo que se busca en el presente caso es determinar, si una vez emitida la sentencia, ésta podría ser apelada y concedida, pero bajo determinadas condiciones. En otras palabras, se busca determinar si el desalojo podrá ser un proceso de primera y única instancia o, siendo apelable la decisión –proceso de doble instancia- éste podrá ser concedido sin efecto suspensivo o efecto devolutivo.

Actualmente, el CPC y el desalojo express conceden la apelación a la sentencia o auto final con efecto suspensivo, lo que supone la paralización de la ejecución hasta que el superior resuelva el reclamo o medio impugnatorio presentado.

En el caso del DL 1177, la apelación se concede sin efecto suspensivo, y en el desalojo notarial tenemos que no hay impugnación a la decisión de corroborar la existencia de incumplimiento o de finalización del contrato -ya que, luego de ello, sigue la ejecución.

Para el presente caso, consideramos como propuesta que la sentencia o auto final puede ser apelado más se debe conceder sin efecto suspensivo o, lo que es lo mismo, con efecto devolutivo.

Ello, consideramos, un beneficio o realización del derecho a la tutela judicial, en su aspecto de ejecución y efectividad de las resoluciones judiciales que, como se ha expuesto antes, esta de la mano con la duración razonable del proceso, conforme al TC. Derecho que se vería beneficiado.

Sobre este punto hay controversia y se pueden optar entre varias alternativas y no queremos dejar pasarlas sin comentarlas.

Hay otras opciones, como que el proceso de desalojo, dada su sumariedad y simplicidad, sea de una sola instancia como alternativa a que el proceso sea de doble instancia en el que la apelación de sentencia sea concedida sin efecto suspensivo o efecto devolutivo. Ambas decisiones en un proceso de desalojo son, a nuestro entender, viables más sería necesario determinar cuál es la más conveniente.

A nuestro criterio, ambas soluciones son compatibles con el proceso sumarísimo de desalojo, en el entendido que se trata de procesos donde la probabilidad de error judicial es muy baja, ya que se trata de procesos *"fáciles"*. Por ello mismo, la solución podría darse en un proceso de única instancia o de doble instancia en donde el recurso de apelación se conceda con efecto devolutivo, más como hemos expuesto, debemos tener en consideración que la propuesta de una sola instancia en el caso Colombiano, que es el que hemos tomado en cuenta, es excepcional y para casos específicos, no como nuestra propuesta que va en torno a todo supuesto de cesión de la posesión.

Como veremos, están involucrados elementos no sólo relacionados a la ejecución de la resoluciones judiciales y duración razonable del proceso, sino el derecho a la impugnación y a la doble instancia.

3.4.4.1. Derecho de pluralidad de instancias, derecho de acceso a los recursos o a los medios impugnatorios y duración razonable del proceso.

Un paso inicial para determinar el contenido del derecho a la pluralidad de instancias, es lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, ratificada por el Perú el 7 de diciembre de 1978, establece:

> "Artículo 8. Garantías Judiciales
> (…)
> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
> (…)
> h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."

Por tanto, la pluralidad de instancias está asociada -sino idéntica- al derecho a recurrir, sobre ello, existe mucha jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a este respecto. Por ejemplo:

> "161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos115, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho (Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004)."

Sobre qué se debe entender por recurso ordinario y eficaz, y otros alcances, la Corte también ha explicado lo siguiente:

> "47. (…) El Tribunal ha entendido que dicho derecho consiste en una garantía mínima y primordial que "se debe respetar en el marco del

> debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía […]". Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte ha interpretado que el derecho a recurrir el fallo no puede ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. La Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal.
>
> 48. Además, el Tribunal ha sostenido que el artículo 8.2.h) de la Convención se refiere a un recurso ordinario, accesible y eficaz, es decir que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente, es decir que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes, y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea.
>
> Ello requiere que pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho.
>
> Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria (Caso Gorigoitía vs. Argentina, Sentencia de 2 de septiembre de 2019)."

De manera preliminar, se puede concluir que, para la CIDH, el derecho a recurrir debe ser eficaz, en el sentido que debería garantizar una revisión o corrección íntegra del fallo impugnado, en hechos y en derecho, en caso de error judicial y por un tribunal distinto y de superior jerarquía. Debe ser un recurso sencillo y accesible, sin mayores requisitos. De la lectura del literal h) se podría advertir que se trata de un derecho inevitable en procesos penales, y evitable en procesos civiles, laborales o de otra especialidad, pero creemos que la redacción de la disposición en cuestión, permite concluir que es un derecho garantizado en sede penal, pero, finalmente, de todo justiciable de

poder recurrir una resolución judicial, sea cual fuere la especialidad del proceso, más en penal es ineludible.

Además, la CIDH no especifica los requisitos, sólo indica que deben ser sencillos. En cuanto a los alcances de los efectos, reiteramos que debe ser un recurso *"eficaz"*, entendiendo que debe ser capaz -o adecuado- de corregir la resolución impugnada en caso se encuentren errores en la apreciación de hechos o en la aplicación del derecho. Por tanto, lo que decida el superior debe ser una decisión capaz de corregir, revertir, enmendar la decisión impugnada.

Ahora bien, en sede nacional el derecho a recurrir un fallo también está reconocido constitucionalmente. Dicho derecho está relacionado con el derecho a la pluralidad de la instancia – como vimos-, el mismo que aparece en el numeral 6, artículo 139 de la Constitución Política del Perú. El Tribunal Constitucional ha establecido algunos de sus alcances, por ejemplo, en el fundamento jurídico 2.3 de la STC 05410-2013-PHC:

> "El derecho a la pluralidad de instancias forma parte del debido proceso judicial y goza de reconocimiento a nivel internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos (…).
> El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139º, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3, de la Norma Fundamental (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, fundamento 2; 5019-2009-PHC, fundamento 2; 2596-2010-PA; fundamento 4).
> Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que "tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal" (Cfr. RRTC 3261-2005-PA, fundamento 3; 5108-2008-PA, fundamento 5; 5415-2008-PA, fundamento 6; y STC 0607-2009-PA, fundamento 51). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también

> conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139º, inciso 14, de la Constitución.
> Ahora bien, cabe señalar que este Tribunal ha advertido que el derecho sub exámine, también denominado derecho a los medios impugnatorios, es uno de configuración legal conforme lo ha establecido en la STC 4235-2010-HC/TC: "…el derecho a los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior" (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, fundamento 4; 10490-2006-PA, fundamento 11; 6476-2008-PA, fundamento 7).
> Ha precisado también que: "(…) El hecho de que el derecho a la pluralidad de la instancia ostente un contenido esencial, y, a su vez –en tanto derecho fundamental de configuración legal–, un contenido delimitable por el legislador democrático, genera, entre otras, una consecuencia inevitable, a saber, que el referido derecho "no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso" (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, fundamento 3; 5019-2009-PHC, fundamento 3; 2596-2010-PA; fundamento 5, STC N.° 4235-2010-PHC, fundamento 13)."

De lo expuesto, el Tribunal Constitucional se mantiene en la línea de lo establecido en la CIDH. Es importante añadir lo siguiente:

> "5. (…) En el Expediente 5194-2005-PA/TC, el Tribunal precisó que el derecho de acceso a los recursos es uno de configuración legal, por lo que corresponde al legislador establecer los requisitos que deben cumplirse para que sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que deben seguir. Su contenido constitucionalmente protegido garantiza, entonces, que no se establezcan y apliquen condiciones de acceso que tengan el propósito de disuadir, entorpecer o impedir irrazonable y desproporcionadamente su ejercicio. Sin embargo, queda excluida de ese ámbito de protección la evaluación judicial practicada en torno al cumplimiento o no de las condiciones o requisitos legalmente previstos" (STC 01443-2016-PHC).

En tal sentido, el derecho a recurrir una resolución judicial, forma parte del debido proceso y está asociado al derecho de defensa, *"en la medida que permite a las partes el reexamen de las decisiones adoptadas por el juez por cualquier error de juicio o de procedimiento"* (Priori 2019: 113):

Debe quedar claro, así mismo, que es un derecho con un contenido esencial y con un aspecto de configuración legal. Por ello, tendrá un aspecto

indisponible y otro que el legislador podrá regular libremente sin desnaturalizar, obviamente, los aspectos esenciales del mismo.

Por lo pronto, podremos establecer que el derecho a impugnar es el *"derecho que tiene las partes a cuestionar las decisiones jurisdiccionales que les causen un agravio"* (Priori 2019: 113) y, en nuestra opinión, tiene como contenido esencial los siguientes elementos:

- Ser un recurso que deba ser revisado por un juez diferente y de jerarquía superior.
- Ser un recurso ordinario, sencillo y eficaz, entendiendo este último como la capacidad de que el superior pueda revertir o corregir los errores del inferior, de haberlos.
- Además, si bien en la CIDH se puede restringir como inevitable en procesos penales, en el Perú no hay esa distinción, conforme a la Constitución y al TC, por lo que este derecho se debe cumplir en todo tipo de proceso. Ello genera que, si se desea un proceso de instancia única, debe haber una modificación constitucional.
- Es un derecho de configuración legal, por lo que si bien debe estar presente en todo tipo de procesos, sus requisitos y modalidad de admisión y darle trámite son determinados por el legislador, siempre que se trate de un recurso sencillo, de duración razonable, que garantice la revisión y corrección, de corresponder, por un órgano jurisdiccional superior, y el marco legal no convierta en ilusorio dicho derecho.

En relación a la eficacia del recurso, consideramos que se relaciona con que la decisión que emita el superior sea nulificante o revocatoria:

> "La identificación de estos errores es muy importante pues el medio de corregirlos es diferente. Los errores de juicio se corrigen a través de la revocación. La revocación supone que el órgano que revisa la decisión dicta otra que sustituye a la anterior. Los errores de procedimiento se corrigen a través de la nulidad. La nulidad, en cambio, supone que el órgano que revisa la decisión emite una decisión por la que se le resta eficacia a la decisión revisada, pero con la consecuencia de que el que emitió la decisión revisada debe volver a emitir otra que sustituya a la anterior" (Priori 2011: 113).

Reiteramos, siempre y cuando lo que decida el superior pueda corregir la resolución impugnada, el legislador nacional tiene libertad para configurar no solo los requisitos para la concesión del recurso, sino las condiciones bajo las cuales éste se concede (alcances), siempre y cuando se garantice la sencillez y la eficacia. Bajo este punto de vista, es perfectamente posible que, en algunos casos, debidamente sustentados, el legislador establezca que el recurso de apelación contra la sentencia emitida en un proceso de desalojo se conceda sin efecto suspensivo o con efecto devolutivo.

Ahora bien, ¿es exigible la doble instancia en un proceso civil de desalojo? Como hemos dicho antes, en el Pacto de San José el derecho al recurso parecería extenderse a todo tipo de procesos más allá de los penales. Más si queda duda, lo cierto es que el texto constitucional en el Perú permite extender las exigencias de dicho derecho a toda especialidad de procesos, más allá de los penales.

> "Por lo tanto, en el sistema constitucional peruano, el derecho a la impugnación está configurado con los siguientes requisitos mínimos que deben ser respetados en todo proceso:
> - Es un derecho exigible en todo proceso y no solo en el proceso penal.
> - El medio impugnatorio que debe regularse es el recurso de apelación (…). Porque la apelación es un medio impugnatorio que permite que otro órgano jurisdiccional revise la decisión del juez por cualquier error de hecho o de derecho con facultades de anular o revocar la decisión que adolece de error.
> - Las decisiones que deben ser susceptibles de esa necesaria revisión son las sentencias y los autos que ponen fin al proceso o impiden su continuación. Ello porque son las decisiones que ponen fin a la instancia o impiden continuarla; por ello, en esos casos, la revisión es absolutamente necesaria para satisfacer las exigencias constitucionales" (Priori 2019: 214-215).

Sin embargo, siendo un texto de configuración legal, los requisitos y condiciones bajo las cuales se conceda un recurso de apelación pueden ser modelados por el legislador, siempre y cuando sea un recurso que sea ordinario, sencillo, eficaz y sea resuelto por un órgano judicial jerárquicamente superior.

En tal sentido, nuestra propuesta es que en el proceso civil único civil de desalojo, una vez emitida sentencia en primera instancia, el recurso de apelación debería ser concedido sin efecto suspensivo o con efecto devolutivo.

Creemos que este aspecto del derecho a recurrir no es parte de su contenido esencial, más se debe determinar si la regla propuesta es razonable y se encuentra dentro de los límites de sencillez y garantía de una revisión por el superior.

Nuestra propuesta se enmarca en una necesidad de realizar el derecho a la tutela judicial de los arrendatarios, específicamente el de ejecución de resoluciones judiciales, al estar este aspecto al derecho a que el proceso sea resuelto en un plazo razonable.

Este derecho está reconocido en el artículo 8.1 del Pacto de San José:

> "[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

Ciertamente la duración razonable del proceso dependerá de cada caso. Es decir, no todos los procesos deberán durar lo mismo, ya que la razonabilidad estará definida, caso por caso. Lo que sí puede decirse es que una duración prolongada en cualquier proceso supone una violación a la tutela judicial Efectiva. En el caso López Álvarez vs Honduras, sentencia del 1 de febrero del 2006, la CIDH estableció:

> "128.- El derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable; una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales."

Sobre este mismo derecho, la doctrina nacional nos dice:

> “No existe el derecho fundamental a un proceso rápido. Existe un derecho fundamental a que el proceso dure un plazo razonable, en el que no existen dilaciones indebidas. Sin embargo, sí existe un derecho a que el proceso sea rápido cuando existan razones de urgencia que ameriten una decisión jurisdiccional que se deba dictar sin más demora” (Priori 2019: 117).

Nótese que si bien en la naturaleza sumarísima del presente caso (proceso civil de desalojo) no hay una razón de urgencia jurídica en la satisfacción del derecho de los arrendadores (de restitución del bien inmueble cedido en posesión) creemos que siendo un proceso “fácil”, estamos ante un factor que también justifica que sólo habrá razonabilidad en la duración de este proceso, si la pretensión se resuelve rápidamente.

Por ejemplo, en el caso antes mencionado, la CIDH refirió algunos criterios que ayudan a determinar la razonabilidad del proceso:

> “132. Para examinar si en este proceso el plazo fue razonable, según los términos del artículo 8.1 de la Convención, la Corte tomará en consideración tres elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales.”

Estos criterios también han sido adoptados por nuestro Tribunal Constitucional:

> “4.
> (…) ha precisado que se deben evaluar los siguientes criterios
> i) la complejidad del asunto, en el que se consideran factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil.
> ii) la actividad o conducta procesal del interesado, en el que se evalúa si su actitud ha sido diligente o ha provocado retrasos o demoras en el proceso, por cuanto si la dilación ha sido provocada por él no cabe calificarla de indebida. En ese sentido, habrá que distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la actitud obstruccionista o la falta de cooperación del interesado, la cual estaría materializada en la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta se

> encontraban condenados a la desestimación. En todo caso, corresponde al juez demostrar la conducta obstruccionista del interesado; y,
> iii) la conducta de las autoridades judiciales, donde se evalúa el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa. Para ello, será preciso examinar las actuaciones u omisiones de los órganos judiciales en la tramitación de la causa. Las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; la suspensión reiterada e injustificada del juicio oral; la admisión y/o la actuación de una prueba manifiestamente impertinente; la reiterada e indebida anulación por parte del órgano jurisdiccional de segundo grado respecto de las decisiones del órgano jurisdiccional de primer grado, etc., vienen a ser ejemplos de lo primero. La inobservancia injustificada de los horarios para la realización de las diligencias; la demora en la tramitación y resolución de los medios impugnatorios, etc., vienen a ser ejemplos de lo segundo.
> Estos criterios permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido o no, y han de ser analizadas caso por caso: es decir, según las circunstancias de cada caso concreto (STC 00295-2012-PHC).”

De este modo, creemos que en el proceso de desalojo se justifica plenamente que la sentencia emitida sea apelable sin efecto suspensivo, ello no sólo por la simplicidad del proceso, sino también por el carácter sumario de la controversia, ya que estamos ante un caso *“fácil”* y en el que, los alcances de la actividad probatoria, es reducida y muchas veces directa, y en la gran mayoría de casos estamos ante dos partes, no una multiplicidad de actores procesales. Por tanto, entendemos que la probabilidad de error judicial es baja, existiendo un alto grado de objetividad, podemos esperar una ejecución rápida de la sentencia, con poca posibilidad que sea anulada o revocada.

Otro asunto pertinente es que en el Perú el hecho que un juez ejecute una decisión apelada, aún cuando sea de efecto devolutivo, es difícil. En este sentido, deben encontrarse fórmulas que permitan la ejecución de las sentencias de manera prudente.

> “Sin embargo, la apelación no-suspensiva puede ocasionar perjuicios a la parte que sufre una ejecución anticipada, si es que posteriormente la instancia superior revoca la sentencia. ¿Qué hacer para minimizar estos casos? Desde luego, no es aconsejable

> otorgarle discrecionalidad al juez para determinar lo más conveniente en cada situación concreta.
> (…).
> Por tal razón, se propone que la apelación sea no-suspensiva EN TODOS LOS CASOS, pero tomando en cuenta las siguientes reglas adicionales:
> - El juez NO es responsable por la ejecución anticipada, salvo negligencia inexcusable o dolo.
> - El único responsable por la ejecución anticipada es el que la pide, esto es, el demandante. Empero, esta responsabilidad sólo será procedente cuando haya implicado la ocultación de hechos o pruebas, o se haya procedido con dolo.
> - En los casos en que el perjuicio sea absolutamente irreparable, el juez podrá exigir una garantía para la ejecución.
> En todos los demás casos, y por regla general, la ejecución se realiza en forma inmediata y sin necesidad de garantía" (Gonzáles 2006: 110).

Bajo esta perspectiva, se podrán obtener ejecuciones prontas de sentencias que tiene una perspectiva de ser confirmadas proporcionando tutela al justiciable.

Por otro lado, una posición alternativa sería la del proceso de instancia única, el que consideramos una solución viable, por lo que nos ocupará una revisión adicional, más tiene el impedimento de necesitar una modificación constitucional. Sin embargo, la única instancia está exenta de revisión alguna, lo que puede generar siempre errores que no puedan ser revisados, esta sería una desventaja frente a nuestra propuesta de un recurso sin efecto suspensivo.

Consideramos que, nuestra propuesta, regula de una manera razonable el derecho a recurrir -o pluralidad de instancia- imponiendo que el recurso no tenga efecto suspensivo, garantizando su sencillez -como los requisitos impuestos al recurso de apelación- y la revisión del mismo.

3.4.4.2. <u>Proceso de instancia única.</u>

Como hemos mencionado, otra posible solución es que el proceso de desalojo sea de instancia única. Solución que también va de la mano con la naturaleza *"fácil"* de este proceso, con poca probabilidad de error judicial.

Sin embargo, conforme lo concluido en líneas anteriores, un proceso de instancia única tiene como inconveniente lo establecido en el numeral 6, artículo 139, de la Constitución, disposición que establece que la pluralidad de instancia es un derecho aplicable a todo proceso judicial. No sólo penales, sino laborales, civiles, etc.

En consecuencia, proponer un proceso de única instancia tiene un inconveniente de tipo constitucional, no siendo posible adoptarlo, a menos que haya una modificación al más alto nivel normativo.

Como se sabe, en el Perú la instancia única tan solo es arbitral, pero ello es así en la medida que las partes voluntariamente se han sometido a dicha jurisdicción a través de una cláusula arbitral, aceptando que su controversia será resuelta por un laudo arbitral inapelable. A este respecto, el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, establece en su artículo 59:

> "Artículo 59.- Efectos del laudo.
> 1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.
> 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.
> (…)"

Por tanto, ha sido la voluntad de las partes la que permite dejar de lado la doble instancia para los casos arbitrales:

> "La finalidad de la doble instancia es corregir errores materiales y formales en esta segunda instancia. Por ello, se permite a las partes apelar. En el arbitraje esto no tiene sentido, porque la controversia es resuelta según la voluntad de las partes.
> En cuanto a los errores formales, estos se cuestionan por el recurso de anulación (…).
> En cuanto a los errores materiales, la principal razón por las que las partes eligen el arbitraje es porque se encuentran ante derechos que pueden disponer (…). Tanto se puede no cuestionar un asunto de

> fondo que en el Poder Judicial las partes son libres de decidir si apelan o no. Por ello, el principio de doble instancia no tiene ningún fundamento en el arbitraje.” (Amado 2015: 67)

Sobre ello, el Tribunal Constitucional ha afirmado lo siguiente:

> “5. Que, a juicio del Tribunal, la pretensión del recurrente no incide en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia, habida cuenta que:
> a) La decisión de una persona para someter una controversia determinada al conocimiento de un tribunal arbitral (…) conlleva una renuncia expresa a que dicha litis sea resuelta a través del órgano constitucional investido por la Constitución para ejercer la potestad jurisdiccional y, por tanto, que su desarrollo se realice con algunas de las garantías formales que integran el derecho al debido proceso.
> b) A parte del Derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley, cuya renuncia es ínsita a la decisión de someterse a un tribunal arbitral, otra de las garantías formales del debido proceso a las que se renuncia con dicha decisión lo constituye el derecho a la pluralidad de instancias, cuya titularidad y ejercicio está previsto sólo para el caso de las personas que deciden someter sus diferencias ante el Poder Judicial. En sede arbitral, en efecto, no está constitucionalmente garantizado que una determinada controversia necesariamente tenga que ser resuelta por una instancia plural” (RTC 3261-2005-PA)

En consecuencia, la posibilidad de un proceso de desalojo en única instancia está dada por la voluntad de las partes y, en tanto ello sea así, no sería viable nuestra propuesta de única instancia por imperio de la ley.

A pesar de ello, creemos que es viable la instancia única en los procesos sumarísimos de desalojo, dada su naturaleza de proceso de cognición sumaria, en donde la prueba es directa y el margen de error judicial es bajo. Inclusive se puede evaluar la posibilidad de que el proceso de desalojo sea de única instancia para los casos de restitución de inmueble por finalización del plazo contractual o pago de rentas u conceptos a los que está obligado el arrendatario, donde se encuentre acreditado el vínculo contractual arrendaticio y el no pago de los arriendos. En cambio, mantener un proceso de doble instancia para los demás casos de restitución (otros casos de posesión precaria que no s ehayan contemplado, o casos donde no está acreditado el vínculo contractual o el monto de la merced conductiva, también

en casos de resolución de contrato de arrendamiento por variación de uso, sub arrendamiento u otro incumplimiento contractual debidamente consignado en el contrato), supuestos en los cuales la sentencia podrá ser apelada sin efecto suspensivo.

Ahora bien, a pesar que hay poco margen -teóricamente- de error judicial, éste siempre estará presente, por lo que un proceso de única instancia siempre estará sujeto a la falibilidad judicial, en tanto ello, es más razonable que todo sea revisado por una superior instancia, lo que sería el argumento en contra que hace al proceso de instancia única una solución menos aceptable que la concesión de un recurso de apelación sin efecto suspensivo

3.4.5. Ejecución de sentencia:

Como hemos ya visto, la ejecución de las sentencias judiciales puede ser la etapa más relevante del proceso civil en general. Es la etapa donde se realiza en toda su dimensión la efectividad de la tutela judicial. Los criterios que se debe seguir en esta etapa están dirigidos por el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, reconocido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, el que establece que *"ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución"*.

> "El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ha recibido constante atención por el desarrollo de nuestra jurisprudencia constitucional. Esto se llama eficacia procesal. En ese sentido, el derecho al cumplimiento efectivo, y en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional (…). El juez de ejecución con su actuación en cada caso garantiza al mismo tiempo la vigencia del principio de independencia judicial" (Obando 2014: 244).

Sobre dicho derecho, el Tribunal Constitucional ha establecido en la RTC 00246-2012-PA, de fecha 18 de julio de 2012:

> “2. (…) el derecho a la ejecución de las resoluciones constituye una parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En efecto, en las Sentencias 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC, ha dejado establecido que “[e]l derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido” [fundamento 11]. En esta misma línea de razonamiento se ha precisado en otra sentencia que “la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela”, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que “el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte imprescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución” (STC 4119-2005-AA/TC, fundamento 64).

También en la STC 01797-2010-PA:

> “10. Después de haberse obtenido un pronunciamiento judicial definitivo, válido y razonable, el derecho analizado garantiza que las sentencias y resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos, ya que, de suceder lo contrario, los derechos o intereses de las personas allí reconocidos o declarados no serían efectivos sin la obligación correlativa de la parte vencida de cumplir efectivamente con lo ordenado mediante las sentencias judiciales.
> 11. La satisfacción de este derecho tiene por finalidad que las sentencias y resoluciones judiciales no se conviertan en simples declaraciones de intención sin efectividad alguna (…).
> (…)
> 13. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales constituye, pues, una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional y que no se agota allí, pues por su propio carácter tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. derecho a un proceso que dure un plazo razonable). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido (STC Nº 15-2001-AI, 16-2001-AI, 4-2001-AI, Fundamento 11).”

De lo expuesto, es claro que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales es tipo de derecho que busca ser *"inevitable"*, es decir, que sea inevitable el cumplimiento de lo resuelto en el proceso en su traslado a la realidad. Se busca plasmar el reconocimiento o constitución de derechos (sentencias declarativas o constitutivas), o la actuación de un hecho concreto (un mandato, típico de la sentencia de condena).

Debido a esa misma condición de inevitable, y de su propia naturaleza e importancia para la efectividad de las decisiones judiciales, toda limitación al derecho a la ejecución debe ser constitucional y, por ello mismo, sometida a un test de ponderación. Bajo este punto de vista, impedir la realización de este derecho debe ser sólo para realizar en igual o mayor medida un derecho o principio constitucional.

En el caso de un proceso de desalojo, el cumplimiento debe estar orientado a la restitución de la posesión de un bien inmueble, y si hay resistencia por parte del demandado o arrendatario o poseedor, el Poder Judicial puede hacer uso de la fuerza coercitiva del Estado, materializándola en el acto de lanzamiento, con presencia de la fuerza pública y el descerraje si fuera necesario.

Sin embargo, como hemos visto, el juez de la ejecución del proceso, como todo juez de un Estado Constitucional, también debe velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales de las partes e, inclusive, aplicar el principio de ductibilidad para la efectiva realización de los derechos de las partes. Ahora bien, en el capítulo anterior, apreciando los ordenamientos comparados, se ha podido establecer que el derecho a la ejecución de una resolución judicial que declara fundada una demanda de desalojo, podría ser suspendida o postergada en su ejecución, siempre en casos excepcionales y en beneficio de un derecho fundamental como el del derecho a la vivienda adecuada. Este caso típicamente ha sido visto en el modelo de desalojo español.

Es decir, en el momento de la ejecución judicial hay un real conflicto con el derecho a la vivienda, especialmente si estamos ante personas vulnerables.

Conforme lo hemos dicho, el derecho a la vivienda adecuada en un derecho conexo con varios otros del sistema de derechos fundamentales, todos relacionados con la dignidad de la persona y con el libre desarrollo de la personalidad. El desalojo es una medida extrema y, aunque está amparado por un debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, es necesario que el juez considera siempre las consecuencias del desalojo y la compatibilidad de esta medida con el derecho a la vivienda adecuada en casos extremos de vulnerabilidad de los demandados.

Decimos extremos pues, como dijimos, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales podría ser limitado, siempre y cuando exista un valor constitucional que debe ser realizado en una elevada intensidad. Al ser caso por caso, se debería exigir que cada juez de ejecución haga un ejercicio ponderativo tomando en cuenta las circunstancias personales y de toda índole de las partes en el proceso.

Por ejemplo, en el caso español expuesto en el capítulo anterior (segundo dictamen del Comité DESC relativo al derecho a la vivienda en el caso Ben Djazia, emitido el 20 de junio de 2017), así como resoluciones del TC y Supremo español, se llamó la atención en el hecho que el proceso de desalojo allí regulado, impone procedimientos y criterios que se deben observar cuando se va a ejecutar un lanzamiento y no hay una vivienda alternativa para los poseedores, es decir, se pierde la vivienda para pasar a vivir en la calle.

En primer lugar, el dictamen considera que el proceso de desalojo debería garantizar una actividad probatoria amplia, más allá de si el contrato esta vencido o no, o si se pagó o no, incidiendo en la situación personal de los inquilinos. Sobre este punto, consideramos que ello debería ser tomado en cuenta no para suspender el proceso, sino para que el juez ponga ello en conocimiento de autoridades competentes y se pueda evitar que los inquilinos queden en el desamparo. Estamos pensando en caso de familias con niños menores de edad, en etapa escolar o adultos mayores o personas con discapacidad. La comunicación a las autoridades administrativas sería con la finalidad que los inquilinos puedan ser reubicados provisionalmente.

Lo que se quiere decir es que la suspensión de un lanzamiento no debería estar contemplada, pero siempre se debería permitir que los inquilinos puedan exponer su situación y ser analizado por el juez de una manera sumaria. En estos casos, recordemos, el derecho a la vivienda adecuada es de prestación del Estado, como ente obligado.

Es claro que ello no impide tampoco, como es lógico, que el juez valore la situación de los arrendadores, por ejemplo, propietarios cuyo único ingreso es la merced conductiva, si se trata de adultos mayores, personas en estado de discapacidad o familias con niños cuyo ingreso debe ser garantizado con los arriendos. En este sentido, el análisis que se debe hacer siempre caso por caso sin contemplar la suspensión de la ejecución.

Nuestra propuesta en estos casos es la siguiente:

1. El proceso de desalojo sólo podrá ser suspendido en casos de caso fortuito o fuerza mayor.

2. Una vez emitida la sentencia ésta se ejecutará, mediante lanzamiento, sin posibilidad alguna de suspensión.

3. En los casos que el predio sea habitado por personas en situación de vulnerabilidad se procederá de la siguiente manera:

    - El Juez debe informar a la parte demandada, al momento del traslado de la admisión de la demanda, que en caso sean personas en estado de vulnerabilidad, lo pongan en conocimiento del juzgado, junto con los medios probatorios pertinentes, a fin que sea éste el que lo comunique a las autoridades competentes.
    - En caso los demandados no pongan en conocimiento situación alguna de vulnerabilidad, el proceso seguirá conforme su trámite sin posibilidad alguna de suspensión, salvo los supuestos indicados.
    - En caso el juez valore los medios de prueba aportados por los demandados y concluya que son personas en estado de

vulnerabilidad oficiará a las dependencias administrativas competentes a fin que informen y pongan en conocimiento al juzgado de los derechos o beneficios o alternativas que corresponden a los demandados -que puede ser 10 días hábiles, bajo responsabilidad-, en situación de vulnerabilidad, a fin que lo hagan valer directamente ante dichas instancias administrativas, de lo que se pondrá en conocimiento del juzgado.

4. Esta posición debe definir ciertos conceptos:

- Personas en situación de vulnerabilidad: Para ello puede ser de ayuda las denominadas 100 Reglas de Brasilia, sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, y actualizada en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana[209], y a las cuales el Poder Judicial del Perú se adhirió conforme consta en la Resolución Administrativa N° 266-2010-CE-PJ, del 26 de julio de 2010, y en la Resolución Administrativa N° 000198-2020-CE-PJ, del 30 de julio de 2020, publicada el 1 de agosto.

  Dichos criterios se pueden aplicar pero teniendo en consideración que fueron aprobados para el tema del acceso a la justicia, lo cual es distinto a nuestro caso donde estamos ante una colisión con el derecho a la vivienda adecuada, por lo que se tendrían que adecuar.

  Es importante ver dicha definición, contenida en la Sección 2 de las reglas:

  "(3) Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

209 https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6467c48043c072fba6e8a76745cba5c4/Reglas_de_Brasilia_actualizada.pdf?MOD=AJPERES

En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.
(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas – culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad"

Como se puede apreciar es muy amplio el supuesto para el caso de la vivienda adecuada, en ese sentido podríamos definir personas en situación de vulnerabilidad los siguientes:

"Se consideran en condición de vulnerabilidad los niños y sus padres[210], las mujeres[211], aquellas personas que por su raza, color u origen nacional o étnico[212], estado físico o mental[213], o por circunstancias sociales, económicas, entre los que se incluyen trabajadores migrantes y familiares[214], gozan de especial protección por parte del Estado para tener acceso a la vivienda."

Cada grupo deberá ajustarse a las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales de los que el Perú es parte.

Para el caso de las circunstancias sociales y económicas, el análisis deberá sr caso por caso y conforme criterios que definan

[210] Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada mediante Resolución Legislativa Nº 25278, publicada el 4 de agosto de 1990. El instrumento de ratificación fue depositado el 4 de setiembre de 1990. Vigente desde el 4 de octubre de 1990
[211] Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada por Resolución Legislativa N° 23432 del 1 de junio de 1982. El instrumento de ratificación se depositó el 13 de setiembre de 1982. Vigente desde el 13 de octubre de 1982.
[212] Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (aprobada mediante el Decreto Ley Nº 18969, publicado el 22 de setiembre de 1971. El instrumento de ratificación se depositó el 29 de setiembre de 1971. Vigente desde el 29 de octubre de 1971.
[213] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada mediante Resolución Legislativa Nº 29127, publicada el 1 de noviembre de 2007 y ratificada por Decreto Supremo Nº 073-2007-RE, publicado el 31 de diciembre de 2007. Vigente desde el 3 de mayo de 2008.
[214] Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (aprobada por Resolución Legislativa Nº 28602, publicada el 13 setiembre de 2005, y ratificada por Decreto Supremo Nº 071-2005-RE, publicado el 13 setiembre de 2005. Por comunicado, publicado en las normas legales del diario oficial El Peruano el 13 de noviembre de 2005, se informó que la vigencia para el Perú sería desde el 1 de enero de 2006.

pobreza y pobreza extrema, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática -INEI.

- Autoridades competentes: Conforme lo expuesto, consideramos que, en el tema de derecho a la vivienda adecuada, el órgano rector es el Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento (MVCS). Como órganos de apoyo el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, como dependencias que coordinen con el MVCS en proporcionar información o seguimiento a los casos vulnerables.

- Derechos o beneficios o alternativas que corresponden a los demandados, en situación de vulnerabilidad: Conforme lo expuesto en el segundo capítulo, los beneficios que ya otorga el estado peruano al regular la Vivienda de Interés Social – VIS, se refieren a alquiler de vivienda, compra de vivienda, mejora de vivienda o construcción de vivienda, a lo cual el Estado promueve acceso a créditos o subsidios.

  Atendiendo a ello, el MVCS debería informar al juzgado lo siguiente:

  a. Si existe disposición de VIS para ser adquiridas con financiamiento por los demandados.
  b. Las condiciones para acceso a alquiler de VIS.
  c. Las condiciones de mejora d vivienda o construcción de VIS, de ser el caso.
  d. Si existe para los casos extremos viviendas o albergues temporales, lo que en el segundo capítulo se denominaron las Vivienda de Interés Social de tipo Prioritaria, dirigidas a *"las personas en condición de pobreza o pobreza extrema y en especial a favor de aquellas que se encuentran asentadas en zonas declaradas de riesgo no mitigable o en situación de vulnerabilidad social"* (artículo 81.2 de la Ley N° 31313, modificada por el Decreto Legislativo N° 1674).

La propuesta debe estar sujeta a un análisis de ponderación, en la medida que se identifica como derechos en conflicto a de acceso a la vivienda adecuada y tutela judicial -de los demandados- y al de propiedad con el de la tutela judicial de los demandantes.

Como análisis de idoneidad, vemos que se trata de ponderar ambos grupos de derechos, sólo para el caso de personas en situación de vulnerabilidad. La restricción al derecho de la vivienda se aprecia en el momento del inicio de un proceso de desalojo contra personas en situación de vulnerabilidad y el peligro de su lanzamiento.

Como contraparte, si bien dichas personas van a ver su derecho amenazado y, eventualmente, vulnerado, el objetivo de la medida es que los demandados realicen los derechos constitucionales a la propiedad y a la tutela judicial -acceso a la justicia y ejecución de resoluciones judiciales. De este modo, se justifica dicha limitación, pues el objetivo es favorecer otro derecho constitucional.

Dentro el análisis de necesidad, se pasará a analizar medios alternativos al propuesto:

1. La suspensión del proceso de desalojo sea indefinida o temporal en caso de personas en situación de vulnerabilidad: Ya hemos visto en el derecho comparado la posibilidad de estas medidas legislativas.

   En el caso venezolano se ha dado suspensiones de tipo indefinido, lo que en nuestro caso supone que el derecho a la vivienda adecuada se sobrepone absolutamente sobre el derecho de propiedad y tutela judicial de los demandantes.

   A nuestro criterio, esta medida no es viable, en tanto se busca una conciliación de derechos y la imposibilidad de realización de uno.

Recordemos que el derecho a la vivienda, como se ha visto en la legislación comparada y en los instrumentos internacionales, tiene al Estado como prestador del mismo, por lo que no creemos es constitucionalmente admisible que ante la imposibilidad del Estado de proveer de dicho derecho conforme a sus posibilidades, sea el demandante del desalojo el perjudicado con ello, en la medida que el demandante no es el obligado a proveer dicho derecho, con lo que se perjudica con la inactividad del Estado.

Además, en el caso de la propiedad, se ha que visto que el sistema favorece al propietario diligente en provocar la circulación de bienes en el mercado. Con ello, una suspensión indefinida castiga a los propietarios diligentes.

Finalmente, en los casos de vencimiento del plazo del título o contrato, o resolución por incumplimiento, estamos ante una situación de ilegalidad que debe ser resuelta y amparada por el Poder Judicial. No se puede mantener esas situaciones indefinidamente que, además, también perjudica a aquellas otras personas que tienen derecho a acceder a una vivienda alquilada.

En el caso de la suspensión temporal, tenemos el caso español, que acepta legalmente la suspensión del proceso entre 2 a 4 meses. Dicha medida, si bien, más moderada consideramos que en el caso peruano no es viable, ya que, si la tendencia de todo proceso judicial es la demora en los plazos, una suspensión afectará mucho más ello y sería irrelevante.

2. El lanzamiento de los demandados: este caso es el otro extremo, y que consideramos no puede ser considerado ya que supone la preminencia del derecho de los demandantes de una situación que tampoco puede ser obviada por los jueces.

En efecto, el juez debe ser permeable a los casos especiales que se presenten y no puede imponerse no serlo frente a afectaciones a personas en situación de vulnerabilidad.

Como ponderación en sentido estricto queremos dar alcances sobre la medida de limitación del derecho a la vivienda adecuada que proponemos:

1. Se trata de imponer que el Estado asuma como prestador de dicho derecho a la vivienda, y no el arrendador. Como se ha dicho, el obligado ante dicho derecho es el Estado, por lo que no es aceptable jurídicamente que el perjuicio lo asuma una parte que, de por sí, se va a enfrentar a un proceso que dure más de lo planificado en la ley.

2. Se trata de disminuir el perjuicio del derecho a la vivienda al máximo. En efecto, con la intervención de los organismos competentes del Estado, se busca una atención directa a aquellas personas que, en virtud del derecho internacional ratificado por el Perú, accedan a la vivienda, con todas las facilidades que se puedan ofrecer.

Por ello consideramos que la afectación o restricción del derecho a la vivienda adecuada es media, para el caso de personas en estado de vulnerabilidad, en el caso del derecho de la propiedad y tutela de los demandantes el alta. Con lo que creemos se supera el test de ponderación.

Finalmente, concluimos con las propuestas del proceso único de desalojo, de vía sumarísima, en cada etapa del proceso, con la finalidad de que luego de un análisis constitucional puedan ser adoptadas, total o parcialmente, en el sistema jurídico peruano.

CONCLUSIONES

1. En el sistema jurídico peruano la propiedad y la posesión son dos instituciones diferentes, aunque muchas veces compatibles. De este modo, la propiedad es un derecho absoluto sobre los bienes, caso en el cual se pueden ejercer todos los atributos posibles y, además, es oponible *erga omnes*, sin embargo, tiene límites orientados a evitar su uso abusivo y, también, a poder servir al interés social.

   Si bien todo propietario merece protección, el sistema esta ideado para proteger aún mas a los propietarios diligentes cuyas propiedades son utilizadas para beneficio propio o insertándolas en el tráfico jurídico. En este caso, si un propietario abandona una propiedad y no le da uso, la ley contempla que puede perderla por el transcurso del tiempo, si hay otra persona que sí le da utilidad.

   Lo importante es que el sistema da protección al propietario que da uso a su bien.

2. En cambio, la posesión es un instituto que vincula uno o más de los atributos de la propiedad. Se comprueba por el uso del bien, sin importar la voluntad con la que la ejerce. Este instituto es de una gran importancia social y económica, y por ello merece protección legal, aunque carece de protección constitucional.

   En base a la relación con el bien, puede haber un derecho de posesión, que mantiene todo poseedor, sea legítimo o ilegítimo, y un derecho a la posesión, que se identifica con todo aquél que tiene un título para poseer.

   Ambos casos tienen mecanismos procesales para su protección.

3. El proceso de desalojo se trata de un proceso de naturaleza obligacional, y está orientado a la restitución de un predio o bien a quien tiene derecho a poseer el bien.

   Ya que la prueba de quien tiene derecho a la restitución del bien es sencilla, el proceso se estructura para un debate probatorio simple, por ello se denomina de cognición sumaria. Al ser un debate simple, el proceso es sencillo y, por ello mismo, breve.

   Se trata de constatar el derecho a poseer, el que se origina en un título de prueba directa, generalmente. También es importante decir que muchas veces el demandante es el propietario, por lo que el desalojo también se considera un proceso de protección de los propietarios, para que obtengan la posesión mediante un proceso expedito.

   Es importante resaltar que, al ser un proceso sumario, donde se constata el derecho a poseer, la decisión allí no es definitiva, se trata de determinar situaciones materiales, no una declaración definitiva de derechos como puede ser lo que busque un propietario en una pretensión reivindicatoria o un proceso de mejor derecho de propiedad -que, por si solo, no busca la restitución el bien-.

4. Es importante aclarar que se está ante un proceso de restitución de la posesión de predios, originados en contratos o relaciones o derechos que involucren cesión de la posesión o alguno de sus atributos, en ese sentido, no sólo estamos ante controversias que se susciten en un contrato de arrendamiento, sino, por ejemplo, en un comodato, en un derecho de uso, un usufructo o un derecho de habitación, etc.

5. La lógica de un proceso sumario de desalojo también va en la línea de que se está ante situaciones jurídicas de *"alta rotación"*, por lo que un proceso simple y sumario puede fomentar la celebración de contratos de cesión de cesión de posesión con mayor frecuencia y confianza. Ello es importante en la medida que uno de los fines más frecuentes es el arrendamiento con fines de vivienda, lo que va acorde con la solución del problema social de vivienda en el Perú.

6. ¿Cómo es el modelo del proceso de desalojo en el Perú? Actualmente, el modelo de desalojo se ha construido sobre la base de propuestas legislativas (Congreso y Ejecutivo) y judiciales (Pode Judicial), las cuales no han contribuido, en nuestra opinión a tener un proceso de desalojo simple, de cognición sumaria y breve.

   No tiene la finalidad ni las características que debería tener este tipo de proceso. Ello es así por lo siguiente:

   a. Duración excesiva del proceso.
   b. La coexistencia de 4 procesos de desalojo (regulado en el Código Procesal Civil, en la Ley 30201, en el Decreto Legislativo 1177 y el desalojo notarial). Que no dan una solución integran a todas las controversias que en materia de cesión de posesión haya. Se centran en contrato de arrendamiento y, esencialmente a fines de vivienda. Ello origina mucha formalidad en los procesos y origina dispersión de criterios jurisprudenciales.
   c. El instituto de poseedor precario distorsiona el modelo, y formaliza excesivamente el proceso, lo que tiene efectos en la competencia judicial.
   d. La carga procesal, por efectos del Cuarto Pleno Casatorio Civil se orienta principalmente a los JEC, que triplican la carga procesal de los JPL-, ello ocasiona que procesos con un debate sencillo, simple y sumario, puedan culminar en la Corte Suprema vía casación, lo que alarga el proceso en exceso.

7. Se ha advertido en la investigación que la estructura del proceso de desalojo resulta de la colisión de varios derechos o principios constitucionales, como el derecho de propiedad, o la tutela judicial, de los demandantes, y el derecho a la vivienda adecuada o digna y derecho de defensa de los demandados.

8. Sobre el derecho a la vivienda adecuada implica un contenido esencial relacionado a la seguridad jurídica de la tenencia, acceso a servicios básicos, capacidad de protección, etc, lo que los convierten en un

derecho complejo y relacionado con otros muchos derechos como la dignidad, salud, educación, trabajo y realización de la personalidad.

Si bien no tiene reconocimiento constitucional en el Perú, ello no ha sido óbice para su reconocimiento al más alto novel ni que el Estado peruano impulse mecanismos para su realización, de acuerdo a sus posibilidades.

También es importante mencionar que los instrumentos internacionales y la jurisprudencia comparada establecen que no hay incompatibilidad entre el derecho a la vivienda adecuada y un proceso de desalojo que cumpla las garantías de un debido proceso, especialmente, consultar con los demandados, darle oportunidad de que presente sus descargos, se pueda evaluar su situación y darle oportunidad de que, en casos de vulnerabilidad, el Estado pueda dar apoyo efectivo como prestador de dicho derecho

Debe destacarse que el obligado a la realización de dicho derecho es el Estado, lo cual es claro de los tratados de derechos internacionales y de la jurisprudencia de varios países consultados. En ese sentido, no son las particulares los obligados ni deben sufrir los perjuicios por el incumplimiento o demora del Estado en la realización del derecho.

9. Es importante destacar que el acceso a la vivienda en el Perú es un problema social importante. Existe un alto déficit de viviendas cuantitativa y cualitativamente hablando, problema que va creciendo.

10. Los modelos de desalojo consultados son resultado de una opción legislativa que resulta del conflicto entre el derecho de propiedad y la vivienda adecuada o digna, ello se puede apreciar en todos los países consultados. Por lo tanto, este derecho es un referente importante al momento de estructural un proceso único de desalojo.

11. En un estado constitucional de derecho, la Constitución es la constitución una normas vinculante y es mediante la ponderación donde los jueces controlan los excesos de poder. Es este método el ideal para determinar las motivaciones para que, en el caso por caso, se aprecia por que un

juez se decanta por una solución u otra favoreciendo un derecho o principio constitucional, sobre otro.

12. Se recomienda modificar el modelo de desalojo peruano por un proceso único de desalojo, el cual se seguiría bajo una vía sumarísima, y con modificaciones específicas en la etapa postulatoria, probatorioa, impugnativa y de ejecución del proceso.

13. Se recomienda que en aspectos de la etapa postulatoria se modifique lo siguiente:
    a. La derogación del desalojo express, del DL 1177 y el desalojo, a fin que el proceso único de desalojo se canalice a través del CPC, con las modificaciones propuestas. Se deje sin efecto el Cuarto Pleno Casatorio Civil en los extremos que regula
    b. Se cree un proceso único de desalojo.
    c. Las controversias deben estar relacionadas a: (i) vencimiento o agotamiento del plazo del título o contrato, (ii) Incumplimiento de obligaciones pecuniarias o no pecuniarias, (iii) Casos de posesión precaria.
    d. La modificación de las reglas de competencia judicial, estableciendo que los JPL conozcan de las controversias a que se refieren los literales (i) y (ii), y los JEC, en los casos del literal (iii), y los no contemplados expresamente.

14. Se recomienda también establecer que el demandado, en un proceso de desalojo donde se incorpora como pretensión el pago de sumas adeudadas (arriendo o mercede conductiva, servicios o pagos comunes), consigne en favor del juzgado dichos montos como condición a que se admita su contestación de demanda y poder defenderse. Además, consignar los montos que se vayan devengando durante la duración del proceso.

15. Se recomienda que en materia de actividad probatoria se admitan únicamente pruebas documentales, de actuación inmediata.

16. Se recomienda que se pueda impugnar la sentencia, más que el recurso de apelación se conceda sin efecto suspensivo.

17. En la etapa de ejecución judicial, se establezca que el proceso sólo podrá ser suspendido en casos de caso fortuito o fuerza mayor.

    Pero en los casos que el predio sea habitado por personas en situación de vulnerabilidad se procederá a debatir sobre si se encuentra acreditada dicha situación, una vez se acredite ello, se pondrá en conocimiento del MVCS, a fin que informe y ponga en conocimiento al juzgado de los derechos o beneficios o alternativas que corresponden a los demandados -que puede ser 10 días hábiles, bajo responsabilidad-, en situación de vulnerabilidad, a fin que lo hagan valer directamente ante dichas instancias administrativas, de lo que se pondrá en conocimiento del juzgado.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel

2008 *Los derechos tutelados por el amparo. El debate respecto a su contenido constitucionalmente protegido*, en: Revista Institucional de la Academia Nacional de la Magistratura No 8, Artículos y Ensayos en torno a la Reforma del Sistema Procesal Penal y Apuntes sobre la Justicia Constitucional.

ABANTO TORRES, Jaime David.

2013 *Análisis del precedente vinculante establecido por el Cuarto Pleno Casatorio Civil*, en: Gaceta Civil y Procesal Civil, No. 3, setiembre

2017 *El vencimiento del contrato de arrendamiento y la figura del ocupante precario*. http://blog.pucp.edu.pe/blog/jaimedavidabantotorres/2017/12/06/el-vencimiento-del-contrato-de-arrendamiento-y-la-figura-del-ocupante-precario/

AGUADO LÓPEZ, José G

2016 *Vicisitudes del proceso de desalojo "El amor en los tiempos del cólera": cuando el arrendador debe demandar al arrendatario la entrega del bien*, en: Todo sobre el contrato de arrendamiento, Lima, Gaceta Jurídica, p. 125-137

AGUILAR ARROYO, Yenci

2019 *Cambios en nuevo Código Procesal Civil buscan agilizar diferencias en temas de alquileres*. En: https://www.inversioninmobiliariacr.com/es/noticias/noticias-nacionales/item/1743-cambios-en-nuevo-codigo-procesal-civil-buscan-agilizar-diferencias-en-temas-de-alquileres

ÁLAMO HIDALGO, Pedro

2009 *Posesión precaria*, en: Código Civil comentado, Lima, Gaceta Jurídica

ALBALADEJO, Manuel,

1977 *Derecho Civil I*, Barcelona, Librería Bosch, t. III, v. I.

1982 *Curso de derecho civil español*, t. III.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto.

1980 *Nuevos estudios de derecho procesal*, Madrid, Tecnos

ALSINA, Hugo

2003 *Fundamentos de derecho procesal*, México, Editorial Jurídica Universitaria.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A.,

2015 *Derechos reales*, Lima: Jurista Editores.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto

2013 *El Proceso Civil en la perspectiva de los Derechos Fundamentales*. En: Derecho & Sociedad, N°40

AMADO, José Daniel

2015 *Aspectos constitucionales del Arbitraje*. En: Themis – Revista de derecho, N° 67, p. 255-260

ANGELUDIS TOMASSINI, Cristian

2019 *Algunos alcances sobre la Ley que regula el procedimiento especial de desalojo con intervención notarial y lineamientos para un proceso de desalojo único*. En: Actualidad Civil, N° 61, julio, p. 280 - 292

ARIANO DEHO, Eugenia.

2015 *Impugnaciones procesales*, Lima, Instituto Pacífico.

ARRISUEÑO, Gabriel y TRIVEÑO, Luis.

2021 *La vivienda digna clave para una recuperación sostenible*, en: Moneda; N° 186, p. 15-19 https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-186/moneda-186-03.pdf

AVENDAÑO ARANA, Francisco,

2012 *Los derechos reales en la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge,

1986 *La posesión ilegítima o precaria*, en: Themis, Lima, No. 4.

1990 *Derechos Reales. Materiales de enseñanza para el estudio del libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú

1994 *El derecho de propiedad en la Constitución*, en: Themis, noviembre 1994

AVENDAÑO V., Jorge y AVENDAÑO A., Francisco,

2017 *Derechos reales*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge y MEJORADA CHAUCA, Martín.

2013 *Discusión en torno al Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre el concepto de posesión precaria*, en: Ius et Veritas; Vol. 23, No. 47, p. 352-358

AZOFEIFA VINDAS, Georgina María y BOLAÑOS AGUIAR, Ana Marcela

2016 *Análisis jurídico del desahucio en los arrendamientos civiles y comerciales a la luz de la Ley 9160: Monitorio Arrendaticio*, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.

BAZAN, Víctor

2015 *Derechos económicos, sociales y culturales: su fundamentalidad, exigibilidad y otras cuestiones en los ámbitos jurídicos internos y el desafío de su justiciabilidad directa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer – Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica.

BENITO SÁNCHEZ, Juan Carlos

2019 *Los pronunciamientos del Comité DESC sobre Derecho a la Vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas*. En: Lex Social, vol. 9, núm. 2

BERIZONCE, Roberto O.,

2010 *Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas*, en: Ius et Veritas, No. 40

BERNAL PULIDO, Carlos

2003 *Estructura y límites de la ponderación*. En: DOXA, N° 26, p. 225-238

2007 *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?* En: DOXA, N° 30, p. 273-291

BORDA, Guillermo A.

1989 *Manual de derechos reales*. Buenos Aires, Perrot.

BURGA CORONEL, Angélica María

2011 *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. En: Gaceta Constitucional, N° 47, p. 253-267

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo

2001 *El derecho a probar como elemento esencial de un Proceso Justo*, Lima, ARA Editores

CALAMANDREI, Piero:

1946 *El Procedimiento Monitorio*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina.

CARBONNIER, Jean,

1965 *Derecho Civil,* Barcelona, Bosch, t. II, v. I

CARNELUTTI, Francesco,

1960 *Instituciones del Proceso Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. III

CARRILLO LOZADA, Alfredo y GIANOTTI PAREDES, Sergio

2013 *Cosa Juzgada vs. ¿Cosa Juzgada? Sobre la inmutabilidad de las resoluciones judiciales provenientes del Proceso de Ejecución*. En: Ius et Veritas, N° 47, Diciembre.

CASTÁN TOBEÑAS, José

1964 *Derecho civil español*, *común y foral*, Madrid, Instituto Editorial Reus, t. II, v. I.

CASTILLO-CÓRDOVA, Luis

2005 *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Repositorio Institucional Pirhua – Universidad de Piura, https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1

2006 *El derecho de propiedad como objeto de protección del Proceso de Amparo*, en: Normas legales: análisis jurídico: doctrina, jurisprudencia, consultas, documentos, 2 (360), p. 165-180

CENTRO DE INVESTIGACIÓN, DOCUMENTACIÓN Y ASESORÍA POBLACIONAL – CIDAP

2010 *El derecho a la vivienda digna, también es un derecho humano*. En: https://issuu.com/vlaura/docs/derecho-vivienda-peru

CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO - CEPLAN

2011 *Plan Bicentenario*, Lima, CEPLAN

CHAMORRO BERNAL, Francisco

1994 *La tutela judicial efectiva*, Barcelona, Bosh

CHIOVENDA, Giuseppe.

1948-1954 *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, t. I.

COLERIO, Juan Pedro

2002 *El juicio de desalojo y las reformas de la ley 25.488*. En: Revista Abogados. Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, N° 56

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS

2017 *Dictamen aprobado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de la comunicación núm. 5/2015*. En: https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuWwFxY1mqLbp5EEjeL2wr8QZ5yGdFWeZK8t%2BOYmr%2FpqooooDrULo4nTNRoacaMIyCwOPIiVFYGqGKWwICkSlZEWvafpCQubeyVivaF1E1Kjt6qzgHzYnWNBFTH3LCPQeReA%3D%3D

CONCEJO PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA

2021 *Política Pública de Reforma del Sistema de Justicia*, Ministerio de Justicia. En: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2016540/POLITICA%20PUBLICA%20DE%20REFORMA%20DEL%20SISTEMA%20DE%20JUSTICIA.pdf.pdf

DEVIS ECHANDÍA, Hernando.

1966 *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, Aguilar

1984 *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, t. I

DIEZ-PICASSO, Luis y GULLON, Antonio

1979 *Sistema de derecho Civil*, Madrid, Tecnos, v. III

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José.

1997 *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*, en: Ius et veritas, Año 8, no. 15 (Nov. 1997)

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DE ACTUALIDAD JURÍDICA (EIAC)

2016 *Los procesos de desalojo: desalojo ordinario, desalojo express y proceso único de ejecución de desalojo*, en: Actualidad Jurídica, Lima, No. 269, abril de 2016

FORNACIARI, Mario

1987 *Modos anormales de terminación del proceso*, Buenos Aires, Depalma

GARCÍA CHÁVARRI, Abraham

2013 *Inclusiones y exclusiones en el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad*, en: Actualidad Jurídica. Lima, septiembre.

GONZÁLES ALVAREZ, Roberto,

2015 *El desalojo y la vía de ejecución en el régimen de promoción del arrendamiento para la vivienda ¿proceso único de ejecución" o*

“procedimiento de cognición cerrada”?, en: Gaceta Civil y Procesal Civil, No. 22, setiembre 2015

GARCÍA AMADO, Juan Antonio.

2007 *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. Derechos Sociales y Ponderación,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

GONZALES MANTILLA, Gorki.

2009 *Los Jueces. Carrera Judicial y Cultura Jurídica.* Lima, Palestra.

GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán

2005 *Derechos reales*, Lima, Jurista

2006 *Propuestas de reforma en la justicia civil*. En: Foro Jurídico, N° 5, abril, p. 105-118

2013 *Acción reivindicatoria y desalojo por precario*, en: Derecho y cambio social, No. 34, año X

2014 *La posesión precaria*, Lima, Jurista Editores

2016 *Proceso de desalojo (y posesión precaria),* Lima, Jurista Editores

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto.

2005 *El derecho a la igualdad*, en: Pensamiento Constitucional; Vol. 11, No. 11 (2005); 307-334

HURTADO REYES, Martín,

2006 *Tutela Procesal Diferenciada*, Lima, Palestra

IHERING, Rudolf von

2003 *La Posesión*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA - INEI

2018 *Encuesta Nacional de Programas Presupuestales 2011-2017*, Lima, INEI

JANESKY LEHMANN, Aura

2011 *El arrendamiento de viviendas en Venezuela: ficción o realidad.* En: Revista de la Facultad de Derecho, N° 65 (http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/65-66/UCAB_2011_65-66_253-300.pdf)

JIMÉNEZ RAMÍREZ, Milton César y YÁÑEZ MEZA, Diego Armando

2017 *Los procesos de única instancia en el Código General del Proceso: la Garantía Constitucional del Debido Proceso y la Doble Instancia*. En: Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, I (enero-junio), p. 87-104

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana,

2004 *La Posesión. Alcances y defensa, en: Homenaje a Jorge Avendaño*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

LA ROSA CALLE, Javier,

2004 *El acceso a la justicia como condición para una reforma judicial en serio,* en: Derecho PUCP, N° 62, 2009, p. 115-128

LAMA MORE, Héctor Enrique,

2012 *La posesión y la posesión precaria*, Lima, Motivensa

LANDA ARROYO, César

2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra.

2018 *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella

2008 *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima, Gaceta Jurídica

LIMO SÁNCHEZ, Julio Francisco

2018 *Proceso de desalojo: ¿dónde y cómo demandar según la causal invocada? En:* https://lpderecho.pe/proceso-desalojo-donde-como-demandar-segun-causal-invocada/

LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián

2015 *La propiedad y su privación o restricción en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana.* En: Ius et Praxis, Año 21, N° 1, pp. 567-568

LOUTAYF RANEA, Roberto G.

2004 *Proceso Monitorio*. En: Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. X-a, p. 495

MARINONI, Luiz Guilherme

2016 *Derecho a la tutela judicial de los derechos*. En: La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico, Lima, Palestra

MEJORADA, Martín

2004 *Fundamento de la posesión*. En: Homenaje a Jorge Avendaño, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2015 *Nueva ley de desalojo …¡ahora pues!.* En: https://gestion.pe/blog/prediolegal/2015/08/nuevo-desalojo-ahora-pues.html

2018 *¿Quién es poseedor precario?* https://legis.pe/quien-poseedor-precario-martin-mejorada/, 22 de mayo de 2018

MESSINEO, Francesco

1954 *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. III.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

2012 *Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es parte*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

MINISTERIO DE VIVIENDA CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO

2017 *Diagnóstico y perspectiva el sector vivienda*. En: http://www.adiperu.pe/wp-content/uploads/04-CARLOS-BRUCE-DIAGNÓSTICO-Y-PERSPECTIVAS-DEL-SECTOR-VIVIENDA.pdf

2022 Política Nacional de Vivienda y Urbanismo al 2030 Informe de evaluación de resultados 2021. En: https://ww3.vivienda.gob.pe/transparencia/documentos/Informe-Anual-Seguimiento-PNVU-2021.pdf

MITIDIERO, Daniel

2016 *La tutela de los derechos como fin del proceso civil en el Estado Constitucional*. En: La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico, Lima, Palestra.

MELGAREJO ALLEGRETTO, Joel

2014 *Tutela judicial efectiva y la ejecución de las resoluciones judiciales*. En: Proceso y Constitución. Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales, Lima, Palestra, p. 213-242

MONROY GÁLVEZ, Juan

1992 *La Postulación del proceso en el Código Procesal Civil*. En: Themis, N° 23, p. 33-42

2015 *Se deben eliminar los aspectos cognitivos en el proceso único de desalojo*, en: Gaceta Civil y Procesal Civil, tomo 27, setiembre, p. 13-16

MORALES GODO, Juan

2009 *Discrecionalidad e independencia del juez como base para la reforma de justicia en el Perú*. En: Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho, Lima, No. 62, junio.

2011 *El derecho de contradicción como expresión de la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. En: Proceso y Constitución, Lima, ARA Editores, p 191-211

OBANDO BLANCO, Víctor Roberto

2011 *El derecho fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva desde la perspectiva del proceso civil: nuevas tendencias*. En: Proceso y Constitución. Lima, ARA Editores, p. 143-185.

2014 *Actuación de la sentencia civil y garantías constitucionales*. En: Proceso y Constitución. Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales, Lima, Palestra, p. 243-255.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS / ONU HABITAT

El derecho a una vivienda adecuada. En: Folleto informativo N° 21/Rev. 1

ORTIZ SANCHEZ, Iván

2017 *Introducción al derecho urbanístico*, Lima, Pontifica Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial

PACHECO JIMÉNEZ, Maria Nieves y SALES, Lorena

2011 *El derecho a la vivienda: del reconocimiento constitucional a la realización efectiva. Los cambios del siglo XXI.* En: Derecho privado y Constitución, enero-diciembre

PAGÉS LL., Roberto M.

2018 *El proceso monitorio en la República Argentina: modelos adoptados y perspectivas*. En: VII Jornadas de Profesores de Derecho Procesal – Mendoza,

https://www.aadproc.org.ar/pdfs/Jornadas/2018/JornadaProfesores.Proceso%20de%20estructura%20monitoria.Roberto.Pages.pdf

PALACIO, Lino Enrique

1984 *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. VII

PALACIOS MARTÍNEZ, Eric

2015 *Tipo, tipicidad, situaciones jurídicas, subjetivas y contrato de arrendamiento*, en: Gaceta jurídica y procesal civil, tomo 27, setiembre

PALACIOS PAREJA, Enrique

2002 *La pretensión reivindicatoria: las dos caras de la moneda*. En: Ius et Veritas, No. 24, p. 83-92

PALOPOLI, Carlos Alberto

1967 *Las acciones posesorias y los interdictos.* En: Revista Jurídica de San Isidro, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Isidro, San Isidro, Argentina, T. I, p. 97-103

PÉREZ RAGONE, Álvaro

2017 *Tutela sumaria de derechos en el proceso civil: misión y visión en Latinoamérica*. En: Revista chilena de derecho privado N° 28 (https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722017000100137)

PISARELLO, Gerardo

2009 *El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales.* En: Revista catalana de dret públic, N° 38 (file:///C:/Users/User/Downloads/2174-3112-2-PB%20(1).pdf)

2013 *El derecho a la vivienda: constitucionalización débil y resistencias garantistas*. En: Chapecó, v. 14, N° 3, p. 135-158, edición especial.

PRETEL ALONZO, Efrain

2020 *El arrendamiento tras el IV Pleno Casatorio: conclusión del contrato, precariedad y acciones del arrendador para recuperar el bien*. En: Los derechos reales en los plenos casatorios y el desalojo notarial, Lima, Gaceta Jurídica

PRIETO SANCHIZ, Luis.

2002 *Derechos Fundamentales y neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.

PRIORI POSADA, Giovanni

2014 *Lineamientos para la tutela del derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional*. En: Proceso y Constitución. Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales, Lima, Palestra, p. 173-182.

2019 *El proceso y la tutela de los derechos*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PRIORI POSADA, Giovanni y ARIANO DEHO, Eugenia

2009 *¿Rechazando la justicia? el derecho de acceso a la justicia y el rechazo liminar de la demanda*, en: Themis, 2003, p. 103-123.

PUIG BRUTAU, José

Fundamentos del derecho civil, Barcelona, Bosch, t. III, v. I

QUISPE ROMERO, Jesús, ARIAS ÁVILA, Teresa, y MAQUET MAKEDONSKI, Paul

2005 *El problema de la vivienda en el Perú, retos y perspectivas*. En: INVI, vol. 20, N° 53, mayo, p. 20-44

REGGIARDO SAAVEDRA, Mario

2014 *El efecto de las sentencias en la litigiosidad de los peruanos*. En: Proceso y Constitución. Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales, Lima, Palestra, p. 421-434

RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger.

2007 *El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En: Estudios al precedente constitucional, Lima, Palestra

RAVINA, Raúl

2014 *¿Ojo por ojo, diente por diente?: Análisis de la modificación del artículo 920 del Código Civil*. En: Forseti, No. 2, p. 69-89

RIOJA BERMÚDEZ, Alex

2013 *Sobre la debatida naturaleza jurídica del proceso monitorio*. En: http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2013/01/23/sobre-la-debatida-naturaleza-juridica-del-proceso-monitorio/

ROMERO ROMAÑA, Eleodoro,

1959 *Derecho Civil: Los derechos reales*, Lima, Marco, t. I

RUIZ ALBERT, Miguel Ángel

2015 *Respuestas jurídicas de lege data al drama de los desahucios: la garantía del alojamiento alternativo y el "desalojo social".* En: ARELLANO GÓMEZ, Francisco Javier (coord.) y DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús (coord.) Aguado Montiel, Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios, Sevilla, Junta de Andalucía. Consejería de Fomento y Vivienda, 2015, p. 154-184

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos

2016 *Aproximación al contenido constitucional del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus territorios*

ancestrales. En: Derecho y Sociedad, Lima, número 47, octubre de 2016, p. 171-185

S/A

2013 *Cuarto Pleno Casatorio Civil: la redefinición del desalojo por precario*. En: Gaceta civil & procesal civil, Tomo 3 (Setiembre, 2013)

2016 *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas más frecuentes y sus soluciones*, Lima, Gaceta Jurídica

SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel,

2008 *El ocupante precario: doctrina y jurisprudencia casatoria*, Lima: Jurista.

SÁNCHEZ VERA, Wilbert

2007 *La defensa posesoria*. En: Código Civil Comentado, Lima, Gaceta Jurídica, t. V.

SALVAT, Raymundo M.,

1951 *Tratado de Derecho Civil Argentino Derechos Reales*, Buenos Aires

SAVIGNY, M. F. C. de,

2005 *Tratado de la posesión: según los principios del derecho romano*, Granada: Comares.

SEVILLA CÁCERES, Francisco

2020 *Requerimiento para impedir la enervación del desahucio*. En: https://www.mundojuridico.info/requerimiento-para-impedir-la-enervacion-del-desahucio/

SORIA, Franco

2023 *Sobre el Derecho a la Vivienda digna y su reconocimiento normativo.* En: https://enfoquederecho.com/sobre-el-derecho-a-la-vivienda-digna-y-su-reconocimiento-normativo/#_ftn1

SOSA SACIO, Juan Manuel.

2012 *¿Cómo analiza el Tribunal Constitucional la afectación al derecho a la igualdad? El denominado "examen de igualdad".* En: Gaceta Procesal Constitucional, Tomo 6, junio 2012

TECHO

2015 *Derecho a una Vivienda digna en Latinoamérica. Análisis normativo y jurisprudencial* (https://es.scribd.com/document/336611972/Derecho-Vivienda-Digna-en-Latinoamerica)

TORRES CARRASCO, Manuel Alberto,

2015 *La posesión precaria en la jurisprudencia peruana*, Lima: Gaceta Jurídica

TORRES VASQUEZ, Aníbal,

2006 *Derechos reales*, Lima: Idemsa.

VALENCIA ZEA, Arturo,

1976 *Derecho Civil*, Bogotá, Temis

1978 *La posesión*, Bogotá, Temis

VALENZUELA VILLALOBOS, Williams

2013 *Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia "Mohamed vs. Argentina" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: cuestiones a tener en consideración sobre el sistema recursivo en el proyecto de Código Procesal Civil*. En: Estudios constitucionales, Santiago, Vol.11, N° 2, Santiago (https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200019#n**)

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto
1925 *Tratado de derecho civil español*, Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, t. II

VÁSQUEZ RÍOS, Alberto,
2011 *Derechos reales*, Lima: San Marcos

VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo
2008 *Bienes*, Medellín, Comlibros

VÉSCOVI Enrique,
2006 *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis

ANEXOS