

T E X T O S U N I V E R S I T A R I O S

Carlos Alberto Celis Zapata

Casación Civil en el Perú



— Universidad —
Inca Garcilaso de la Vega

Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas
FONDO EDITORIAL

Carlos Alberto Celis Zapata

CASACIÓN CIVIL EN EL PERÚ

Serie: *Textos universitarios / Derecho*

Carlos Alberto Celis Zapata

Casación civil en el Perú



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas
FONDO EDITORIAL

FICHA TÉCNICA

Título : Casación civil en el Perú
Autor : Carlos Alberto Celis Zapata
Serie : Textos Universitarios / Derecho
Código : TU/Exxxx
Edición : Fondo Editorial de la UIGV
Formato : 170 mm X 245 mm, xx pp.
Impresión : Offset y encuadernación en rústica
Soporte : Cubierta: folcote calibre 12
 Interiores: Bond alisado de 75 g.
Publicado : Lima, Perú. Octubre de 2013
N° de edición : Primera
Tiraje : 1.000 ejemplares

UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA
Rector: Luis Cervantes Liñán
Vicerrector: Jorge Lazo Manrique
Jefe del Fondo Editorial: Fernando Hurtado Ganoza

- © UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA
Av. Arequipa 1841 - Lince / Teléf.: 471-1919
www.uigv.edu.pe
FONDO EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA
Jr. Luis N. Sáenz 557 - Jesús María / Teléf.: 461-2745 Anexo: 3712
- © Editor: Fernando Hurtado Ganoza

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°
ISBN:

A la Escuela de Post Grado "Dr. Luis Claudio Cervantes
Liñán", en el XCV aniversario de su creación

A mis hermanos:

Flor de María, Mario Ramón, María Angélica, Martha Elena, Juan Rolandi, Walter Pastor, Rosa Victoria, César Augusto, María Luz, Marco Antonio, Lucrecia y Bertha Celis

Presentación del Fondo Editorial	15
Prólogo	17
CAPÍTULO PRIMERO	
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	19
1. La administración de justicia	21
2. El juez	23
3. El proceso – sus fines	26
4. Pleno casatorio	29
5. El precedente judicial	30
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL RECURSO DE CASACIÓN COMO MEDIO IMPUGNATORIO.....	33
1. Medio impugnatorio	35
2. Evolución del recurso	36
3. Características del recurso	42
4. Medio impugnatorio extraordinario	43
5. Recurso formalista	44
6. Recurso limitado	44
7. Recurso positivo y negativo	44
CAPÍTULO TERCERO	
EVOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.....	45
1. Marco histórico	47
2. Marco filosófico	49
2.1. Filosofía del derecho	50
2.2. Filosofía del derecho de Jürgen Habermas	51
3. Límite de la investigación	59
3.1. Concepción causal y teológica	60
3.2. Autonomía del derecho procesal civil.....	61
3.3. Prohibición de obstáculos excesivos	62

CAPÍTULO CUARTO

LOS SISTEMAS CASATORIOS EN EL DERECHO COMPARADO 63

1. Sistema francés	65
2. Sistema alemán	66
3. Sistema español	67
4. Función peruana	67
5. Causales comunes en la legislación comparada.....	68
5.1. La violación de la ley como causal de casación	68
5.2. Formas en que se manifiesta el error in judicando antes de la modificatoria Ley 29364	68
5.3. Formas en que se manifiesta el error in procedendo antes de la modificatoria Ley 29364	69
5.4 Causales contenidas en la Ley 29364	69
6. Procedencia excepcional del recurso de casación	69

CAPÍTULO QUINTO

EVOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PERÚ 71

1. Antecedentes históricos en el Perú	73
2. Desarrollo del recurso de casación.....	75
3. Trascendencia del recurso.....	78
4. En la legislación comparada	80
4.1. En Francia	80
4.2. En España.....	82
4.3. En Argentina	83
4.4. En Alemania.....	85
4.5. En Italia.....	87

CAPÍTULO SEXTO

EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PERÚ 91

1. Del recurso de casación	91
1.1. Igualdad ante la ley	92
1.2. Principio de seguridad y certidumbre jurídica	93
1.3. Previsibilidad de los fallos judiciales	93
2. Función nomofiláctica	94
3. Función uniformadora	95
4. Función dikelógica. La justicia al caso concreto	95
5. Control de logicidad.....	96
6. Fines de la casación	98
6.1 Canales del recurso	100
7. Admisibilidad; procedencia e inadmisible del recurso	101
7.1. Admisibilidad.....	101
8. Trámite del recurso	105
8.1. Por ante la corte superior; ante la sala suprema y de las partes en conflicto.....	105

9. Sentencias supremas casatorias	107
9.1. Vista de la causa con informe oral	107
9.2. Vista de la causa sin informe oral	108
9.3. Sentencia fundada; sus efectos	109
10. Ejecutorias supremas casatorias.....	110
CAPÍTULO SÉPTIMO	
JURISPRUDENCIA - DOCTRINA JURISPRUDENCIAL	
PLENOS CASATORIOS – PRECEDENTES JUDICIALES	113
1. Jurisprudencia; definición; caracteres é importancia	115
1.1 Definición.....	115
1.2 Importancia.....	116
2. Características de la jurisprudencia	117
3. Los precedentes judiciales o doctrina jurisprudencial	118
3.1. Precedente judicial en el sistema romano- francés.....	118
3.2. Precedente judicial en el “comom law” o sistema anglosajón.....	119
4. Evolución del precedente judicial en el Perú.....	120
5. Los plenos casatorios en el Perú	121
5.1. Primer pleno casatorio Yanacocha- Cajamarca. Mercurio. Cas N° 1465-2007	123
5.2. Segundo pleno casatorio- prescripción adquisitiva de dominio. Lambayeque. Cas 2229-2008	124
5.3. Tercer pleno casatorio, indemnización por daños. Puno. Cas N° 4664 -2010.....	125
5.4. Cuarto pleno casatorio. Desalojo por ocupante precario. Ucayali. Cas N° 2195-2011.....	127
6. Doctrina jurisprudencial.....	127
6.1. Estado de cosas inconstitucionales	128
7. Ejecutorias supremas	130
8. Multas; costas y costos.....	132
CAPÍTULO OCTAVO	
LA CASACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA REALIDAD	135
1. Situación legal de los colitigantes.....	137
2. El sentido humano del juez en el proceso.....	139
ANEXO I	141
• LEY 29364, del 28 de mayo de 2009.....	141
ANEXO II	151
• PLENOS CASATORIOS	151
• RESOLUCIONES JUDICIALES SUPREMAS CASATORIAS.....	151
Glosario	183
Bibliografía	189

Presentación del Fondo Editorial

XXXX

CARLOS ALBERTO CELIS ZAPATA

Doctor en Derecho, Juez Supremo cesante, Carlos Alberto Celis Zapata, académico, profesor de materias civiles en postgrado de diversas universidades del país, siempre preocupado por materializar en libros o revistas sus opiniones y experiencias en relación con las ciencias jurídicas, en especial en el recurso extraordinario de casación.

Es para mí doblemente grato prologar esta tercera obra de un gran colega, amigo y distinguido catedrático que trasmite su experiencia valiosa, adquirida en los años dedicados a la labor jurisdiccional, para que sea utilizada por hombres y mujeres estudiantes de Derecho, y para todos los que transitan el ejercicio profesional de la abogacía.

Esta edición rehace a la primera, en mérito a la publicación de la Ley N° 29364, en el diario oficial El Peruano, el 28 de mayo del 2009, que modifica el Artículo 384°, hecho que motivó al jurista a elaborar la reedición de su obra Casación civil en el Perú 2008.

Esta nueva obra es un libro compuesto de ocho capítulos. Desde el inicio el autor da una visión general del escenario donde se desarrolla el recurso de casación, calificado como extraordinario porque sólo los jueces supremos son los llamados a conocerlo, calificarlo y resolverlo. Los abogados deben estar bien enterados y conocer las características de esta institución, para que estén en capacidad de sustentarlo y lograr que la justicia llegue al caso concreto, y se cumpla así el fin para el cual ha sido creado. Solo así los abogados y litigantes no lo verán inalcanzable.

Cabe resaltar la inserción de anexos, como resoluciones del Supremo Tribunal Judicial Casatorio, pues para considerarse abogado con pleno conocimiento de causa no basta el conocimiento de las normas legales contenidas en el derecho objetivo, sino que la formación del criterio jurídico necesita del análisis de las pruebas relevantes, de los hechos y del conocimiento de la jurisprudencia, para conocer así los fundamentos que inspiran a los jueces que integran las Salas Supremas Casatorias.

En esa dirección es destacable el tino del autor al incluir en su obra los plenos casatorios con su comentario, que de seguro servirán de guía, muy en especial para los colegas abogados, quienes podrán invocarlos para alcanzar el éxito de sus patrocinadores.

De allí que no puedo terminar este prólogo sin antes evidenciar la profunda satisfacción que me inspira la publicación de la segunda edición del libro Casación en el Perú,

que yo prologué el año 2008, y animo una vez más al autor a que continúe con su labor difusora para el mejor conocimiento del recurso extraordinario casatorio. Estoy seguro que sus aportes contribuirán para que nuestra sociedad civil tenga la confianza de que con la actualización de las normas y leyes, provistas todas ellas de una profunda aplicación técnica, jurídica, científica y sobre todo humana, se llegue a la justicia en paz.

Doctor Aníbal Torres Vásquez
Ex consejero

CAPÍTULO PRIMERO



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El conflicto de intereses individuales está en la base de la sociedad moderna, cuyos valores son distorsionados o quebrantados precisamente porque convivimos entre personas y no entre ángeles y querubines. Es más, con el avance de la ciencia y tecnología y la mundialización del mercado, que caracterizan a la globalización, el factor económico es cada vez más determinante en la vida y relaciones de las personas, instituciones y organizaciones; y esto no viene a ser más que buscar el ‘tener’ y olvidar o relegar el ‘debe ser’, como principio axiológico en la vida humana.

Como se sabe, el Estado reglamenta y rige la convivencia en sociedad. Para este fin tiene entre sus funciones la dación y expedición de leyes, a través de sus órganos administrativos. Al Poder Judicial corresponde la interpretación y aplicación de la ley y la resolución de las controversias, en busca de la paz social en justicia; es decir, resolver los conflictos y sancionar a quienes perturben la tranquilidad pública, la paz social. Por esta razón el Poder Judicial es indispensable en la sociedad.

Algunos pensadores del derecho refieren que la administración de justicia no solo tiene que ver con la ‘aplicación del derecho’ (entendida como la formulación ‘pura’ del conocido silogismo judicial), sino también con un ‘acto de voluntad’ (como lo reconoce Hans Kelsen), en el que la lógica jurídica (razonamiento sobre la base de premisas normativas) está influenciada por la cosmovisión del juez, sus creencias, sus valores morales.

El filósofo brasileño Miguel Reale (1910 – 2006) propone su Teoría Tridimensional del Derecho, con una visión integral basada en la relación entre el contenido de la norma, la conducta de la persona frente a la norma, y el sentido de valor, que revela que la vida del derecho no depende únicamente —como lo sostiene Hans Kelsen— de

la interpretación de la norma, por cuanto ésta varía en razón a las mutaciones de la sociedad en los planos de los hechos y de los valores. La propuesta plantea como fin una administración de justicia más resplandeciente, de la cual hablaban juristas como Luis Recasens Siches (1903 – 1977), Legaz Lacambra (1906 – 1980) y Werner Goldschmidt (Berlín 1910 - 1987.)

Por su parte, la teoría egológica del derecho, del maestro argentino Carlos Cossio (1903 – 1987) desarrolla una nueva sistemática de la ius filosofía, centro irradiante de una nueva creencia acerca de la ciencia jurídica, en la que Cossio está convencido de que la creencia jurídica es posible nuevamente de verdad, a partir de otra perspectiva sobre la realidad jurídica, es decir, la egología¹.

Para Fernando de Trazegnies² “el Poder Judicial se ha cerrado sobre sí mismo, se ha aturcido con sus propios problemas y ha perdido de vista que es un servicio público como cualquier otro y que como tal tiene que dar solución a los problemas de los ciudadanos (...)”. Parodi Remón sostiene que “más bien actúa como un orden religioso hermético, que como una empresa de servicio al justiciable”.³

La subsistencia de malos hábitos y aplicaciones metodológicas obsoletas, sumadas a procedimientos engorrosos, retardan innecesariamente la administración de justicia. Así mismo, la utilización de un lenguaje poco accesible al común de la gente, dificulta su entendimiento, al punto en que, tras la lectura de una sentencia, el justiciable tiene que preguntar al letrado si ha ganado o ha perdido el juicio; y esto es así porque la Corte Suprema Casatoria, en ciertos casos por acatar formalidades o ritualidades, omite fundamentar y explicar su decisión en forma coherente y clara. Al respecto, es menester que se cumpla con lo señalado en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se requiere un proceso de reingeniería para el surgimiento de un nuevo Poder Judicial que pueda hacer frente a las exigencias apremiantes de la agitada época en que vivimos. Para este propósito es necesario cimentar condiciones como la cabal formación jurídica de quienes se encargan de la administración de justicia, sobre la base de principios axiológicos, del profundo sentido humano y del control de la sociedad civil, tomando en cuenta la teoría del derecho de Hans Kelsen, la egológica de Carlos Cossio, y la teoría tridimensional de Miguel Reale. Este clamor ha sido escuchado por los legisladores, no ha sido plasmado filosófica ni tecnológicamente con la dación y modificatoria de la institución casatoria por la Ley 29364, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de mayo del 2009 y entrada en vigencia a partir del 27 de noviembre del 2009.

1 Cossío, Carlos (1987) *Radiografía de la Teoría Egológica del Derecho*.

2 Trazegnies De, Fernando (1996) *Reflexiones sobre la sociedad civil y el Poder Judicial*.

3 Parodi Remón, Carlos (1996) *El Debido Proceso*.

2. EL JUEZ

El procesalista y profesor universitario Carlos Parodi Remón, en su obra *El Derecho Procesal del Futuro*, sostiene que quien administra justicia, quien dice derecho, quien determina lo que corresponde a cada hombre, es también un hombre. El olvido de esta verdad elemental es el inicio de la deformación de la llamada ‘independencia judicial’.

El juez, a quien se le inviste de la jurisdicción (función de resolver los problemas inter-subjetivos de interés, con relevancia jurídica), no cambia ni puede cambiar su idiosincrasia, sus características, y cuando resuelve o sentencia lo hace manteniendo sus virtudes y defectos que tenía al momento que se le otorgó la jurisdicción.

El maestro uruguayo Eduardo Couture⁴ refiere “ni el juez es una máquina de razonar, ni la sentencia una cadena de silogismo. Es más bien, una operación humana, de sentido preferentemente crítico, en la cual la función más importante incumbe al juez como hombre y como sujeto de voliciones. Se trata acaso de una sustitución de la antigua legalidad de carácter puramente deductivo, argumentativo, conclusional, por una legalidad de carácter positivo, determinativo, definitorio”. Este aserto es indiscutible y categórico: el juez y el hombre son la misma persona. Luego Carlos Parodi concluye que “lo cierto es que el Juez al resolver no hace justicia, sino *su* justicia, la que debe ser aceptada por todos, por que quien la realiza tiene la función de la jurisdicción, que es una función de carácter público, considerada como un atributo de soberanía, pues la asunción de la jurisdicción no hace al hombre ni más bueno ni más malo, es el mismo hombre quien investido de la labor jurídica conoce de los procesos judiciales y los resuelve.”

Asimismo Adolfo Gelsi⁵ sostiene que “si el hombre al que nos referimos es un juez, presuponemos en él la manifestación de la justicia porque lo encaramos no como persona sino en cuanto administrador de la justicia, que pone en funcionamiento en casos concretos imponiéndola a otros (...)”.

Luego el maestro Han Kelsen⁶ formula la pregunta ¿qué es la justicia? y, luego de calificarla como “la sempiterna pregunta de la humanidad”, responde: “No obstante, ahora como entonces, carece de respuesta. Tal vez se deba a que constituye una de esas preguntas respecto de las cuales resulta válido es resignado saber que no puede hallarse una respuesta definitiva. Solo cabe el esfuerzo de formularla mejor (...) La justicia absoluta configura su perfección suprema y racional. Desde la perspectiva del conocimiento racional solo existen intereses humanos y, por consiguiente, conflictos de intereses.

“Dado por supuesto que la paz social es el valor supremo, el equilibrio representa la solución justa. [Como quiera que sea], la paz social es meramente una justicia relativa que,

4 Couture, Eduardo J. (1958) *Fundamentos del Derecho Procesal*.

5 Citado por C. Parodi (1996) *Dercho Procesal del Futuro*.

6 Mencionado por C. Parodi en obra citada.

en ningún caso, puede erigirse en absoluta (ese hermoso sueño de la humanidad). Debo conformarme con la justicia relativa. Tan solo puedo decir qué es para mí la justicia”.

“El juez no hace la justicia absoluta eterna; lo que hace es su justicia, humana, relativa.”⁷ Con este aserto Carlos Parodi plantea que en una sentencia el juez refleja su justicia, y precisa que “la sentencia es la justicia aplicada a un caso particular”, ya que objetivamente el juez y el proceso constituyen medios para obtener la justicia.

Por su parte, el maestro uruguayo E. Vescovi (citado por Parodi) refiere que “el juez es un hombre, y como tal reacciona, y por más que esté protegido externamente por la sociedad moderna a través de principios, igualmente en su interior se produce una influencia del medio que puede producir un quebrantamiento en el otro principio de la imparcialidad”. Esto constituye un problema para la objetividad del juez, y solo le queda una salida: su honradez, ética y conciencia de que él es sustento de su producción jurisdiccional; y todo esto solo se encontrará en la realidad moral del juzgador.

El juez imprime subjetivismo en sus decisiones, y en nuestra realidad peruana se manifiesta en todas las instancias, incluso en la Corte Casatoria del Poder Judicial. Aunque parezca curioso y paradójico, en algunos casos el tribunal casatorio, al resolver el extraordinario recurso de casación, falla en forma disímil frente a dos asuntos similares. El maestro Florentino Calamandrei⁸, recordando a un abogado defensor en un informe oral, al inicio de su defensa, expresa lo siguiente: “La excelentísima Corte le ha resuelto más que dos soluciones. Esta excelentísima Corte le ha resuelto ya dos veces, la primera en un sentido, la segunda en sentido contrario...;Y las dos admirablemente!”

Luego Calamandrei relata una vivencia personal, como abogado en ejercicio de la profesión, cuando defiende a un empleado en un proceso laboral. El caso era exactamente igual a otro, patrocinado por otro abogado; pero como incluyó en su informe oral una frase que no agradó al tribunal, esta frase irritó al tribunal, el cual pronunció en el mismo día para los dos casos idénticos, dos sentencias distintas. En el proceso del otro abogado, hombre pacífico y tolerante, el tribunal reconoció al empleado despedido el derecho a cobrar la indemnización íntegra; en el que patrocinaba Calamandrei, se explayó en polémicas contra la intemperancia del defensor, y, para castigarlo, interpretó el mismo artículo de la ley en forma distinta, al punto de reducirle la indemnización de su cliente a la mitad de lo que le hubiere correspondido de acuerdo con la justa motivación de la otra sentencia.

Calamandrei hace notar cómo un juez quisquilloso puede verse inducido, sin darse cuenta, a hacer recaer sobre la parte (inocente), las culpas del defensor demasiado fogoso. Esto fue compartido por el jurista Osorio y Gallardo⁹, quien explica cómo viene de afuera una presión social incontrastable y gravita, aun sin notarlo el juez, sobre su ánimo e influye en su resolución. En nuestra realidad, en ciertas ocasiones, la palabra de honor (dada en

7 En una disertación en Universidad San Martín de Porres.

8 Citado por Parodi Remón (1996) *El debido Proceso*.

9 Mencionado por Parodi Remón en obra citada.

un informe) de un letrado de un Estudio respetable sobre un hecho que no le consta en parte alguna del proceso, influye considerablemente en el espíritu del tribunal o sala. Esta situación, curiosa y paradójica, corresponde al fuero inevitable del subjetivismo del juez.

Devis Echandía¹⁰ sostiene que la subjetividad del juez influye en “las relaciones del juez con los miembros del Gobierno, con el órgano Legislativo y los políticos en general, los grupos de previsión incluyendo los de carácter laboral, las agrupaciones criminales, los superiores del mismo Juez, el aspecto económico, el exceso de trabajo, el manejo de los procesos y hasta el tenor literal de las propias leyes.” En el caso peruano es muy probable que sea esta una de las razones de la emisión de resoluciones contradictorias o disímiles.

De lo tratado hasta aquí podemos concluir que el juez infalible no existe y que el único juez que merece tal título es aquel que minimiza las equivocaciones, y es lo que conocemos en este mundo como juez honrado, con buena reputación a pesar de sus errores y de sus injusticias¹¹, y que ilustramos, siendo un compromiso en lo posible evitar se expidan sentencias o resoluciones disímiles o contradictorias.

El Derecho Procesal tiene que considerar al nuevo juez como un ser humano, reconociéndole y resaltando sus méritos y virtudes, pero así mismo aceptando y sancionando sus defectos y errores. Werner Goldschmidt considera que hay que dar una visión somera del mundo jurídico y luego una exposición algo más extensa de la justicia, que forma parte del mismo; es decir, conceder a la administración de justicia la denominación ‘mundo jurídico’ sobre la base del mundo tridimensional del que habla el filósofo brasileño Miguel Reale. El mundo jurídico se compone de dos elementos esenciales, el delictológico y el normativo, que contiene un orden de conducta de reparto, constituyéndose los repartos en elementos del ‘mundo jurídico’; ejemplo: el plan de gobierno frente a sus gobernantes realiza un reparto de carácter imperativo (reflejado en las leyes) y para hacer justicia del orden de repartos, en mérito de considerar la justicia como valor, posee un triple despliegue: como valencia, como valoración y como criterio de valor, sin dejar de lado el sentido humano de la ley.

En cuanto al reparto autónomo —que corresponde a las personas naturales y jurídicas de derecho público o privado— corresponde al juez efectuar un reparto equilibrado, pues él es el único encargado de administrar justicia, y si este reparto no es autónomo (porque el juez se deja influenciar por el poder político, económico, amical o de otra naturaleza) el reparto de la administración de justicia es desproporcional, y se convierte en un reparto imperativo.

10 Devis Echandía, Hernando (1972) *La Independencia del Órgano Judicial*.

11 Parodi Remón, Carlos, en obra citada.

3. EL PROCESO Y SUS FINES

El proceso, por su naturaleza, es formal, y está constituido por el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo, y su estudio comprende a la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de las funciones que lo integran y la actuación del juez y las partes en la substanciación del proceso.¹²

Las relaciones de hecho entre las personas se transforman en relaciones de derecho en cuanto están regidas por una norma jurídica. El derecho no es solo un orden normativo, sino que atribuye a un sujeto una pretensión frente a otro sujeto, al cual por esto mismo se señala un deber jurídico.

La norma procesal, según Hugo Alsina, contiene reglas para la actuación del juez, de las partes y aun de los terceros, que determinan sus posiciones y sus relaciones en el proceso. Para Carnelutti (citado por Alsina) las normas jurídicas pueden agruparse en dos categorías: las que resuelven directamente el conflicto de intereses entre las personas, y las que son requisitos de un acto encaminado a solucionarlo; las primeras actúan sobre la litis, reconociendo un derecho e imponiendo una obligación; las segundas regulan los medios para dictar la solución e imponerla, atribuyendo para el efecto un poder jurídico a un determinado sujeto; por eso, aquéllas se llaman materiales o sustantivas y éstas instrumentos formales. Veamos un ejemplo: si en un momento de crisis económica el legislador dispone que los arrendamientos se reduzcan, establece una norma material; pero si la reducción la hiciera el juez en atención a las circunstancias de tiempo y calidad, dicta una sentencia, bajo la misma norma que permite el a-quo, reducir los arrendamientos.

La separación entre Derecho Civil y Derecho Procesal es moderna. Los romanos no se preguntaban si tenían un derecho, sino si tenían una acción ante la presencia de un caso litigioso, al extremo que los jurisconsultos de esa época no distinguían la acción del derecho, tampoco hicieron distingos entre el Derecho Civil y el Penal.

Recién en la legislación española, en el Fuero Juzgo, en el Fuero Viejo de Castilla, en la Ley de Partidas, se dedican algunos capítulos al procedimiento; pero fue con la Ordenanza Francesa de 1667 que tomó fisonomía legislativa propia, y posteriormente en 1806, con el Código de Procedimientos Civiles Francés, que sirvió de modelo para los países europeos.

Hoy en día no puede negarse la autonomía del Derecho Procesal. Las normas de carácter procesal que encontramos en el Código Civil (norma sustantiva por excelencia) no desvirtúan la autonomía del Derecho Procesal, pues tal norma continúa siendo procesal no obstante su ubicación, hecho que queda una vez comprobado y delimitado al

12 Alsina, Hugo (1963) *Derecho Procesal Civil y Comercial*.

momento de calificar, por la sala casatoria, la procedencia o improcedencia del recurso de casación al determinar la causal in-procedendo o in-iudicando.

En todo supuesto de violación al derecho, una vez agotados los medios legales pertinentes, sin tener un resultado positivo, debe recurrirse a la protección del Estado, quien actuará dentro de sus funciones jurisdiccionales. Tal protección se objetiviza hasta que el juez la ampara o la deniega en la sentencia, mediante una serie de actos llamados de procedimientos (de *procedere-actuar*) tutela jurisdiccional efectiva, cuyo conjunto tomó el nombre de *proceso* y que antes se le denominaba *juicio*, que tiene su origen en el proceso romano y que viene de *indicare*, que significa declarar el Derecho. El término *proceso* es más amplio, porque comprende todos los actos que efectúan los justiciables, los auxiliares judiciales y el juez; es decir, todos los sujetos del proceso.

El actor en su demanda afirma la existencia de un hecho constitutivo, impeditivo o extinto de un derecho, luego ha de aportar pruebas para justificar la pretensión; el contradicente se ve precisado a proponer lo que su defensa conviene, ya que su silencio podría ser interpretado como un reconocimiento tácito de los hechos demandados; el juez provee a las peticiones de ambos justiciables, meritúa las pruebas ofrecidas y pronuncia sentencia. Las partes en conflicto y el juez no actúan arbitrariamente, sino que tales actos están condicionados entre sí y regulados por normas legales, que no son de orden público, lo que da al proceso un contenido orgánico y, consecuentemente, determina la seguridad jurídica.

Pedro Sagástegui, en su obra *Teoría General del Proceso Judicial*, sostiene que el concepto de *proceso*, en casos legales vinculados con la administración de justicia, significa avanzar o dinamizar la actuación de formalidades, requisitos, intervención de jueces, abogados, partes auxiliares de justicia, etcétera, para dar cumplimiento y aplicar las normas. Podemos concluir, entonces, que el proceso es el conjunto de actos regulados por el Derecho, que tiene por fin predominante servir para la composición de un litigio, concepto que incluye a los procesos contenciosos y no contenciosos.

Para Juan Monroy Gálvez el proceso judicial es “el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos, que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de obtener fines privados y públicos”¹³

En lo referente a la determinación del fin del proceso hay dos posiciones doctrinarias: la subjetiva y la objetiva. Según la primera, el proceso tiene por objeto decidir el conflicto de intereses entre las partes (Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Civil) y define al proceso como la discusión que sostienen, con arreglo a las normas y leyes, las personas con intereses opuestos, ante un juez competente, que la dirige y termina con su decisión (la sentencia). Esta posición es también de prácticos españoles, quienes explican que se requiere una controversia, porque si las partes están de acuerdo no hay proceso sino

13 Monroy Gálvez, Juan (1997), “Materiales de Lectura de Teoría del proceso”, conferencia dictada en Universidad San Martín de Porres.

un acto de jurisdicción voluntaria y ésta ha de tramitarse con arreglo a leyes, porque de lo contrario el procedimiento sería nulo. La controversia se suscita entre dos o más personas que tengan intereses opuestos; si los intereses son comunes no hay controversia, y debe terminarse con la decisión del juez porque es a él y no a las partes a quien corresponde apreciar los hechos y fundamentos alegados. El proceso en este caso es una contienda entre particulares, en la que el interés público solo interviene para imponer ciertas normas que aseguren la libertad de los debates, la actuación de pruebas y la decisión judicial, correspondiéndoles a las partes el impulso del proceso y al juez una actitud expectante para luego emitir su fallo. Sin embargo, A esta teoría observa Chiovenda (mencionado por Alsina¹⁴) observa que puede haber definición de controversia sin proceso (arbitraje) o proceso sin controversia (juicio en rebeldía) o proceso sin definición de controversia (ejecución de sentencia) a lo que se le podría denominar ‘concepción privatística del proceso.

La posición doctrinaria objetiva, llamada también publicística, considera a la litis como un fenómeno social, cuya solución interesa a la colectividad para el restablecimiento del orden jurídico alterado, y al proceso como instrumento que la ley pone en manos del juez para la actuación del derecho objetivo, y para ello tiene que investírsele al juez de amplias facultades jurisdiccionales para determinar la verdad real frente a la verdad formal y la dirección del proceso y evitar una solución injusta. Pero esta concepción peca de ser exclusivamente formalista.

El verdadero fin del proceso, según Hugo Alsina,¹⁵ es considerar al juez y a las partes dentro del proceso, donde el Juez desarrolla una función pública y procura el restablecimiento del orden jurídico mediante la actuación de la ley; es decir, su misión consiste en determinar si la voluntad abstracta de la ley ampara una situación correcta y, en su caso, hacer efectiva su realización por los medios posibles, incluso la fuerza pública, si fuera necesario.

El proceso civil solo se inicia a instancia de parte, y lo que se busca es la satisfacción de un interés individual, que se obtiene mediante la actuación de la ley procesal. Para el juez, la satisfacción de un interés individual es un objeto mediato, pues el inmediato lo constituye el restablecimiento del orden jurídico; para la parte, lo inmediato es el interés individual. Chiovenda refiere: “Satisface una necesidad personal y no tiene en cuenta el beneficio que con ella preocupa al comerciante; éste a su vez realiza un acto de su giro comercial y no le interesa el destino que el comprador por la cosa adquirida. Entre el juez y el sujeto de la litis no existe una desvinculación tan absoluta, pero cada uno de ellos busca en el proceso un fin distinto”. Luego Chiovenda concluye que el proceso tiene por objeto la “protección del derecho subjetivo mediante la actuación del derecho objetivo”. Compartimos su posición frente a la regulación, que debe tener en cuenta al interés privado de los litigantes y al interés público para el mantenimiento del orden jurídico.

14 Alsina Hugo, en obra citada.

15 Alsina, Hugo, en obra citada.

No es otro el alcance de Carnelutti, para quien el proceso se hace para la justa composición de la litis: su objeto es la paz con justicia.

El Derecho Procesal, como Teoría General, es aceptado en la doctrina procesal hispanoamericana por procesalistas civiles como Carlos Hugo Alsina, Santiago Sentis Moreno, Jaime Guasp; por penalistas como Ricardo Lévano (hijo) y Nieto Alcalá de Zamora y Castillo, entre otros, siguiendo el criterio de maestros y tratadistas como Carnelutti, Calamandrei, Chiovenda, Schonk, Hish y Goldschmidt, aparte de los eminentes tratadistas actuales Caspellelli, Bishop Chase, Ogús; Van Dyna y Joung, Carlos Cossio, Jorge Peirano, Jorge Fábrega, entre otros, como Mario Morello y Juan Carlos Hitters y entre los juristas nacionales tenemos a los maestros universitarios Carlos Parodi Remón, Aníbal Torres Vásquez, Aníbal Quiroga León, Nelson Ramírez Jiménez, Juan Monroy Gálvez, entre otros.¹⁶

Nuestro ordenamiento procesal civil está regulado por el Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Civil: “El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”. En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este código, se deberá recurrir a los principios generales del Derecho Procesal, a la doctrina y jurisprudencia correspondiente, en atención a las circunstancias del caso. Carrión Lugo, en Comentarios al C.P.C. Tomo V: “Postulación del Proceso” refiere que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar (Art. IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil).

4. PLENO CASATORIO

Los plenos casatorios o jurisdiccionales están dirigidos a la tutela jurisdiccional efectiva que atañe o incumbe a los justiciables en el conflicto de intereses. Es facultad de la Corte Suprema convocar la realización de los plenos casatorios civiles a efectos de emitir sentencia por los magistrados supremos y expedir el fallo final o varíe el precedente judicial, decisión que se tomará por mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio, constituyéndose de esta manera el precedente judicial, que vincula a los órganos jurisdiccionales a nivel nacional de estricta obligatoriedad y cumplimiento hasta que sea modificado por otro precedente judicial.

Es clamor de los justiciables, abogados, instituciones académicas y de la propia judicatura, que se realicen los plenos casatorios —amparados en los artículos 384 y 400

¹⁶ Mencionado por Alsina, en obra citada.

del C.P.C. en sus orígenes y luego con su modificatoria— pues son fines de la casación la adecuada aplicación del derecho objetivo y la uniformidad de la jurisprudencia nacional, ésta última a efectos de la emisión de sentencias que constituyan o varíen el precedente judicial, y que éste se torne predecible para los abogados, litigantes, sociedad civil en general, de manera que haya celeridad procesal, y así la administración de justicia sea oportuna y eficiente, y desterrar en gran parte la corrupción en todas las instancias del Poder Judicial, en razón de la modificatoria de los artículos modificados por la Ley 29364, publicada en el diario oficial El Peruano, del 28 de mayo del 2009.

El Poder Judicial, a través de la Corte Suprema de Justicia, por intermedio de la Sala Plena de la Corte Suprema, convoca la realización de los plenos casatorios, y desde 1992 a la fecha, incluyendo la modificatoria ley 29364, se han realizado hasta cuatro plenos casatorios civiles, a saber:

Primer Pleno Casatorio Civil, el 22 de enero del 2008, procedente de Cajamarca, caso Yanacocha, sobre derrame de mercurio, en el que se determinaron los alcances de la transacción extrajudicial; es decir, si ésta se podría hacerse valer como excepción procesal o se debía alegar únicamente como defensa de fondo al contestar la demanda.

Segundo Pleno Casatorio Civil, de fecha 23 de octubre del 2008, procedente de Lambayeque, sobre prescripción adquisitiva de dominio.

Tercer Pleno Casatorio Civil, el 18 de marzo de 2011, procedente de Puno, sobre Indemnización por separación de hecho proveniente de matrimonio civil.

Cuarto Pleno Casatorio Civil, de fecha 29 de diciembre de 2011, procedente de Ucayali, sobre desalojo de posesión precaria; sin publicación a la fecha.

5. EL PRECEDENTE JUDICIAL

Previamente debemos precisar que la jurisprudencia conoce la realidad jurídica, o sea los casos en los que ontológicamente consiste el Derecho, recurriendo a principios axiológicos, que significa tener en cuenta los valores humanos a través de la proposición normativa, en el conflicto inter-subjetivo de intereses.

La jurisprudencia es definida como la interpretación de la ley por los jueces o magistrados, y, como tal, el conjunto de sentencias que consagran un criterio acerca de un problema jurídico oscuro en los textos de ley o de la norma jurídica o de otra fuente del Derecho. Justiniano definía a la jurisprudencia así:

Jurisprudencia est divina rumat que humana rum rerum notitia, insti atque in iusti scientia. (La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto).

La jurisprudencia está constituida además por el Derecho objetivo que se origina de los fallos emitidos por las salas o los tribunales supremos. Se la considera como resultado de la interpretación de los jueces, quienes precisan el sentido de la ley al aplicarla a casos específicos, siempre buscando la paz social en justicia. Es una actividad creadora del Derecho.

Carlos Cossio¹⁷ afirma que “el intelectualismo dominante, en sus formas de racionalismo y empirismo, llevado a una ideología de seguridad jurídica, ha ocultado la existencia y la naturaleza de ese inmenso poder que detenta el juez, al presentar a los magistrados como autómatas silogísticos de los preceptos legales”. En efecto, se suele presentar a los magistrados como ‘simples aplicadores de la ley’, cuando en realidad ejercen una auténtica labor creadora, ante los vacíos, defectos o lagunas de la ley. El magistrado supremo, para emitir su sentencia, hace una labor de estudio, de análisis de la ley y su aplicación al caso dado, tomando como referencia principios axiológicos y de contenido humano, salvo casos excepcionales de catatipia, en los que el magistrado resuelve utilizando formatos de otros casos.

El jurista y maestro universitario Aníbal Torres Vásquez refiere que el precedente judicial, conocido como *Stare decisis* (estese a lo decidido), tiene su origen en el *Common Law* del sistema anglosajón, y que la fuerza obligatoria del precedente judicial implica que, una vez resuelta la cuestión mediante una sentencia, establece antecedente, que no puede variar, ya que tiene valor por sí mismo.

El Código Procesal Civil de 1993, en su Art. 400, denominaba ‘doctrina jurisprudencial’ a las decisiones tomadas en mayoría absoluta de los plenos casatorios. Hoy, con la modificatoria hecha por la Ley 29364 (publicada el 28 de mayo del 2009 y vigente desde el 29 del mismo mes y año), se le denomina *precedente judicial*, el mismo que consideramos plausible ya que otorga autonomía a las Salas Civiles Supremas Casatorias, al emitir por sí solas precedentes vinculantes de estricto cumplimiento obligatorio para los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía a nivel nacional.

17 Cossío, Carlos (1944) *La Teoría Ecológica del Derecho*.

CAPÍTULO SEGUNDO



EL RECURSO DE CASACIÓN COMO MEDIO IMPUGNATORIO

1. MEDIO IMPUGNATORIO

Los medios impugnatorios son actos procesales que la ley confiere a las partes y a los terceros legitimados, a efecto de contradecir las resoluciones del órgano jurisdiccional, para que el mismo juez o el superior jerárquico proceda a un nuevo examen o a la revisión de aquellas, a fin de ser anuladas o revocadas en forma total o parcial.

Las resoluciones encaminadas a corregir los actos irregulares o ineficaces del proceso se dan al amparo de la fiscalización que la teoría general de la impugnación determina. El ordenamiento jurídico procesal para el cumplimiento de tales actos contiene normas idóneas que viabilizan la enmienda de las irregularidades incurridas en el proceso, restableciendo los derechos vulnerados. No buscan sino el restablecimiento de los derechos, materia de quebrantamiento y la eliminación del agravio derivado del acto procesal irregular, con el objeto de garantizar los derechos del sujeto perjudicado”.¹⁸

Según Kielmanovich (mencionado por Hinostroza Minguéz¹⁹), “Los actos procesales de impugnación, son aquellos que están dirigidos directa e inmediatamente a provocar la modificación o sustitución total o parcial de una resolución judicial, en el mismo proceso en el que ella fue dictada”.

Para el profesor Salvatore Satta²⁰, “el término ‘impugnación’ es la calificación genérica de los múltiples remedios que se dan contra los actos jurídicos. En efecto, impugnar no significa otra cosa, latinamente, que contrastar, atacar y por consiguiente la impugnación no tiene en sí y por sí tipicidad alguna”.

18 Hinostroza M., Alberto (1999) *Medios Impugnatorios*.

19 Hinostroza M., Alberto, en obra citada.

20 Satta, Salvatore (1971) *Manual de Derecho Procesal Civil*.

El jurista Liebman²¹ concibe a la impugnación como: “los remedios que la ley pone a disposición de las partes para provocar por medio del mismo juez o de un juez superior un nuevo juicio inmune del defecto o del error de la sentencia anterior”.

El profesor Juan Monroy Gálvez²² lo define como “el instrumento que la ley concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al juez que, él mismo u otro de jerarquía superior, realice un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque éste total o parcialmente”.

Para explicar el recurso impugnatorio de casación, habría que describirlo en su doble aspecto:

- a. Como acción.
- b. Como efecto dentro del mismo proceso y por ante el Tribunal Supremo Casatorio, de los fallos definitivos emitidos por la instancia inferior en la que se presume se ha infringido normas o leyes materiales o se ha quebrantado el debido proceso o cómo se produjo la infracción.

2. EVOLUCIÓN DEL RECURSO

En Roma, durante la República, las sentencias del juez (iudex) eran inimpugnables; sin embargo, con el tiempo, tal calidad no impidió que se permitiera discutir su autoridad y aptitud para obligar respecto a su contenido, y fue posible cuestionar la cosa juzgada material, de tal manera que llegó a considerarse que habían dos clases de sentencias: válida e inválida, esta última considerábase inexistente²³.

Los casos de nulidad de la sentencia solo se originaban en vicios de formación de la relación procesal; no se sustentaban en errores materiales. Posteriormente tomó auge la clasificación recaída en los temas que el juez analizaba al expedir sentencia. Los temas podían ser cuestionados de hecho (quaestio facti) y por derecho (quaestio iuris). Se concluyó que los errores del juez en las quaestio iuris eran más graves. Por otro lado, se consideraban válidas, aunque pasibles de ser declaradas nulas, las sentencias que contravinieran un error relativo al derecho subjetivo de las partes, sea de hecho, sea de derecho.

A las sentencias con violación expresa de la ley se les denominó *Contra ius consitutiones*, y a las afectadas con error en la apreciación de hechos o del derecho de las partes se les llamó *Contra ius litigatoris*.

21 Citado por Hinostroza M., Alberto en obra citada.

22 Monroy Gálvez, Juan (1997) *Comentarios al Código Procesal Civil*.

23 Monroy Gálvez, Juan, en obra citada.

En el caso de la sentencia contra *ius litigatoris* el error de hecho o de derecho habría producido perjuicio únicamente a los litigantes, y ellos se encontraban facultados para impugnar la sentencia; sin embargo, si tal derecho no era ejercido por el perjudicado, lo resuelto adquiriría la calidad de cosa juzgada material. Ésta era la llamada *sentencia injusta*.

Para el maestro Florentino Piero Calmandrei, el derecho romano no conoció el recurso impugnatorio de casación de la manera como actualmente se le concibe, en el sentido de ser una causal idónea para romper determinadas sentencias. Sin embargo hay que reparar que en aquella época ya se distinguía el *ius litigatoris* del *ius constitutionis*; en el primero estaba en juego solo el interés individual del justiciable, mientras que en el segundo se debatía un valor más trascendental de un vicio de derecho que implicaba una inobservancia de la ley en su alcance general y abstracto²⁴. En la última hipótesis había un peligro de carácter constitucional y político, que excedía los limbos de la controversia *Inter-Pars*.

En cuanto al derecho germánico, el cuestionamiento de la sentencia tenía características especiales, pues la sentencia era elaborada por dos órganos: uno, encargado de constituir la lógicamente dentro de una audiencia pública (asamblea popular), donde todos participaban y en la que el juez aprobaba la propuesta; otro, encargado de revestir de autoridad tal construcción, es decir, de convertirla en un mandato (*richeter*) o sea en sentencia.

Conforme los pueblos germanos se fueron convirtiendo en monarquías, el rey pasó a encargarse del servicio de justicia, y, en función a la lejanía de los pueblos o la cantidad de los justiciables, nombraba representantes (funcionarios reales), que se convertían en aplicadores de la ley, y el derecho consuetudinario pasó a ser escrito y una expresión del poder imperial.

Transcurrieron muchos siglos para que se reconozca que una sentencia que contenía un error de derecho no era inexistente sino impugnabile. En la Edad Media, durante la vigencia del llamado *derecho estatutario*, forjado en el poder que fueron adquiriendo los municipios en las nacientes ciudades – Estado, se desarrolló el instituto conocido como *Querela Nullitatis*, que es la convergencia creadora de los derechos romano, según el cual una sentencia es inexistente si contiene un error en la formación procesal (*error in procedendo*), y la concepción germánica de que los fallos tienen una fuerza formal que los mantiene válidos permanentemente.

En Roma, los vicios en la constitución de las relaciones procesales (*error in procedendo*) provocaban la inexistencia jurídica de las sentencias; en cambio, el *error in iudicando*, que tenía que ver con el derecho aplicado al caso concreto, permitía la apelación de la sentencia, que no era nula sino injusta. De tal manera que podemos decir que en el primer caso, más allá del dato real, nunca hubo sentencia, y en el segundo caso podía haber cosa juzgada si no se apelaba la sentencia.

24 Hitters, Juan C. (1977) “La Casación Civil en el Perú”. En *Jurisprudencia Peruana*.

La querrela nullitatis usó en el derecho estatutario junto con la apelación. La diferencia residía en que la primera servía para acatar la sentencia nula y la apelación era utilizada para impugnar la sentencia injusta.

Tomando las frases de Chioyenda y Calamandrei (mencionados por Juan Monroy Gálvez) se llega a la conclusión de que cuando se usaba en el derecho estatutario la querrela nullitatis, lo que se quería era no solo anular la sentencia, sino también impedir que el Juez transgrediera los límites de su actividad e invadiera la obra del legislador. Esto otorga a la querrela nullitatis un significado y propósito político, una función nomofiláctica que la acerca considerablemente a lo que varios siglos después con otros agregados va a tomar la forma de Recurso de Casación.

Lo que ocurrió en Italia también sucedió en Francia, donde las decisiones de los barones pasaron a ser revisadas por el rey, asesorado por un grupo de notables. A los órganos que se encargaban de la función jurisdiccional en nombre del rey se les llamó *parlamentos*: El rey se reservó el derecho de resolver los casos donde había intereses del Estado o cuando las partes lo solicitaban. A lo resuelto por los parlamentos se denominó *justicia delegada*; a la ejercida por el rey, *justicia retenida*.

Durante los siglos XV y XVIII, las relaciones entre el rey y los parlamentos era oscilante. Unas veces eran cómplices; otras, controversiales. Disputa histórica en el ejercicio de la función jurisdiccional. Muchas veces los parlamentos expresaban oposición al monarca en sus decisiones y expedían Reglamentos de Naturaleza Jurisdiccional, que afectaban la autoridad del rey. Para acabar con tal interferencia y para reafirmar su autoridad, el monarca empezó a tener facultades de revisar y anular sentencias que hubieran afectado una norma expedida por él, concediendo a la parte una demanda de Casación, que al decir de Véscovi²⁵ es el antecedente del recurso de casación, tal como se concibe en la actualidad con nuestra legislación nacional.

En el siglo XVIII, época del triunfo filosófico del iluminismo racionalista, se da la victoria de la razón sobre la ley. La Revolución Francesa acabó con un sistema social y político injusto y corrupto, llamado *antiguo régimen*, y con el triunfo de las ideas revolucionarias llegó el momento de restringir el poder de los Parlamentos y que la ley sea igual para todos.

La confluencia de las razones filosóficas, políticas e ideológicas determinó que el 27 de noviembre y el 1° de diciembre de 1790 la Asamblea Nacional de Francia aprobara una ley que crea el Primer Tribunal de Casación, entendido como un órgano político encargado del control de la aplicación de la ley por parte del juez. Para tal efecto la ley le concedía al Tribunal de Casación la posibilidad de anular la sentencia por haberse incurrido en una violación expresa del texto de la ley. (error in iudicando)

25 Citado por Monroy Gálvez en obra citada.

En el siglo XIX el Tribunal de Casación, convertido en Corte de Casación, supera su carácter simplemente constitucional y se transforma en un órgano o tribunal del Poder Judicial, de tal manera que, integrada la función jurisdiccional, no solo conoce la controversia expresa de la ley, sino también de su violación o falsa aplicación, y su competencia se extiende su competencia al conocimiento de todas las cuestiones de derecho; y la finalidad inicial, es decir el carácter netamente político, de obrar como órgano defensor del Poder Legislativo, pierde vigencia ahora y da lugar al objetivo primordial de la unificación de la jurisprudencia²⁶.

El profesor Enrique Rivarola (mencionado por Díaz Bedregal) considera que dentro del derecho contemporáneo el instituto procesal de casación presenta rasgos definitivos como:

Los tribunales de casación conocen de las sentencias mediante recurso deducido por las partes interesadas. No hay casación de oficio. En el decir de Juan Monroy Gálvez, se trata de un Instituto solo utilizable por los elementos activos de la relación procesal que se impugna, es decir, por las partes o tercero legitimado.

Solamente pueden recurrir en casación las sentencias que no son impugnables por medios ordinarios. De allí su carácter de ‘recurso extraordinario’. Además, solo procede contra las sentencias dictadas en último grado de las instancias ordinarias o contra las dictadas en instancia única.

El recurso se funda únicamente en la pretensión de que la sentencia contiene errores de derecho objetivo, sean errores in iudicando o errores in procedendo.

La casación no constituye una tercera instancia. Es un recurso extraordinario donde la Corte Suprema no reconsidera, ni evalúa, ni admite pruebas del proceso, y solo analiza la correcta aplicación de la norma imperial o la transgresión de las normas de carácter procesal.

El Profesor Bruno Marchese Quintana²⁷, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, refiere que: “entendemos por casación a una función jurisdiccional confiada al más alto tribunal jurisdiccional para anular (sistema francés) o anular o revisar (sistema alemán y sistema español), a invocación de parte, las sentencias definitivas de los tribunales de mérito que contengan un error de derecho.

(...)

“Es un control jurídico sobre los jueces (nomofilaquia) a fin de mantener la unidad del Derecho y de la jurisprudencia nacional, que asegura al propio tiempo la igualdad de la ley para todos.”

26 Díaz Bedregal, Florencio (1997) *Comentarios al C.P.C. ??????*

27 Marchese Quintana, Bruno (año???) “La Casación Civil”. En *Revista Peruana de Derecho Procesal Civil*.

Los profesores De la Plaza y Cernelutti consideran que el problema de la casación está ligado a la posibilidad y conveniencia de admitir una tercera instancia. De esto podemos decir que la casación, como institución, se compone de dos elementos recíprocamente complementarios: uno, perteneciente al ordenamiento judicial, que es el vértice de este poder del Estado (Corte de Casación); otro, perteneciente al Derecho Procesal, y debe ser estudiado en el sistema de los medios impugnatorios (recurso de casación).

De tal manera que el recurso de casación permite a la parte impugnar solo las cuestiones de derecho de las sentencias (o de los autos que ponen fin al proceso) expedidas por los jueces de mérito; así como las contravenciones a las formas procesales; y luego la Corte de Casación, de acuerdo a sus facultades discrecionales procederá a anular o revocar dichas resoluciones que contienen errores de Derecho (in iudicando), o errores de proceso (in-procedendum).

Nuestro ordenamiento procesal civil, en su Art. 386 con su modificatoria, determina que el recurso de casación, en cuanto a sus causales, se sustenta en la infracción normativa que incide directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial, pues esto no se condice con la esencia, naturaleza y objeto del instituto de la casación, y menos aún con el fin que se persigue, esto es, con la función nomofiláctica.

El juez, en tanto ser humano, está expuesto a errores, y sus resoluciones pueden ocasionar agravio, perjuicio o lesión, a las partes en conflicto, a sus intereses. Mediante el recurso impugnatorio se acude a los magistrados revisores para que, al amparo de la ley, revoquen total o parcialmente dichas resoluciones.

La interposición de un medio impugnatorio no es un deber, ni una obligación, sino una facultad o derecho del justiciable a la corrección o enmienda de los errores o vicios en que pudieran incurrir el juez o la sala. El profesor Juan Monroy Gálvez conceptúa a la casación como un medio impugnatorio de naturaleza extraordinaria y con efectos rescisorios o revocatorios, concedido al litigante para que pueda solicitar un nuevo examen de una resolución respecto de situaciones jurídicas específicas, que deberá ser realizado por el órgano máximo de un sistema judicial, a quien se le impone el deber de cuidar la aplicación del derecho objetivo, uniformar la jurisprudencia y obtener la justicia al caso concreto.

Enrico Vescovi²⁸ recuerda la clásica distinción entre las cuestiones de derecho, que son juzgables en casación, y las cuestiones de hecho, que no lo son.

En nuestra legislación se admite que dicha infracción jurídica puede darse tanto en el fondo como en la forma, esto es, que puede producirse tanto al juzgar (in iudicando) como en el procedimiento (inprocedendo).

28 Citado por Monroy Gálvez en *Comentarios al Código Procesal Civil*.

Como vemos, no se trata de una instanciamás. La casación en su esencia es exclusiva y excluyentemente. De las sentencias impugnadas, se revisan las cuestiones de derecho y se descartan las cuestiones de hechos; es decir, la sala casatoria no tendrá que merituar las pruebas aportadas por los justiciables o analizar las conclusiones a las que ha llegado el inferior jerárquico por cuanto el debate procesal concluye en segunda instancia (Art. X del T. P. del C.P.C.)

Florencio Díaz Bedregal²⁹ opina que “la casación, en principio, es un recurso propio, positivo y extraordinario: propio, en razón de que será revisado y resuelto por un órgano jurisdiccional superior; positivo, porque el juez superior está facultado a declarar la ineficacia del contenido de la resolución impugnada; extraordinario, porque exige un conjunto de requisitos peculiares y precisos tanto para su admisibilidad como para su procedibilidad, que no exigen los ordinarios como son: los recursos de reposición, apelación y queja; permitiendo que la corte suprema casatoria conozca las impugnaciones interpuestas contra las sentencias definitivas, revocándolas o anulándolas preservando la nítida y exacta aplicación e interpretación de la norma objetiva; vigilando, además, la unificación y uniformidad”.

Ladoctrina jurisprudencial, en la actualidad, con la modificatoria, dice: adecuada aplicación del derecho objetivo al conocimiento y la uniformidad de la jurisprudencia.

Enrique Rivarola, en el *Diccionario Enciclopédico OMEBA*, refiere que la casación “es una función atribuida a un órgano judicial supremo, con el objeto de anular sentencias que contienen errores de derecho que no son susceptibles de impugnación por medios ordinarios”.

El profesor Sartorio, citado por Rivarola, agrega que “la casación es función jurisdiccional confiada al más alto tribunal de justicia para anular (sistema francés) o anular y revisar (sistema alemán) mediante recursos, las sentencias definitivas de los jueces o tribunales de mérito que contengan una errónea interpretación de la ley. Es un control jurídico sobre el juez (nomofilaquia) a fin de mantener la unidad del derecho y la jurisprudencia nacional, éste último término creado por Piero Calamandrei (Florenia: 1889 - 1956).

Piero Calamandrei, en su obra *La Casación Civil* la define como “un instituto judicial consistente en un órgano único en el estado (corte de casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales de derecho objetivo, examinan solo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un recurso de casación utilizable solamente contra las sentencias que contengan un error de derecho en las resoluciones de mérito”, esto es, por los jueces de instancias (jueces y vocales superiores).

29 Díaz Bedregal, Florencio (1997) *La Casación en el nuevo Código Procesal Civil*.

El profesor Jorge Carrión Lugo, en su obra *El Recurso de Casación en el Perú* refiere antes de la modificatoria: “se trata de un remedio procesal extraordinario que procede contra resoluciones judiciales definitivas, con el objeto de anularlas, de dejarlas sin efecto, por haber sido dictadas con infracción del derecho positivo o de la doctrina jurisprudencial establecida, restableciendo la vigencia del derecho, actividad que es de competencia de los organismos de la más alta jerarquía judicial.

“De lo que podemos concluir que el recurso de casación constituye un medio impugnatorio extraordinario y procede contra resoluciones judiciales definitivas contenidas en autos o sentencias que ponen fin al conflicto intersubjetivo de intereses, expedidas en revisión por las salas de las cortes superiores, y que tienen por finalidad anular las decisiones judiciales que ponen término al litigio, por haber sido dictadas con infracción del derecho objetivo, para su restablecimiento así como la uniformidad de la jurisprudencia nacional” de la Corte Suprema de Justicia.

La cultura jurídica peruana se sustenta en el principio *Iura Novit Curia*. Los jueces conocen el derecho; los abogados, hechos: “Da michi factum daba tribu jus”. Así lo consagra el Art. VII del Título Preliminar del Código Civil, y el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, de tal manera que la Sala Casatoria no conoce hechos ni aprecia o analiza pruebas.

3. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO

Por su esencia y naturaleza el recurso de casación es de carácter extraordinario. Propicia el juzgamiento de las resoluciones emitidas por los jueces o por las salas civiles superiores, a fin de verificar la aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional.

Con la modificación contenida en la Ley 29364, la institución de la casación varía en relación a sus causales originales. Se aplicaba la función nomofiláctica para las normas materiales o sustantivas (no a las normas procesales o adjetivas, que se consideraban como contradicciones al debido proceso) y a la tutela jurídica; sin embargo, la modificación orienta a una “adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto”. El maestro Nelson Ramírez Jiménez³⁰ dice que este cambio “ha generado enormes dudas”; sin embargo refiere que es de entenderse que no se está proscribiendo que la Corte Suprema interprete la ley, y agrega que ése ya no es uno de los fines de la casación (la *correcta* aplicación), empero para aplicar adecuadamente el derecho objetivo al caso concreto se utiliza el término *adecuada*, pues el término ‘correcta’ da valor vinculante para todos los casos. Esta opinión, muy respetable, no nos satisface. No la suscribimos, y basamos nuestra posición en la esencia del origen de la casación y la naturaleza del mismo, además de la función nomofiláctica de las que nos hablan Piero Calamandrei y prestigiosos juristas nacionales e internacionales.

30 En artículo en el diario *El Comercio*, junio de 2009.

El Art. 386 del C.P.C., en su texto original, claramente distinguía las causales; sin embargo, el nuevo texto —como lo refiere el ex magistrado supremo Sánchez Palacios³¹— refunde todas las causales en una sola: “la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada”. La modificatoria o reforma utiliza el término ‘infracción’ que es genérico, de tal manera que el justiciable(a través de su abogado) ya no tiene la obligación de distinguir entre derecho sustantivo y procesal. Esto no es compatible con la exigencia de claridad y precisión en el planteamiento del recurso extraordinario de casación.

Con la modificatoria del Art. 387, con la consabida letanía “celeridad en la administración de justicia”, se incorporan a la institución de la casación originaria otros requisitos que no se condice con lo antes precisado sobre la claridad y precisión.

4. MEDIO IMPUGNATORIO EXTRAORDINARIO

La casación es un recurso extraordinario por cuanto es otorgado excepcionalmente, una vez agotada la impugnación ordinaria, en determinados casos preestablecidos en la ley y contra ciertas clases de resoluciones, es decir, las expedidas en revisión por las cortes superiores (que pongan fin al proceso).

Hugo Alsina³², en el Tomo IV de su *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil y Comercial* (mencionado por Alberto Hinostraza), refiere que “de su carácter extraordinario resulta que no se adecua, mientras no hayan sido agotados los recursos ordinarios y que las disposiciones que lo reglamentan son de interpretación restrictiva.

Véscovi, asegura que el medio impugnatorio que estudiamos: “...es considerado recurso extraordinario, especialmente en el sentido de que significa una ultima ratio y su concesión es limitada (...) Así, por un lado, se concede luego de agotados todos los demás recursos ordinarios[y] es limitado el recurso a ciertas violaciones de derecho que contengan la sentencia y respecto de ciertos motivos (causales), generalmente taxativas aunque a veces con expresiones muy amplias; en todo caso, ellas constituyan un *numerus clausus* previsto en la ley; por consiguiente, se limitan los poderes del Tribunal Supremo a los motivos de impugnación propuestos por las partes”.

Para el profesor Carrión Lugo³³ la casación “constituye un recurso impugnatorio que se propone contra resoluciones, contra las cuales no es posible plantear un recurso ordinario, como la apelación. Es un recurso que tiene que ver con cuestiones de derecho y no de hecho; que responde al propósito de mantener la correcta observancia de la ley y cumple su cometido al revisar el juicio de derecho que contienen las sentencias o el auto admisorio”

31 En artículo en el diario *El Comercio*, junio de 2009.

32 Hinostraza Minguéz, Alberto. Obra citada.

33 Carrión Lugo (1996) *La Casación en el Código Procesal Civil*.

5. RECURSO FORMALISTA

Para su admisión y procedencia, se exige el cumplimiento riguroso de los requisitos de forma y fondo, establecidos imperativamente por la Ley.

Luigia Cattaneo (citado por Hinostraza Mínguez³⁴) refiere que el recurso de casación “tiene carácter formalista, que impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de la casación, a tal punto que el olvido de ellos conduce a la frustración del recurso y aun al rechazo *in limine* del correspondiente libelo”.

6. RECURSO LIMITADO

Es un recurso que únicamente se posibilita contra ciertas resoluciones judiciales expresamente señaladas por la norma procesal pertinente, y, por consiguiente, no es viable contra toda resolución. Teniendo en cuenta que nuestra legislación procesal no contempla la casación de oficio, no cabe pronunciamiento alguno sobre vicio o error que no haya sido denunciado en forma puntual en el recurso de casación.

7. RECURSO POSITIVO Y NEGATIVO

La casación es un recurso positivo; en virtud de ella, la sala casatoria puede, en ciertos casos, reformar o sustituir la resolución impugnada (error in iudicando). Por otro lado, es un recurso negativo, ya que el órgano jurisdiccional, en determinados supuestos, anula o deja sin efecto la resolución recurrida y ordena al inferior jerárquico que resuelva según los considerandos de la decisión casatoria (reenvío error in procedendo).

34 Hinostraza Mínguez, A. Obra citada pág. 194.

CAPÍTULO TERCERO



EVOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. MARCO HISTÓRICO

Resolver el extraordinario recurso de casación compete al más alto tribunal de justicia del Perú, para anular sentencias o resoluciones homologadas a petición de parte. A continuación presentamos un estudio historiográfico del instituto de la casación.

El maestro P. Calamandrei (citado por Hitter³⁵) decía: “No es un lujo literario pero sí es necesario un examen retrospectivo de las cuestiones atinentes al contenido del recurso y es a partir de ello que será posible encontrar su finalidad y alcance del recurso”, sobre todo para superar en gran parte el divorcio entre los abogados recurrentes y el Tribunal Supremo Casatorio, como consecuencia de su extremada formalidad.

En la Roma republicana no existió esta vía impugnatoria tal como hoy es entendida y aplicada. En aquel entonces ya se distinguía el *jus litigatorum* (el interés individual del justiciable) y el *ius constitutiones* (aquel vicio de derecho que implica una inobservancia de la ley en su alcance general abstracto); es decir que en esta última hipótesis había un peligro de carácter constitucional y político que excedía los límites de la controversia inter partes.

Los romanos observaban la contraposición entre sentencias nulas por defecto de forma virtualmente inexistentes por vicio in procedendo, y sentencias injustas por vicio in iudicando, que pasaban a la autoridad de cosa juzgada sino eran impugnada. Estas serían las bases primigenias del instituto de casación. En Roma, el concepto de nulidad a las sentencias que violaran el *ius constitutiones*, fue una medida de carácter político, establecida por los emperadores para imponer sus propias leyes sobre los derechos locales vigentes en las diversas regiones del imperio³⁶.

35 Hitter Juan, C. (1998) *Técnicas de los recursos Extraordinarios y de casación..*

36 Calamandrei, citado por Marchese Q. (1997) “La Casación Civil”. En *Revista Peruana de Derecho Procesal*.

Si bien, como hemos visto, en el antiguo derecho romano se habrían encontrado los restos embrionarios del recurso extraordinario de casación; el concepto moderno del instituto casatorio arranca en Francia, a través de la obra legislativa de la Revolución Francesa, que, renovando el esquema que existía en la época monárquica, lo transformó en un instrumento para la defensa de la ley contra el poder omnímodo de los jueces; esto es con la creación de un organismo político no jurisdiccional que cumplía funciones de control constitucional, vigilando la actividad de los jueces; por lo tanto, ejerciendo un control meramente negativo (*indictum rescindens*) que se limitaba a dejar sin efecto los fallos considerados extralimitativos, reenviando los actuados a otro magistrado para que decidiera nuevamente la causa.

Mauro Cappelletti, con claridad meridiana siguiendo a Calamandrei, refiere que antes de la Revolución es factible encontrar la llamada demanda casatoria, que era incoada ante el rey, quien tomaba conocimiento de la queja a través del *Conscil des partes*, o sea, por conducto de una sección especializada de su propio Consejo de Gobierno. Esta vía de ataque contra la sentencia de los parlament (que no eran otra cosa que tribunales de justicia de última instancia, situados en varias ciudades) podía dar lugar a la anulación (casación) cuando las decisiones judiciales violaban las ordenanzas reales.

Expuestas por Rousseau y Montesquieu, estas corrientes del pensamiento estaban basadas en la omnipotencia de la ley y en la igualdad de los ciudadanos ante ella, así como en la rígida separación de los poderes, donde el juez cumplía una función meramente pasiva de aplicar la ley sin poder siquiera interpretarla³⁷. Es decir los jueces son ‘boca de la ley’.

En 1790 Francia creó el Tribunal de Casación, como órgano de control constitucional (no judicial), al lado del Poder Legislativo, para ejercer control sobre los jueces. El nombre ‘Tribunal’ posteriormente es sustituido por el de ‘Corte’ (Cour), que tenía la misma finalidad; por ende, cuando el Tribunal Casatorio anulaba una decisión tenía necesariamente que hacer funcionar el reenvío, para no atribuirse competencia jurisdiccional; y ello fue así precisamente por el principio de la división de los poderes. Los ministros del referido cuerpo político no se arrogaban funciones judiciales. Así tuvo su origen el *reenvío*, que en la actualidad, en el caso peruano, solamente se dispone en los casos de nulidad por vicio formal cuando el Tribunal Supremo se vea imposibilitado de regularizar positivamente la litis.

Esta regulación del órgano casatorio fue sufriendo transformaciones desde su creación (27-11-1790) hasta la consagración definitiva de su poder de regulación mediante la Ley de 01-04-1837, en que se convierte el organismo casatorio con plena capacidad en la dirección suprema de toda la interpretación jurídica, trasladando dicha atribución del Legislativo al Poder judicial.

El órgano casatorio fue afirmándose progresivamente y extendiéndose por toda Europa y América Latina. Controlaba no sólo la violación expresa del texto de la Ley, sino

37 Hitter, Juan Carlos. Obra citada.

su falsa aplicación y, lo que es más trascendente aún, su errónea interpretación³⁸. En la actualidad fiscaliza:

- a. La infracción expresada en la ley.
- b. La falsa aplicación de la norma.
- c. La errónea interpretación que de ella se haga.

Por mandato de la Ley 67.523, de 23 de julio de 1967, la Corte de Casación Francesa está compuesta por 6 salas (5 civiles y una criminal) además de la Asamblea Plenaria, formada por los presidentes, decanos y dos magistrados de cada una de las salas civiles, cuya finalidad era, entre otras, unificar la jurisprudencia de las salas civiles. Luego de una primera casación de juez de instancia que falla por segunda vez apartándose de la opinión del órgano máximo, el asunto era resuelto por la Asamblea Plenaria manteniendo la resolución de grado o la del organismo casatorio, evitando el reenvío y decidiendo sobre el fondo, salvo el caso que resultara imposible resolver, cuyo caso se hace el reenvío.

En 1979 la ley adjetiva impone a la Corte Casatoria, en los casos que advierta una deficitaria paliación de derecho, la obligación de modificar el pronunciamiento impugnado, resolviendo positivamente la litis y evitando el reenvío. Esto ha sido admitido por Italia, en su Reforma de 1990, y también por Alemania y algunos países hispanos.

2. MARCO FILOSÓFICO

La palabra ‘filosofía’ proviene de los términos griegos *philo*, que significa amor, y *sophia*, que significa sabiduría.

El filósofo se dedica de manera constante y desinteresada a la búsqueda del conocimiento del bien y la verdad, sin pretender una finalidad práctica o utilitaria.

Para Recasens Siches (mencionado por Torres Vásquez³⁹) significa esfuerzo total que se revela en aquel “propósito de conocimiento del universo en tanto que universo, es decir, en tanto que totalidad, mediante razones fundadas”, o como dice Ortega y Gasset “conocimiento del universo y de todo cuanto hay” que por cierto “contiene al hombre”. Dos son las notas esenciales que precisan este saber: autonomía (que tenga fundamento en sí misma) y pantonomía (que sea un criterio universal de lo que cada cosa es en función de ella misma).

38 Salvo Henrion, mencionado por Hitters Juan Carlos en obra citada.

39 Torres Vásquez, A. (1999) *Introducción al Derecho*.

La ciencia investiga un sector de la realidad, en cambio filosofía investiga la totalidad de lo que es. De ahí se sostiene que la filosofía es un conocimiento absoluto que investiga, por medio de la razón, los principios universales de todas las cosas, las causas primeras y las fundamentaciones últimas, mas allá de las cuales no puede remontarse la inteligencia humana. La ciencia investiga un sector de la realidad; la filosofía, la totalidad de lo que es. La filosofía es un conocimiento especulativo; la ciencia, conocimiento experimental. La filosofía juzga, orienta, defiende y problematiza los principios científicos, por eso se dice que la filosofía es la ciencia rectora por excelencia; consecuentemente, el Derecho es estudiado tanto por la ciencia como por la filosofía.

2.1. Filosofía del derecho

La filosofía del derecho es una parte de la filosofía general, que busca la verdad última, completa y fundamental del derecho, que sirve de base y justificación de todas las demás verdades jurídicas, articulando lo jurídico en una visión total del mundo. Ha dado lugar a los conceptos de:

a. *Ontología jurídica*

Trata del problema de la esencia del objeto del derecho, de su ser. Investiga la noción esencial del derecho y de todos los demás conceptos jurídicos que constituyen los supuestos fundamentales de toda ciencia jurídica. Precisa el concepto de derecho para ubicarlo como un sistema normativo de conducta social y relacionarlo con los demás sistemas sociales⁴⁰.

b. *Gnoseología jurídica*

Se ocupa del problema del conocimiento del derecho, para determinar si se puede alcanzar una noción cabal del derecho y la justicia, y si se puede contemplar como objeto solamente al derecho positivo o hay que buscar algún otro sistema más elevado o ideal (derecho natural). Llamada también teoría del conocimiento, estudia el origen y alcance del conocimiento (no los conocimientos particulares sino el conocimiento en general).

c. *Deontología jurídica o axiología jurídica*

Se refiere al problema del fin o ideal del derecho o problema de los valores. Indica cuál debe ser la finalidad y fundamento de la obligatoriedad del derecho. Estudia el funcionamiento y fines del derecho; o sea, indica y descubre los valores que deben orientar la formación del ordenamiento jurídico y los objetivos que este debe perseguir. A diferencia de otras disciplinas jurídicas, la filosofía valora a los sistemas jurídicos de acuerdo a un ideal de justicia⁴¹.

40 Husser, mencionado por Torres Vásquez en obra citada.

41 Mochet, Carlos, mencionado por Torres Vásquez en obra citada.

d. *Metodología jurídica*

Se refiere al camino o medios para alcanzar el derecho. Como dice Villey, una vez establecido que el derecho se ocupa de lo suyo de cada uno, es necesario dilucidar a dónde hay que buscar el derecho; o sea, el tema de las fuentes naturales positivas del derecho, y también los problemas de la dialéctica jurídica y la reflexión acerca del lenguaje jurídico.

e. *Filosofía de la interpretación del derecho*

Estudia los contenidos de las normas jurídicas para establecer su sentido y alcance y su proyección sobre las actividades jurisdiccionales y legislativas.

El problema del concepto o naturaleza del derecho es indudablemente uno de los problemas principales de la filosofía del derecho. No hay desacuerdo acerca de esto. Quienes centran su atención principalmente en la validez ideal del derecho y quienes se ocupan de la existencia del derecho en la comunidad tienen que fundar necesariamente sus teorías en un concepto sobre la naturaleza del derecho.

2.2. La filosofía del derecho de Jürgen Habermas⁴²

Aplicando los postulados generales de su teoría de la acción comunicativa a la sempiterna cuestión de la validez de las normas jurídicas, Habermas⁴³ concluye que la validez se resuelve en una tensión entre facticidad (o validez social) y legitimidad (o validez racional o comunicativa).

Las normas jurídicas han de poseer una dimensión fáctica, que tiene que ver con los aspectos de su cumplimiento y de la coacción que lo respalda. Ahora bien, la función de integración social que al derecho le corresponde en sociedades complejas (en las que ya no bastan los mitos o tabúes y las certezas incuestionadas que componen el mundo de la vida, y en las que ha decaído también el respaldo religioso o metafísico de las normas como fundamento común y compartido) solo puede cumplirse efectivamente si las normas poseen un elemento de legitimidad que rebasa su pura imposición coactiva y posibilita la mínima aceptación necesaria para su seguimiento. Esta legitimidad de las normas “es independiente de su imposición fáctica” y depende del modo en que estas normas sean creadas (...) Queda así sentada una de las tesis centrales de su libro *Facticidad y validez*.

42 Para desarrollar este apartado tomamos las partes del excelente estudio del profesor de la Universidad de León, Jorge Antonio García Amado, que convienen al propósito de nuestro libro. Realizamos algunas variaciones muy ligeras sólo para dar continuidad al texto y adecuarlo a nuestro objetivo. De las muchas páginas web en las que se encuentra alojado este estudio, visitamos <http://www.spencer.adv.br/universidades/Amado-La%20filosofia%20del%20derecho%20de%20habermas.pdf> [Verificamos, en mayo del 2013, que la página sigue vigente.] Las comillas corresponden a las citas textuales que hace García Amado de la obra de Habermas.

43 La obra de Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, que analiza García Amado, también se encuentra en español, traducida por Eduardo Rivera López (Madrid, 1998)

¿Es de índole fáctica o normativa la afirmación [de Habermas respecto a] que la función de integración social que el derecho ha de cumplir no se realiza en un ordenamiento jurídico carente de legitimidad? [El aserto]de Habermas puede entenderse de las dos maneras. Como afirmación empírica equivaldría a entender que allí donde los destinatarios de las normas no se sienten autores de las mismas, por no provenir éstas de un proceso legislativo de carácter democrático, no serán mayoritariamente cumplidas y ese ordenamiento no ejercerá la función de orden y coordinación de conductas que al derecho le corresponde. Pero esa tesis es fácilmente rebatible. Primero, con la evidente constatación de que los ordenamientos menos democráticos y más feroces han conseguido y consiguen imponer sus normas por encima de cualquier sentimiento de los sometidos a ellas. (Las normas jurídicas del nazismo no provocaron precisamente el rechazo de los alemanes de la época, por mucho que en su creación ya no quedara ni rastro del proceder democrático.) Si el dato determinante es que los destinatarios de las normas puedan ‘sentirse’ autores de las mismas o de acuerdo con su contenido, esa aquiescencia puede inducirse con los medios y las técnicas del Estado moderno y alcanzarse incluso un grado de unanimidad que nunca se da en democracia. Sabido es que los dictadores de toda laya suelen sancionar con plebiscitos triunfantes sus más ambiciosas iniciativas legislativas.

(...)

Cosa distinta es interpretar que el derecho posea solamente esa vertiente fáctica y que no sea fruto de la voluntad y el consenso de sus destinatarios cumple, al menos elementalmente, su función de orden e integración, bien como consecuencia de la fuerza (del miedo) o, sobre todo, de la manipulación ideológica, pero que carece de las notas que permitirían calificarlo como racional, legítimo o justo. Y aquí es donde la doctrina de Habermas puede aportar sus mejores frutos, en cuanto teoría de la justicia más que, como él pretende, como teoría de la validez jurídica. Pues esto último solo lo consigue a costa de una tesis que no se atreve a formular en todo su alcance: entender que el derecho injusto, ilegítimo, no es válido. Habermas parece insinuar, por decirlo en términos de teoría del derecho, que ese derecho no puede ser eficaz. De ese modo parece sustraerse a los reproches habituales al iusnaturalismo. Pero queda a merced de la historia, de la sociología y de una teoría del derecho que desde hace décadas sabe distinguir entre facticidad o eficacia, validez o positividad, y justicia o legitimidad. Habermas, en cambio, habla de validez y facticidad para acabar entendiendo que ambas forman una síntesis cuya clave está en un tercer elemento que poco a poco va ocupando la plaza de ambas: la legitimidad.

(...)

Una vez que el derecho moderno se ha autonomizado de la moral y del respaldo religioso o metafísico de sus normas, queda constituido como un ámbito abierto a la argumentación, a la acción comunicativa, que solo puede basarse en el entendimiento como fuente de la legitimidad de las normas. De ese modo pueden, con la modernidad, realizarse para el derecho los presupuestos argumentativos y consensuales inmanentes a toda pretensión de validez lingüísticamente formulada. Y para que realmente sea posible

esa construcción discursiva y consensual de las normas jurídicas, los sujetos deben presuponerse recíprocamente como autónomos, reconociéndose ciertos derechos. “Como participantes en discursos racionales, los destinatarios del derecho han de poder examinar si la norma en cuestión halla o puede hallar el asentimiento de todos los posibles afectados. Con ello —continúa Habermas— la interrelación interna entre soberanía popular y derechos humanos, consiste en que el sistema de derecho indica precisamente las condiciones bajo las que las formas comunicativas necesarias para una creación del derecho políticamente autónomo pueden, a su vez, ser jurídicamente institucionalizadas”.

(...)

Nos movemos aquí en el terreno en que derecho y moral tienen puntos de coincidencia, pues, según Habermas, el derecho positivo está vinculado a la moral a través del componente de legitimidad de la validez jurídica, y esa relación es de complementariedad mas no de jerarquía. Moral y derecho tienen en común que para ambos rige el principio discursivo (...)

Habermas enumera esos derechos “que los ciudadanos se deben reconocer recíprocamente si quieren regular de modo legítimo su convivencia mediante el derecho positivo”. Son los derechos exigidos para hacer posible la efectiva realización del principio discursivo, base del procedimiento democrático y fundamento de la legitimidad (y con ello, de la validez) de las normas resultantes. Ese sistema de derecho constituye los presupuestos “de los que los miembros de una comunidad jurídica moderna han de partir si quieren poder tener por legítimo su ordenamiento jurídico sin apoyarse para ello en fundamentos de tipo religioso o metafísico (...) [el corte de texto es de García Amado]. Los derechos que en este experimento intelectual se reconstruyen son constitutivos para toda asociación de sujetos jurídicos libres e iguales”. Y[de]tal sistema de derecho resultade [sic] que “el medio jurídico como tal presupone derechos que definen el status de sujetos jurídicos como portadores de derecho”.

Se presupone, en primer lugar, un margen de libertad de acción privada. Esos derechos exoneran al titular de la necesidad de dar cualquier explicación acerca de su esfera privada; el actor no necesita aportar fundamentos públicamente aceptables de su actuación en ese ámbito. Y no solo se exige que exista esa esfera de la libertad subjetiva, sino también que sea igual para todos. Por otro lado, en cuanto a la esfera pública, “la idea de autolegislación de los ciudadanos exige que aquellos que están sometidos al derecho como destinatarios se puedan entender, al mismo tiempo, como autores del derecho”, lo cual se consigue a través de la institucionalización de procedimientos democráticos.

¿Cómo especifica Habermas esos derechos fundamentales que todo ordenamiento legítimo presupone y protege? Los divide en cinco grupos.

- a. “Derechos fundamentales que resultan de la conformación, políticamente autónoma, del derecho a la mayor medida posible de iguales libertades subjetivas de acción”.

Se trata del derecho de cada cual al mayor grado posible de igual libertad de acción subjetiva, solo limitable para compatibilizarla con la libertad igual de los demás.

- b. “Derechos fundamentales que resultan de la conformación, políticamente autónoma, del status de miembro en una asociación voluntaria de sujetos jurídicos”.

Estos derechos derivan del dato de que, a diferencia de lo que ocurre con la moral, las normas jurídicas no regulan las interacciones en general entre los sujetos, sino las interacciones dentro de una concreta sociedad. Esto “se sigue ya del concepto de positividad del derecho” y viene exigido por la necesidad de que los sometidos al derecho puedan apelar a una instancia que monopolice la violencia legítima. Es necesario, por tanto, que el ordenamiento diferencie entre miembros y no miembros de la comunidad jurídica, entre ciudadanos y extranjeros. Es decir, son necesarios los derechos de nacionalidad. Según Habermas, la necesidad de protección frente a la privación unilateral de esos derechos resulta “de la aplicación del principio discursivo”. Aquí podríamos plantearnos una duda sobre la coherencia de la construcción habermasiana: ¿no parece que el principio universalista que preside su teoría discursiva y su ética normativa casa mal con la defensa de las fronteras estatales y con la interpretación del interés general, clave legitimatoria de lo jurídico, como interés de una determinada comunidad nacional y, por tanto, no universalizable, sino, como máximo, generalizable para los miembros del concreto Estado de que se trate?

- c. “Derechos fundamentales que resultan de modo inmediato de la *reclamabilidad* de derechos y de la conformación, políticamente autónoma, de la protección jurídica individual”

Se trata de los derechos que garantizan la vía jurídica, como el libre acceso a tribunales independientes y efectivos.

Explica Habermas que esos tres tipos de derechos surgen de la mera aplicación del “principio discursivo al medio jurídico como tal”, y que “no hay derecho legítimo sin esos derechos. Pero puntualiza que no se trata de los derechos liberales clásicos, sino que se hallan a un superior nivel de abstracción. Más bien consisten en “principios jurídicos a los que el legislador constituyente se orienta” y que éste debe necesariamente considerar, “pues en estos principios se hace valer el sentido racionalizador de la forma jurídica como tal, que ya Hobbes y Rousseau acentuaron”. Por tanto, los derechos fundamentales clásicos del liberalismo (la dignidad humana, libertad, integridad de la vida y el cuerpo, propiedad, elección de profesión, inviolabilidad del domicilio, etc.) son “interpretaciones y confi-

guraciones del derecho general de libertad” en el sentido del derecho a iguales libertades subjetivas mencionado en (a). El mismo significado tienen, respecto de (b), la prohibición de extradición, el derecho de asilo, el derecho a la nacionalidad, etc., e igual interpretación por relación a (c) cabe hacer de postulados como la irretroactividad, el *non bis in idem*, la prohibición de tribunales especiales, la garantía de la independencia judicial, etc.

El siguiente derecho que Habermas menciona en su enumeración tiene que ver con los derechos fundamentales de carácter político, tendentes a hacer posible que los sujetos puedan alcanzar el rol de autores de su ordenamiento jurídico:

- d. “Derechos fundamentales a una participación, en condiciones de igualdad de oportunidades, en los procesos de formación de opiniones y voluntades en los que los ciudadanos ejercen su autonomía política y mediante los cuales sientan derecho legítimo”.

El fundamento de estos derechos políticos es claro: «con arreglo al principio discursivo pueden pretender validez precisamente aquellas normas que puedan hallar el asentimiento de todos los potenciales afectados, en la medida en que estos tomen parte en discursos racionales» Es esa participación discursiva y la producción de las normas lo que estos derechos políticos aseguran.

(...)

- e. “Derechos fundamentales a unas condiciones de vida que estén social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida respectivamente necesaria para un aprovechamiento, en condiciones de igualdad de oportunidades, de los derechos humanos mencionados de (a) a (d)”.

(...) Habermas se interroga sobre la legitimación del poder político. Insiste en que es el sistema de derechos que hemos mencionado el que funda la necesidad del derecho objetivo y del poder político estatal como medio para la imposición y protección de esos derechos. Se trata de “*implicaciones* jurídico-objetivas que se contienen *innuce* en los derechos subjetivos”. “Hasta la más simple legislación debe ser entendida como concreción del sistema de derechos conformado como Constitución». La unión sustancial entre moral y derecho en ningún momento se diluye. Y hasta el sentido del procedimiento democrático proviene o está ya implícito en el sistema de los derechos. Y lo que ese sistema de derechos demanda no es la mera existencia de un poder político y un Estado, sino del Estado de Derecho y de una política sometida a las leyes emanadas de la soberanía popular. “No es la forma jurídica como tal lo que legitima el ejercicio de la dominación política, sino únicamente la vinculación al derecho *legítimamente establecido*”. Este es únicamente el que “puede ser racionalmente aceptado por todos en un proceso de formación discursiva de la opinión y la voluntad”. En ese marco, la soberanía

popular no se identifica con un grupo físico de personas, sino con un poder que circula comunicativamente y vincula al aparato administrativo del Estado. Es el derecho el instrumento mediante el que ese poder comunicativo se transmite al sistema administrativo, que se rige por un código de poder. De ahí que el Estado de Derecho se caracterice por la prioridad que ese poder comunicativo posee frente a otros poderes o intereses de grupos o personas. El procedimiento democrático “institucionaliza las formas comunicativas necesarias para una formación racional de la voluntad política”, y la “bisagra” entre el sistema de derechos y la construcción de un Estado democrático de Derecho la forma el principio de soberanía popular, en su interpretación discursiva.

(...)

Culmina Habermas su obra describiendo el nuevo paradigma jurídico que con su teoría se propone. Entiende por paradigmas jurídicos distintos modos de realizarse el sistema de derechos y los principios del Estado de Derecho. Un paradigma jurídico explica “de qué manera se conciben y se deben tratar los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales a fin de que puedan cumplir, en un contexto dado, la función que normativamente se les adscribe”. Dentro de un paradigma jurídico compartido en una sociedad, el juez se ve descargado de una parte de las decisiones de fondo y aumenta la previsibilidad para las partes. En el derecho formal burgués y el del derecho materializado, propio del Estado social. Frente a ellos, Habermas propone el paradigma jurídico procedimental o discursivo. El paradigma liberal adolece de descuidar las condiciones que hacen viable la autonomía privada. Esas condiciones las atiende el paradigma del derecho material, que busca condiciones de justicia social aptas para asegurar los mínimos vitales requeridos para un ejercicio efectivo de la autonomía por los sujetos. Pero este paradigma tiene, a su vez, los defectos del paternalismo, pues desactiva la esfera política mediante medidas que surten un efecto desmotivador de la participación y disolutivo de las interrelaciones sociales.

El paradigma procedimental resalta la interrelación ineludible entre autonomía pública y privada: solo sobre la base de la autonomía privada es posible la autonomía pública de los individuos, la autoorganización social; a su vez, solo ese autogobierno pone las condiciones para que cada cual pueda ser privadamente autónomo. “El derecho legítimo -dice Habermas- cierra el círculo entre, por un lado la autonomía privada de sus destinatarios, tratados de modo igual, y, por otro, la autonomía pública de los ciudadanos que, como autores con igual derecho del ordenamiento jurídico, han de decidir (en última instancia) sobre los criterios de la igualdad de trato”. Intenta Habermas con su nuevo paradigma salvar los otros dos paradigmas, el liberal y el del derecho material. “Un programa jurídico se muestra como discriminatorio cuando es insensible frente a las consecuencias limitadoras de la libertad que tienen las desigualdades fácticas; es paternalista cuando es insensible frente a las consecuencias limitadoras de la libertad que conlleva la compensación estatal de aquellas desigualdades.”

Finaliza afirmando que el paradigma comunicativo del derecho no prejuzga un modelo determinado de sociedad o de vida buena y queda sometido a discusión, bajo las condiciones que él mismo establece. Únicamente su núcleo es dogmático: “la idea de autonomía, conforme a la cual los seres humanos solo actúan como sujetos libres en la medida en que solo obedecen aquellas leyes que se han dado a sí mismos según ideas intersubjetivamente adoptadas”. Concluye la obra con esta frase: “en esta idea se expresa una tensión entre facticidad y validez, tensión que viene “dada” con el dato de la constitución lingüística de las formas de vida socio-culturales, es decir, que es irrebasable para nosotros que hemos formado nuestra identidad en una tal forma de vida”. Acaba, pues, el trabajo con un nuevo intento de salida para los dilemas a que hemos venido aludiendo: entre lo fundado para nosotros y lo fundado en general o en absoluto puede no haber coincidencia; pero, si se permite el juego de palabras, para nosotros lo fundado es lo fundado para nosotros.

No podemos conocer ni concebir otra cosa, por eso las tesis de Habermas que acabamos de ver tal vez hayan de entenderse, más que como fundamentación del derecho, o del derecho moderno, como reconstrucción (tal como él mismo afirma en algún momento) del fundamento que se presupone en el derecho moderno y en la sociedad que lo ha originado. El problema que permanece es el de cómo conciliar, por un lado el cognitivismo general Habermas y el apoyo de su teoría del discurso en los presupuestos inmanentes al uso del lenguaje en todo tiempo y lugar, como, por otro lado, el circunscribir la aplicación de esos postulados a un derecho moderno cuya racionalidad por esa vía se postula.

Hasta aquí el aporte de Habermas y del valioso estudio de Juan Antonio García Amado. Para los propósitos de nuestro tema recordamos que nadie ha dudado de las garantías constitucionales, entre ellas la “tutela jurídica con observancia al debido proceso”, y que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o vacíos de ley. El carácter elemental de estas ideas no les quita significación científica, pues ellas constituyen, en verdad, solo un punto de partida para la investigación ulterior. En el campo del derecho procesal civil, puede afirmarse que ellos no han tenido un natural desarrollo. Hasta se da la curiosa circunstancia de que el pensamiento político de las constituciones no siempre ha sido fielmente interpretada con el texto de sus leyes⁴⁴.

El tema que nos ocupa es finalmente la justicia. Pues bien, ¿cuál es el concepto de justicia que debemos suscribir? Cuando Jesús de Nazareth, ante el gobernador romano, admitió que era un rey, dijo: “Yo he nacido y he venido al mundo para dar testimonio de la verdad” a lo que Pilatos preguntó: “¿Qué es la verdad?” El escéptico romano no esperaba respuesta alguna, y el justo tampoco dio ninguna. Lo esencial en su misión como rey mesiánico no era dar testimonio de la verdad; él había nacido para dar testimonio de la justicia, de esa justicia que él quería realizar en el Reino de Dios. Y por esta justicia murió en la cruz.

44 Couture, Eduardo (1979) *Estudios de Derecho Procesal Civil*.

Después de veintiséis siglos de historia de la filosofía existe coincidencia del pensamiento sobre la justicia, la misma que ha sido entendida como igualdad, armonía, proporcionalidad, medida de cambio y distribución, apreciada al mismo tiempo como el valor jurídico por excelencia.

La mitología griega personifica la función igualitaria de la justicia en la diosa *Diké*, hija de Zeus y de Themis. Se sentaba al lado de su padre y le ayudaba en la tarea de juzgar la tarea de los hombres y de los dioses. Portaba siempre su espada, y, al parecer, le correspondía, más que la decisión judicial, la división de las cosas en partes iguales. Era confundida como Astreida, hija de Astreo y de la Aurora. Vivió en la edad de oro y subió al Olimpo, como consecuencia del primer crimen del mundo. Quedó ubicada en Zodiaca, en la constelación Virgo. Sus atributos eran una balanza y una palma en una mano y en la otra un manojo de espiga.

En lo que se refiere al concepto de justicia, por lo menos en lo que puede ser justo para cada persona, puede significar: a cada uno lo mismo, a cada uno según sus méritos, a cada uno según sus obras, a cada uno según su contribución, a cada uno según sus necesidades, a cada uno según su rango o condición, a cada uno según su capacidad, a cada uno según lo atribuido por el Derecho Positivo. Todas estas aceptaciones son incompatibles entre sí, pero existen entre ellas elementos comunes, pues en todas aparece el concepto de justicia como un principio de acción según el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados del mismo modo.

Sin embargo, ninguna de las referidas significaciones, ni su común denominador formal, hacen algo más que fijar los límites dentro de los cuales pueden discutirse el concepto de justicia, que requiere, tanto una formalización de la igualdad como la determinación del criterio material que debe aplicarse a la norma de igualdad y a la referencia a la realidad histórica.

Examinemos, siguiendo a Alf Ross, el papel que desempeña cada uno de los dos elementos contenidos en las fórmulas de justicia: la exigencia formal de igualdad y el criterio material para la determinación de la clase a que se aplica la norma de igualdad. La exigencia formal de igualdad no nos dice qué criterios son los relevantes. Si este punto queda sin resolver, la igualdad se reduce a la exigencia de que todas las diferencias dependen de criterios generales. Pero esto no es más que una demanda de que el trato concreto se presente bajo la forma de la aplicación de una norma general. En consecuencia, el ideal de igualdad significa, simplemente, la correcta aplicación de una norma general. Los conceptos generales empleados en la norma definen una cierta clase de personas o situaciones a las cuales deberá darse un cierto trato. El trato igual de todos los que pertenecen a estas clases es, por lo tanto, consecuencia necesaria de la correcta aplicación de la norma. Como resultado de esto, la justicia viene a estar en oposición a la arbitrariedad, es decir, a la decisión que surge en forma no determinable de la reacción espontánea, frente a la situación concreta, del sujeto que toma la decisión y está determinada por sus emociones

y actitudes subjetivas. Esta es la exigencia formal de racionalidad que surge del primero de los dos elementos contenidos en la fórmula de justicia, o sea, la pura exigencia de igualdad.

La exigencia formal de igualdad no puede jamás justificar la pretensión de que una norma deba ser preferida a otra. Ello depende de su contenido y este contenido no puede ser derivado del principio de igualdad, sino que tiene que surgir del otro elemento que aparece en la justicia: el criterio material para la determinación de la clase a que se aplica la norma de igualdad.

3. LÍMITE DE LA INVESTIGACIÓN

El instituto de la casación ha generado siempre encendidos debates académicos, jurídicos, filosóficos y hasta sociológicos, orientados en distintas direcciones, y con mayor énfasis a mediados del siglo XX. Su estudio o análisis trata no solo de la transformación histórica dogmática (el modo ‘puro’ de la casación) sino de las diversas concepciones de la casación y la decisión o posición frente a ellas, como el sistema germánico, que ha constituido un sistema ‘mixto’ o intermedio entre casación y revisión. Entendemos que no se trata de un problema de ciencia sino de política social. Esto no quita, sin embargo, que se realice una operación de política del derecho, sobre la reconstrucción histórica dogmática del instituto de la casación. En nuestro Perú, como lo sostiene el maestro y jurista sanmarquino Aníbal Torres Vásquez, en su artículo “La Jurisprudencia como fuente del Derecho”, es creación del poder político, es decir de los poderes Legislativo y Ejecutivo; en cambio en los países del Common Law, y algunos países desarrollados con el Civil Law, el derecho es principalmente creación del Poder Judicial mediante el *Stare decise* (estese a lo decidido); de tal manera que se crea el precedente judicial, que es una garantía en la administración de justicia predecible.

Piero Calamandrei considera que la casación está formada por dos elementos, en una relación de complementariedad: la corte casatoria y el recurso de casación. La corte está referida a la creación jurídico-política; el recurso pertenece al derecho procesal.

Otra tarea de la investigación y empeño de Calamandrei es la unificación de la casación civil, que él elabora sobre la base de un importante análisis histórico. Una vez individualizadas la nomoflaquia y la garantía de uniformidad de la jurisprudencia como funciones esenciales de la corte de casación (al decir de Michale Tarruffo, en su obra *El vértice ambiguo*), él critica el control que la corte ‘ejerce’ sobre los errores in procedendo, por cuanto es extraño a la finalidad de unificación de la jurisprudencia. Por esta razón, es contrario a la excesiva extensión del control sobre los errores in-iudicando, que debería estar solo limitado a las cuestiones de cuya solución podría derivar un flujo regulador sobre la futura interpretación jurisprudencial del derecho objetivo; a fortiori, luego él critica decididamente el control sobre los vicios de motivación.

3.1. Concepción causal y teológica

¿De dónde deriva el criterio de la causalidad, en el aspecto de derecho procesal? Partiremos de la necesidad generada por la inconformidad ante la administración de justicia, por los errores u omisiones en que pueden incurrir los magistrados.

(Sabemos que todo fenómeno tiene una causa determinada. Ahora bien, como dice Del Vecchio, nuestro conocimiento estrictamente científico de la naturaleza como unidad ordenada, se funda en la certeza que tenemos a priori sobre la validez universal del principio de causalidad. En este sentido tiene vigencia el enfoque kantiano del intelecto como legislador de la naturaleza, expresado en la frase “sin intelecto no hay naturaleza”. Además la ley de causalidad no tiene sentido sino con respecto a las modificaciones que acontecen en la realidad.) En el caso de la casación no resulta suficiente la función nomofiláctica, sino que es necesario incorporar la función *dikélogica* de verdad.

La interpretación teológica es, por tanto, no solo legítima sino indeclinable. Recurrir a ella se revela tanto más necesario cuanto más elevadas y complejas son las relaciones en que se trata de penetrar. Claro está que esta visión final o teológica es subjetiva, pero podría alegarse que están subjetiva como la explicación causal, que corresponde también a una exigencia lógica, a una forma o función a priori del intelecto.

Como quiera que sea, es necesario precisar los conceptos, pues se pretende desarrollar y ampliar un instituto jurídico procesal en su aplicación teórica y práctica, a fin de que cumpla con la función nomofiláctica, la uniformidad de la jurisprudencia, y, en cuanto sea posible, con la función dikélogica.

Respecto al derecho procesal, Alsina⁴⁵, compartiendo opinión con Carnelutti y Chiovenda, refiere que:

- a. Corresponde al Estado resolver las controversias entre particulares cuando no logren una solución pacífica. Para este fin crea las reglas de actuación.
- b. Corresponde al Estado prohibir a sus súbditos hacerse justicia por mano propia. El Estado asume la tutela de sus derechos arrogándose la jurisdicción (declarar el derecho), lo cual constituye la acción.
- c. La acción importa la afirmación de una pretensión jurídica y ello supone la alegación y prueba de los hechos. Al juez corresponde la recepción de las pruebas, la determinación de la norma que regula la relación de derecho invocado, y su aplicación al caso concreto.

45 Alsina, Hugo (1957) *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*.

3.2. Autonomía del Derecho Procesal Civil

El término ‘derecho procesal civil’ es de cuño reciente. En la tradición latina se decía ‘procedimiento civil’, y el vocablo ‘proceso’ estaba reservado para el juicio penal, mientras que para el juicio civil se hablaba exclusivamente de ‘causa’, de ‘*littis*’, o de *juicio Tout – cout*. El término ‘proceso’ llegó de la doctrina alemana, aun cuando el precedente es el canónico ‘*processus iudicii*’, mientras que ‘procedimiento’ es de origen francés⁴⁶.

Hablando con propiedad decimos ‘Derecho Procesal’ y no ‘procedimiento’, como se sostenía al principio del siglo XX, pues, el procedimiento significa “el desarrollo exterior de este ítem”. Con estas palabras, Chiovenda justificaba el cambio del nombre.

La separación entre el derecho civil y el derecho procesal es relativamente moderna. Los romanos no se preguntaban si tenían un derecho, sino si tenían una acción para calificar un caso litigioso. Tampoco hicieron distinciones entre derecho civil y derecho penal, y fue la evolución social quien lo estableció posteriormente en España, en el *Fuero Juzgo*. Después, en las leyes de Partidas, ya se dedican capítulos especiales al procedimiento. Con la ordenanza francesa de 1667 la regulación del proceso toma fisonomía legislativa, y posteriormente, en 1806, se dictó el Código de Procedimientos Civil francés. Hoy no puede negarse la autonomía del derecho procesal; sin embargo, el hecho de afirmar la autonomía del derecho procesal no autoriza a negar el carácter jurídico de los actos de procedimientos.

El procedimiento propiamente dicho no es otra cosa que el conjunto de formalidades al que deben someterse el juez y las partes en conflicto del proceso. Pues bien, los principios que regulan la paliación, interpretación e integración de la ley procesal forman parte de la teoría general del derecho, y la hermenéutica jurídica guía la discusión acerca de la posibilidad de referirlos específicamente al derecho procesal, frente al método exegético, que investiga el sentido de la ley y consiguientemente la interpretación de la norma.

El régimen procesal de un país, y particularmente el procedimiento, tiene trascendencia social y jurídica. Puede decirse que sin el derecho procesal no habría seguridad ni armonía social, ni paz ni progreso, pues los institutos de derecho procesal buscan garantizar la tutela jurisdiccional de los derechos. Estos institutos no solamente nacen con la promulgación de la ley o la norma, sino que con su prolongada existencia garantizan la realización de la justicia. S. Satta afirma que son pocas las categorías procesales que realmente son ‘eternas’, y que la historia del derecho es también la historia de los procesos.

El derecho evoluciona —como lo sostenía Georges Ripert y confirmado por Envald— y haciendo uso de la lógica rigurosa del positivismo los franceses vuelven a la jurisprudencia de sus tribunales para modificar todo el derecho civil, sin necesidad de cambiar las normas contenidas en dicho código.

46 Salvatore Satta (1971) *Derecho Procesal Civil*.

3.3. Prohibición de obstáculos excesivos

El acceso al proceso puede verse afectado por normas que imponen requisitos impositivos en el procedimiento, que resultan innecesarios o excesivos respecto a los fines del juzgado de resolver el recurso extraordinario de casación del conflicto intersubjetivo de intereses, esto es de hacer justicia al caso concreto y evitar mayores dilaciones procedimentales, pues, como dice el aforismo, “justicia retardada no es justicia”.

Tales formalidades y requisitos dentro del proceso serán constitucionalmente válidos si, respetando el contenido del derecho fundamental de su *causa pretendi*, guarda la adecuada proporcionalidad con el fin perseguido. De lo contrario, se estaría dando paso al antiformalismo, pues “el ordenamiento procesal tiene una serie de reglas formales que se encuentran establecidas en atención a lograr la seguridad jurídica a través de la legalidad. Por ello, el cumplimiento de las formalidades no se deja al libre arbitrio de las partes, ya que para la ordenación adecuada del proceso existen formas y requisitos impuestos que efectúan al orden público y son de obligatoria observancia”⁴⁷, razón suficiente para ampliar, precisar y clarificar el Art. 384 del Código Procesal Civil en vigencia, incluyéndose la observancia de la justicia al caso concreto, como una verdadera función dikelógica; asimismo la subsanación de los vicios o defectos procesales sin perjuicio de su tendencia, a favorecer la conservación de los actos procesales o la subsanación de los vicios susceptibles de reparación sin ruptura del proceso.

El profesor Monroy⁴⁸ refiere que el instituto procesal impugnatorio es “el instrumento que la ley concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al juez que, él mismo u otro de jerarquía superior, realice un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso.”

Con el fin que nos adelantemos a mencionar el concepto del recurso extraordinario de casación y a decir del profesor Bruno Marchese Quintana⁴⁹ “Entendemos por casación a una función jurisdiccional confiable al más alto tribunal jurisdiccional para anular (sistema francés) o anular o revisar (sistema alemán y sistema español), a invocación de parte, las sentencias definitivas de los tribunales de mérito que contengan un error de derecho.”

Para el autor de este libro *Casación civil en el Perú*, el recurso de casación puede definirse como aquel medio impugnatorio extraordinario que consiste en la aplicación e interpretación al derecho objetivo así como la uniformidad de la jurisprudencia nacional y de propender a la justicia del caso concreto, esto es la aplicación clara y precisa de la función dikelógica.

47 Pico y Junoy (1997) *Las Garantías Constitucionales del Proceso*.

48 Monroy Gálvez (1997) *Comentarios al Código Civil*.

49 Marchese Q (1998) “La Casación Civil”.

CAPÍTULO CUARTO



LOS SISTEMAS CASATORIOS EN EL DERECHO COMPARADO

Dada su connotación y significación jurídica, el origen y evolución de los fines de la casación convoca una serie de reflexiones, que han llevado a los grandes países europeos a instalar las *Cortes de Casación* y, por consiguiente, crear el instrumento o medio denominado *recurso extraordinario de casación*, sobre el cual se edifica la institución de la casación, levantada con rasgos propios que permiten con *ratio lege* asegurar la legalidad y el derecho (no solo la ley), para que la ley no sea infringida por algunos jueces, cuyas sentencias contrarían el rol nomofilático de la institución, y generan en forma oportuna la uniformidad de la jurisprudencia.

La institución de la casación ha evolucionado. En la actualidad se distinguen hasta cuatro sistemas de casación en la legislación internacional comparada; a saber: francés, italiano, alemán y español. La diferencia entre ellos radica en las facultades que concede la corte de casación luego de declarar fundado el recurso (por error in iudicando o error in procedendo), de acuerdo a la realidad de cada país (en sus aspectos: socio-jurídicos), en aras de una recta y acertada administración de justicia.

1. SISTEMA FRANCÉS

Seguido por otras legislaciones entre ellas, la italiana⁵⁰, consiste en que una vez casado el fallo de la sala de mérito por la sala casatoria, ésta reenvía el expediente al mismo tribunal que dictó la sentencia casada o a otro de la misma jerarquía para que dicte un nuevo fallo que resuelva la controversia.

50 Marchese Q. Obra citada.

El juez o la sala de mérito recibe su competencia ya no de la ley, sino de la sentencia de la Corte Suprema. A esto se llama *juicio de reenvío*. Las facultades del juez para dictar el nuevo fallo podrán estar o no estar limitadas, según se dé o no se dé fuerza vinculante a la sentencia de la corte de casación. Se suele establecer que, después de uno o más pronunciamientos de la corte, adquiere poder vinculante para el juez de reenvío para así concluir el juicio.

Lo recomendable en este caso del sistema Francés es que lo sentenciado por la Corte de Casación obligue desde el primer momento al juez de reenvío, como ocurre con el sistema italiano. Esto no es conveniente por su lentitud, además que la doctrina no ha encontrado solución uniforme, y pueden darse las situaciones siguientes:

- a. El juez de reenvío no falla con arreglo a lo resuelto por la Corte Suprema, sea porque la contradice, se excede u omite algún aspecto. Para algunos ya no cabe una segunda casación; pero para las mayorías, sí.
- b. El fallo de la Corte Suprema repone la causa al estado en que se concedió la apelación contra la sentencia de primera instancia, debiendo nuevamente cumplirse con todo el trámite en segunda instancia, o solamente debe producirse nueva vista de la causa y pronunciar la nueva sentencia.

En la primera situación se otorga la posibilidad a las partes de presentar nuevas pruebas y contradecir los hechos que la Corte Suprema tuvo por ciertos para casar el fallo; en la segunda, se limita a dictar nueva sentencia (lo más aconsejable).

2. SISTEMA ALEMÁN

Comprende errores in-judicando y errores in-procedendo. la jurisprudencia ha ampliado el ámbito de la casación alemana⁵¹. El tribunal de casación puede remitir el proceso al tribunal de origen (reenvío), y en casos específicos puede fallar sobre el fondo de la controversia.

A diferencia del sistema francés, en el alemán se permite que el mismo Tribunal Supremo decida o resuelva sin reenvío, siempre y cuando considere que el caso puede decidirse sin un nuevo procedimiento, y en los supuestos de anulación por incompetencia.

También se puede precisar que el sistema alemán soluciona el conflicto con mayor celeridad siendo criticable que este sistema⁵² deja a la Corte de Casación la decisión sobre cuándo el caso puede decidirse sin un nuevo procedimiento y no lo determina la misma ley.

51 Fábrega P., Jorge (1985) *Casación Civil*.

52 Marchese Q. Obra citada.

3. SISTEMA ESPAÑOL

España ha variado su sistema del recurso de casación, por Ley N° 34/1984 del 06 de agosto de 1984. Antes de esta Ley regía la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que establecía, si el Tribunal Supremo declaraba fundado el Recurso de Casación por error in iudicando acto seguido se expedía una segunda sentencia que resolvía la controversia ajustándose a lo resuelto en la primera; sistema elogiado por algunos juristas, entre ellos De la Plaza, quien decía que la primera sentencia tenía por objeto el interés general y la segunda el interés particular.

Con la nueva Ley, si el Tribunal Supremo⁵³ casa la sentencia de la audiencia por error in iudicando o error en la apreciación de la prueba, en la misma sentencia resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, es decir, ya no lo hace en dos sentencias sino en una.

La diferencia con relación al sistema Alemán es que en el Español no se deja al arbitrio del Tribunal Supremo, el decidir si puede resolver la causa o reenviar, sino que la ley procesal le indica al tribunal qué es lo que debe hacer en cada caso.

Este sistema evita en lo posible el reenvío y para lo cual ha superado algunos errores in-procedendo por considerar que ante la ocurrencia de éstos el Tribunal Supremo puede resolver lo que corresponda sin necesidad de reenvío. (Para mayor ilustración, esto también ocurre con la legislación colombiana.)

4. FUNCIÓN PERUANA

Nuestro ordenamiento procesal, al decir de los estudiosos, ha adoptado parte del Sistema Español y la denominada ‘casación pura’ y parte del sistema francés (el reenvío). La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se orienta en tal sentido en las numerosas resoluciones casatorias que se tienen expedidas (verbi gratia, la publicada en el Diario Oficial *El Peruano* del 22.01.96.

Cuando el recurso de casación se sustenta simultáneamente en la errónea interpretación o inaplicación de normas materiales y en la contravención de normas procesales que garantizan el derecho a un debido proceso, los fundamentos en que se apoya deben ser objeto de verificación siguiendo un orden de prioridad, esto es, examinando el derecho a un debido proceso, primero lo relativo a las formas esenciales (error in-procedendo) para la eficacia y validez de los actos procesales, de modo que en caso de comprobarse esta última infracción se invalida la sentencia y se ordena expedir una nueva tal como lo establecía el Art. 396.1 C.P.C., de modo que si la infracción de la norma procesal

53 Marchese Q. Obra citada.

produjo la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o del debido proceso del impugnante.

Hoy, con la modificatoria, si la Sala Suprema declara fundado el recurso por infracción de una norma de derecho material, la resolución impugnada deberá revocarse íntegra o parcialmente, según corresponda. También se revocará la decisión si la infracción es de una norma procesal que a su vez, es objeto de la decisión impugnada; previo análisis de los artículos 387 y 388.

Si la infracción de la norma procesal produjo la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o del debido proceso del impugnante, la corte casa la resolución impugnada y además según corresponda: primero.- ordena que la Sala Superior expida una nueva resolución; segundo.- anula lo actuado hasta la foja que contiene la infracción inclusive, o hasta donde alcancen los efectos de la nulidad declarada, y ordena que se reinicie el proceso; tercero.- anula la resolución apelada y declara nulo lo actuado e improcedente la demanda.

5. CAUSALES COMUNES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

La determinación de las causales de la casación está condicionada por la naturaleza y fines de la misma y tiene distintas manifestaciones, según la diversidad y particularidades de los países que regulan este instituto; sin embargo, se advierten algunas condiciones generales o comunes. Veamos:

5.1. La violación de la ley como causal de casación

Están referidas al *error iure*, que tiene por fundamento el error in judicando y las relativas al error in-procedendo.

5.2. Formas en que se manifiesta el error in judicando, antes de la modificatoria Ley 29364.

- a. Cuando la resolución es contraria al texto claro de la ley.
- b. Cuando la resolución aplica la norma pertinente al caso pero con un sentido distinto basado en una errónea interpretación de la norma.
- c. Cuando no aplica la ley material correspondiente. Ello puede ser porque se aplica una norma impertinente, y no se aplica la que corresponde (porque no se conoce la existencia de la norma jurídica o no se acepta su existencia) o porque se aplica una ley que no está vigente; en este último caso por lo general se presentan como complemento natural el supuesto de aplicación de una norma.

5.3 Formas en que se manifiesta el error in procedendo, antes de la modificatoria

- a. La contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso.
- b. La Infracción de formas esenciales para la validez de los actos procesales.

5.4. Causales contenidas en la Ley 29364

- Infracción normativa que incida directamente sobre decisión contenida en la resolución impugnada; y
- En el apartamiento inmotivado del precedente judicial, que prácticamente no existe, como se deja anotado en líneas arriba.

6. DE LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DEL RECURSO DE CASACIÓN

La causal de casación por error de hecho ha sido contemplada en la legislación española bajo la denominación de *error en la apreciación de la prueba*, causal que es compartida por la legislación panameña y colombiana. En nuestro país se ha aplicado en casos muy excepcionales, y no viene a ser sino la aplicación de la función dikelógica; por ejemplo, en la Casación N° 1417 – 2000 – procedente de Lambayeque: “Excepcionalmente la Corte podría entrar a ejercer una función dikelógica en casos en los que exista arbitrariedad, manifiesta. Esta función solo será ejercida cuando haya sido propuesta adecuadamente por el recurrente impugnante bajo una denuncia in-procedendo, en la que se invoque expresamente lo que se conoce como la doctrina de la arbitrariedad o del absurdo; y, que el defecto revista tal gravedad que amerite que esta Sala se aparte de los cánones formales del recurso”.

CAPÍTULO QUINTO



EVOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PERÚ

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL PERÚ

Por su origen latino, el término ‘casación’ significa (especialmente en el Perú) impugnación, esto es desacuerdo. Así se sostiene como concepto del derecho procesal civil: En esta perspectiva la impugnación es el medio jurídico a través del cual expresamos nuestra voluntad en sentido contrario. El caso peruano hay tres ordenamientos procesales trascendentes que regularon la casación en la vida republicana, a partir de 1852, con la vigencia del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil; esto es tres años antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que lo denominó *casación bastarda*; en el caso peruano se denominó *recurso extraordinario de nulidad*, cuyos fines y procedimientos eran muy parecidos al recurso de casación, según se desprende, de los artículos 173 y 1649 del citado código derogado. (numerales 1750, 1751 y siguiente).

El 28 de julio de 1912 la justicia civil nacional empezó a ser regulada por el Código De Procedimiento Civil, que en la exposición de motivos refiere el punto trascendental y de carácter previo que la Corte Suprema se convirtiera en un tribunal de casación para subsistir como tribunal revisor, como una tercera instancia. Sin embargo, se optó por la primera, es decir que la Corte Suprema declarara ilegal una resolución de vista, expedía a su juicio y debía corresponder el reenvío o declarar fundada la demanda.

El legislador nacional no era partidario del reenvío; sin darse cuenta de que la norma que le sirvió de modelo –la Ley de Enjuiciamiento, de España, en 1881– también había solucionado ese defecto.

Por otro lado, la imposibilidad de apreciar las pruebas también había sido solucionada por la llamada casación bastarda española.

La Constitución de 1979 otorga a la Corte Suprema facultades casatorias. El Art. 241 precisa que corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala. Tal redacción es muy confusa para descartar la concreción de la corte suprema como una corte de casación, en tanto se le conceda la facultad de casar.

Posteriormente la Ley N° 23385, publicada el 20 de mayo de 1982,. Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, diseñó la organización del primer órgano de control concentrado de la constitucionalidad en el país. Los artículos 42 al 47 regularon el recurso de casación. Uno de sus rasgos más saltantes es que concedió la casación contra las resoluciones denegatorias en los procesos de Habeas Corpus y de Amparo (“Artículo 42. Agotada la vía judicial y mediante recurso extraordinario interpuesto por la parte o el Ministerio Público, el Tribunal conocerá en casación de las resoluciones delegatorias de las acciones de habeas corpus y amparo.”)

Dicha ley reguló las causales por las que se concedía el recurso: “Art. 43. La casación tiene por objeto observar:

1. Que las resoluciones no hayan violado la ley;
2. Que en las resoluciones no se haya aplicado falsa o erróneamente la ley; y
3. Que se hayan cumplido las formas prescritas por la ley para tramitar el procedimiento o para expedir el fallo.”

Es importante precisar que estas causales no prescribieron como exigencias para la argumentación del recurrente, sino más bien como parámetros para la actuación del tribunal.

Por otro lado, en la ley comentada se precisó que la discusión sobre hechos no correspondía al objeto de la casación. Si bien esto fue expresado indirectamente: “Art. 45. Las partes que intervienen en las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo, cuyas resoluciones son objeto de casación por el tribunal, no pueden ofrecer nuevas pruebas ni alegar nuevos hechos ante éste”.

Finalmente, la norma, que insinuaba una posición de avanzada en la materia, canceló tal postura al regular el reenvío en todos los casos en que el tribunal declarara fundado el recurso, al indicar que se debía devolver los actuados a la Corte Suprema para que ésta se pronunciara de acuerdo con lo declarado.

Posteriormente, en junio de 1982, se expide la Ley N° 23436, según la cual procede casación contra las resoluciones que pongan fin a los procesos en los que intervenga el Estado, salvo los tramitados ante el Fuero Privativo de Trabajo.

A comienzos de 1992 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta norma de ratificó la competencia de las salas de la Corte Suprema

para conocer en sede de casación: “Art. 32. La Corte Suprema conoce de los procesos en vía de casación con arreglo a lo establecido en la ley procesal respectiva”. Sin embargo, derivó su aplicación a lo que los ordenamientos procesales prescribieran al respecto.

Aun cuando la Constitución actual adquirió vigencia desde fines de diciembre de 1993, es decir con posteridad a la vigencia del Código Procesal Civil, la citamos como antecedente de éste en tanto solo constituye la ratificación de lo que sobre la materia había prescrito la Constitución derogada. Aunque no constituya otra cosa que una anécdota, destacamos la existencia de una norma: “Art. 141. Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley”. Asimismo, el Artículo 173 establece que conoce en casación las resoluciones dictadas por el fuero militar en las que se imponga la pena de muerte.

Sin embargo, las hipótesis para sancionar la pena de muerte son excepcionales, por disposición del Artículo 140 de la actual Constitución: “La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de Traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”. No resulta difícil concluir que el recurso de casación, para los casos en que la justicia militar imponga tal pena, casi nunca será utilizado.

Llegamos al Código Procesal Civil, vigente en el país desde el 28 de julio de 1993, que regula el citado instituto dentro de sus artículos 384 al 400.

2. DESARROLLO DEL RECURSO DE CASACIÓN

La doctrina nacional, pese al tiempo transcurrido, no ha dado la suficiente difusión y discusión del recurso de casación, mucho menos ha tocado directamente el tema de la función dikelógica como una finalidad del mencionado recurso extraordinario. Algunos ilustres profesores universitarios, en conferencias, así como en muy escasos libros y revistas y artículos periodísticos, al comentar y analizar el recurso de casación han encontrado confusiones y complejidades inclusive en su tramitación. Si bien es cierto que algunos comentan sus bondades con respecto a su objetivo, la mayoría realiza críticas al extremo de dejar sentada la inoperancia de las formalidades, haciendo entrever indirectamente la falta de sistematización y técnica lógica-jurídica a que se contraen los artículos 384, 386, 384.4 del C.P.C. con su modificatoria Ley 29364 para resolver con idoneidad y criterio. Así lo hacen ver maestros universitarios como Remón Parodi, el Vocal Supremo Sánchez Palacios, juristas como Carrión Lugo, Torres Vásquez, Monroy Gálvez, Ramírez Jiménez, y entre los juristas internacionales Juan C. Heltter, Mario Morello, quien refiere que debe incorporarse como causal al recurso de casación. Compartimos el criterio de la función dikelógica y el control de logicidad de la motivación de las resoluciones judiciales, así como la sugerencia de establecer que la fijación de la causal de procedencia del recurso y la expedición de la sentencia se produzcan en un solo acto, es decir en una misma resolución.

El maestro Juan Monroy Gálvez manifiesta que hay que reivindicar el carácter justiciero del medio impugnatorio. Como sabemos, el uso de un recurso tiene por objeto corregir el error cometido por un Juez que produzca un agravio definitivo sobre uno de los litigantes. En la actualidad los fines clásicos de la casación han empezado a incorporar una concepción más real en torno a los auténticos motivos del recurso, y es de esperar que en un tiempo cercano la casación tendrá —como tuvo siempre— el objetivo natural de cuidar la correcta aplicación e interpretación de la norma (función nomofiláctica); provocar la uniformidad de la jurisprudencia nacional (función uniformadora) y además propender a la justicia del caso concreto (función dikelógica).

Los fines clásicos de casación en nuestra legislación peruana, pese al tiempo transcurrido de su vigencia y en la actualidad con su modificatoria, son cuestionados por doctrinarios o juristas, y abogados. Es necesaria una renovación, modificación o ampliación que precise causales de casación, para de ese modo efectivizar la administración de justicia, para que llegue oportunamente a todos los justiciables.

El maestro Nelson Ramírez Jiménez refería que hay tres hipótesis o causales del recurso de casación: dos hacen referencia al error in iudicando (contenidas en los incisos 1ro y 2do del Artículo 386 del Código Procesal Civil originario), que no generaba reenvío de la causa al juez; la tercera, referida al error in procedendo (descrita en el inciso 3ero del Artículo 386 del Código Adjetivo Civil antes de su modificatoria), sí genera reenvío para ser subsanada la controversia o se subsane el vicio. Sin embargo, la Sala Suprema, en razón de su naturaleza extraordinaria y de la revisión de los hechos y análisis formales, podrá declarar fundada o infundada la pretensión (al amparo del carácter de excepción del recurso) y, por equidad, emitir el fallo, que no viene a ser sino la función dikelógica. Es necesario, pues, incorporar en forma precisa una causal más de las que contenía el Art. 386 antes de su modificatoria por Ley 23964; una causal clara y expresa de la justicia al caso concreto con sentido humano y no como aplicación generalizada y con falta de precisión, como se refiere en la modificatoria.

El jurista y maestro italiano Piero Calamandrei refiere que el recurso es un medio impugnatorio “aun cuando su institución está políticamente justificada por razones —como suele decir— de nomofilaquia y de uniformización de la jurisprudencia, esto no quita que a este cometido le de cumplimiento mediante recurso y el interés de un sujeto privado, lo que es incompatible con aquellas razones si son establecidas con el fin de la actividad que la misma en orden al caso concreto.”

El jurista argentino Mario Morello⁵⁴ refiere que los magistrados de la casación no tienen obligación de respetar los hechos concebidos por los jueces de grado cuando: a. se les desconoce; b. se prohíbe su prueba; c. se los desplaza de su campo propio, dejándolos sin gravitación; y d. cuando en la valoración de la probanza se los deja sin sentido por un error de apreciación.

54 Morello, Mario (1977) Prueba, *incongruencia y defensa en juicio*.

Atendiendo a la hipótesis precedente, la sala casatoriano está facultada para revisar las circunstancias fácticas admitidas por los jueces de mérito, pero sí puede y debe verificar, en cada uno de los casos, las estimulaciones recursivas si los hechos descritos autorizan la aplicación del derecho en el que se ha de fundar el decisorio.

J.C. Hitters⁵⁵, maestro argentino, juez de la Suprema Corte de Buenos Aires, refiere que “lo cierto es que el Tribunal Supremo Casatorio, no puede cumplir a satisfacción su alta misión sino extiende su inspección a toda la esfera de interpretación propiamente jurídica. El mero examen nomofiláctico sirve para poco y no justifica el mantenimiento de todo un campo casatorio para revisar más que eso.”

El comentario de Hitters sustenta una de las razones que nos obliga moral y éticamente a observar la actual modificatoria de la casación contenida por la Ley 29364, pues incumple con la esencia y naturaleza de la casación, y nos lleva a recomendar la modificatoria del Art. 384 para que incluya dentro de las causales a la función dikelógica (justicia al caso concreto), que no es la panacea de los casos de casación, sino un alivio en gran parte para tratar, en lo posible, de no permitir resoluciones casatorias injustas.

Como hemos manifestado, para calificar concretamente el recurso casatorio, primero hay que interpretarlo. Se entiende que el Tribunal Supremo Casatorio está compuesto por magistrados calificados, talentosos e idóneos y con amplia experiencia para realizar esta labor y evitar el rechazo liminar en la primera etapa de la institución casatoria (calificación) con el sambenito de ‘improcedente’ y cuando declara procedente el recurso, con mayor sapiencia y estudio ha de pronunciarse sobre el fondo del asunto controvertido. El juez supremo, conocedor del derecho, y sin que sea necesario que conozca sobre hechos o acontecimientos fácticos en cada caso, resuelve el recurso de casación con una verdadera función nomofiláctica y con uniformidad jurisprudencial.

Es de agregar que el legislador peruano pone énfasis en el interés público de la casación (jus constitutione) y omite el interés privado del justiciable (jusprivatore), quien busca una solución justa de su caso concreto. Santo Tomás de Aquino decía que el juicio injusto no es juicio. Este sabio mensaje no ha sido tomado en cuenta al momento de legislar sobre el recurso extraordinario de casación. Al respecto, Salvatore Satta advierte que “la casación devendría prácticamente inútil sino se pudiera revisar el material fáctico del proceso” y el abogado y profesor universitario Nelson Ramírez Jiménez nos ilustra de la siguiente manera: “a veces cuando observo en la práctica profesional de todos los días de modo como institucionalmente funciona la Corte Casatoria, con su tradicional separación entre la cuestión de derecho y la cuestión de hecho, que parece expresamente creada para llevar a la exasperación las exigencias equitativas del caso concreto y luego se pregunta: ¿el recurso casatorio, obra del iluminismo, es todavía idóneo en los actuales tiempos de renovación social? Creemos que no, y por lo tanto se hace necesario, por no decirlo de otra manera la incorporación de la función dikelógica.”

55 Hitters (1997). Ponencia en Jornada Internacional de Derecho Procesal Civil.

Lo expuesto en este apartado tiene por finalidad brindar a los estudiantes universitarios de derecho, a los abogados y jueces, una visión pormenorizada y crítica al tratamiento del régimen legal de la casación, cómo se viene desarrollando ante nuestra judicatura suprema, y hacer visible la necesidad de incluir la función dikelógica en este estudio a fin de dar luces para la administración de justicia a nivel supremo o, mejor dicho, para impartir una verdadera justicia.

3. TRASCENDENCIA DEL RECURSO

Hay que recalcar la necesidad de hacer correcciones en las causales del recurso de casación en el Perú, a fin de hacerlo más eficaz y oportuno en la augusta función de impartir justicia. Se requiere una nueva modificación al recurso de casación para hacerlo más expeditivo y efectivo, y evitar que las salas supremas casatorias resuelvan liminarmente con la ‘improcedencia’ del recurso. Es necesario y urgente incorporar la causal dikelógica en forma taxativa y precisa, y evitar confusiones entre lo que es error in judicando y error in procedendo. Esta causal ha de adicionarse a las que ya existen en el C.P.C. originario, como son las contenidas en la función nomofiláctica, que no es sino todo lo contrario a la aplicación indebida, a la interpretación errónea de la norma de derecho material, o la inaplicación de la norma material, así como dejar de aplicar la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso o la restarle importancia a la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, o de dejar expedir resoluciones.

Otros fines del recurso de casación estaba regulado por el Artículo 384 originario. La unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema dio lugar a la Primera Sala Plena de Jurisprudencia vinculante referida a la ‘cosa juzgada fraudulenta’ (desfasada por referirse a los procesos ventilados con el Código de Procedimientos Civiles, ya derogado), en diciembre de 1999. Desde aquella fecha la Corte Suprema dejó de convocar los plenos casatorios que establecía el Art. 400 del C.P.C. y que denominaba ‘Doctrina Jurisprudencial’, antes de su modificatoria.

Ante las constantes preocupaciones de los presidentes de la Corte Suprema, la exigencia de los abogados, de los justiciables y de diversas instituciones jurídicas, en diciembre del 2007 se convoca al Primer Pleno Casatorio respecto a los procesos ventilados con el actual C.P.C. vigente y posteriormente con su modificatoria, sobre transacción extrajudicial del caso Yanacocha. El segundo Pleno casatorio civil, realizado el 07 de agosto de 2008, fue sobre prescripción adquisitiva de dominio; el Tercer Pleno Casatorio Civil, del 15 de diciembre de 2008, sobre separación de hecho; y el Cuarto Pleno Casatorio Civil, del 29 de diciembre de 2011, sobre desalojo por ocupación precaria.

En todo proceso judicial hay un conflicto intersubjetivo de intereses que se manifiesta en la pretensión de un sujeto y la resistencia de otro. Entre las dos partes del conflicto,

demandante y demandado, hay una postura disímil que genera un conflicto que el operador jurídico tendrá que resolver. En el caso peruano, de acuerdo a lo que consagra el Numeral III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en su primera parte, “el juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”.

El término ‘abstracta’ puede inducir —tal como lo sostiene el profesor sanmartiniano Carlos Parodi Ramón— a cierta confusión, pues lo abstracto es lo correcto, aquello que denota una cualidad considerada con exclusión del sujeto. Parodi plantea que la paz social debe ser considerada como algo preciso, determinado, real; en suma, algo tangible que pueda verse, que pueda vivirse y que existe por el hombre y para el hombre; es decir, que en el tema que nos ocupa, evitar en lo posible se declare liminarmente la improcedencia del recurso y más bien resolver el fondo del asunto e inclusive evitar el reenvío y de esta manera la labor del magistrado supremo se acerque más a la justicia y solucione el conflicto. Esta labor debe ser objetiva, tal como ocurre con la educación, con la salud en su doble faceta, como derecho que le asiste a cada individuo y como un servicio estatal; de tal manera que la efectiva prestación de la segunda sería una derivación y concretización de la primera. De esta manera se daría mayor sentido humano al proceso judicial. Para este fin es necesario un correctivo al recurso, sin caer en la tesis extrema de amparar lo imposible o una pretensión no probada, sino por el contrario amparar la pretensión del bien probado o *causa pretendi*, aunque la formalidad del recurso no satisfaga estrictamente la formalidad de fondo, es decir, aplicando la justicia al caso concreto, esto es la función dikelógica.

Parodi nos recuerda que el trato igual a los desiguales es tan injusto como el trato desigual a los iguales (por tanto, no puede haber igualdad entre desiguales) y que por esta razón deviene indispensable la interpretación de la ley o norma con sentido humano, a fin de evitar la aplicación de un derecho injusto por el mérito del incumplimiento de las formalidades del recurso casatorio, debiéndose resolver el fondo del asunto con prudente equidad y sed de justicia, a fin de evitar la aplicación de un Derecho injusto y lograr impartir justicia.

El correctivo a estas inequidades, como fin y meta del extraordinario recurso de casación, es un reto real y actual que debe ser atendido por los miembros del Tribunal Casatorio, y no tratar de interpretar y aplicar la ley con fin únicamente teleológico, sino darle el instrumento necesario, de tal manera que ante el incumplimiento de una formalidad sobre el fondo resolver la pretensión controvertida.

Juristas extranjeros como Salvatore Satta, Mario Morrello, J. C. Hitters, y nacionales, como Juan Monroy Gálvez, hacen referencia a la inclusión de un fin contemporáneo al recurso extraordinario de casación. Compartimos esta apreciación, pues consideramos con profunda preocupación y reclamo constante de los abogados y justiciables de la reivindicación del carácter justiciero de este medio impugnatorio, cuyo objeto además sería evitar que el error cometido por los jueces de mérito produzca un agravio definitivo a uno de los litigantes.

El recurso de casación, tal como se encuentra diseñado en nuestra legislación y en otras de nuestro continente, ha comenzado a tener la trascendencia arriba anotada. No debe olvidarse que la obtención de la justicia en el proceso no es un fin del recurso de casación sino del proceso en general.

Siendo así, el nuevo destino de la casación debe ser apreciado desde una perspectiva teleológica trifásica y humanitaria que incluye a: la función nomofiláctica (cuidar la correcta aplicación de la norma), la función de uniformidad de la jurisprudencia nacional, y una tercera función especial que deberá incorporarse, nos referiremos a la función dikelógica, esto es, proponer a la justicia del caso concreto.

4. EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

4.1. En Francia

Como hemos visto en el apartado “Marco histórico”, en el antiguo derecho romano está el embrión del recurso extraordinario de casación, pero el concepto moderno de instituto casatorio parte de la obra legislativa de la Revolución Francesa, que renueva el esquema de la época monárquica y lo transforma en un instrumento para la defensa de la ley contra el poder omnímodo de los jueces. Para este propósito crea un organismo político (no jurisdiccional) que cumple funciones de control constitucional y vigila la actividad de los jueces; por lo tanto, ejerce un control meramente negativo (*indictum rescindens*) que se limita a dejar sin efecto los fallos considerados extralimitativos, reenviando los actuados a otro magistrado para que decidiera nuevamente la causa.

Vimos también que Mauro Cappelletto, siguiendo a Piero Calamandrei, refiere que antes de la Revolución la demanda casatoria era incoada ante el rey, quien tomaba conocimiento de la queja a través del Consejo de partes, o sea, por conducto de una sección especializada de su propio Consejo de Gobierno. Esta vía de ataque contra la sentencia de los parlamentos —que no eran otra cosa que tribunales de justicia de última instancia, situados en varias ciudades— podía dar lugar a la anulación (casación) cuando las decisiones judiciales violaban las ordenanzas reales.

Asimismo hemos indicado que esta corriente de pensamiento, expuesta por Rousseau y Montesquieu, se basada en la omnipotencia de la ley y en la igualdad de los ciudadanos ante las mismas, así como en la rígida separación de los poderes, donde el juez cumplía una función meramente pasiva de aplicar la ley sin poder siquiera interpretarla. Es decir, los jueces eran la ‘boca de la ley’.

Del mismo modo indicamos que en 1790 Francia creó el Tribunal de Casación, como un órgano de control constitucional (no judicial), al lado del Poder Legislativo, para ejercer un control sobre los jueces. El Tribunal posteriormente es sustituido por la Corte (Cour), que tenía la misma finalidad. Cuando el tribunal casatorio anulaba una decisión tenía necesariamente que hacer funcionar el reenvío, para no atribuirse competencia jurisdiccional; y ello fue así precisamente por el principio de la división de los poderes, los ministros del referido cuerpo político no se arrogaban funciones judiciales; es así como tuvo su origen el reenvío, y que en la actualidad en el caso peruano solamente se disponga el reenvío en los casos de nulidad por vicio formal cuando de Tribunal Supremo se vea imposibilitado de regularizar positivamente la litis (Inciso 3ero del Artículo 388.4 del Código Procesal Civil.)

Además hemos precisado que el papel regulador del órgano casatorio fue sufriendo transformaciones desde su creación, el 27 de noviembre de 1790 hasta la consagración definitiva mediante la Ley de 01 de abril de 1837, en que se convierte el organismo casatorio con plena capacidad en la dirección suprema de toda la interpretación jurídica, que debe ser realizada por los jueces, y consecuentemente se le quitó esta atribución al Legislativo.

También precisamos que el órgano casatorio fue afirmándose y extendiéndose y, en efecto, controla no sólo la violación expresada del texto de la Ley, sino su falsa aplicación y, lo que es más trascendente aun, su errónea interpretación y luego en la actualidad fiscaliza:

1. La infracción expresada en la Ley.
2. La falsa aplicación de la norma.
3. La errónea interpretación que de ella se haga.

Referimos, asimismo, que en Francia, con la Ley 67.523, del 23 de julio de 1967, la Corte de Casación está compuesta por 6 salas (5 civiles y una criminal), además de la Asamblea Plenaria formada por los presidentes, decanos y dos magistrados de cada una de las salas civiles. Este cuerpo tiene por finalidad unificar la jurisprudencia de las salas civiles. Si luego de una primera casación de juez de instancia que falla por segunda vez, apartándose de la opinión del órgano máximo, el asunto ha de ser resuelto por la Asamblea Plenaria, que resolverá si se mantiene la resolución del grado o la del organismo casatorio, evitando el reenvío y decidiendo sobre el fondo; salvo el caso que resulte imposible resolver, cuyo caso se hace el reenvío.

Finalmente señalamos que en el año de 1979 la ley adjetiva impone a la Corte Casatoria, en los casos que advierta una deficitaria paliación de derecho, la obligación de modificar el pronunciamiento impugnado, resolviendo positivamente la litis y evitando el reenvío. Esto también ha sido admitido por Italia, en su Reforma de 1990, y por Alemania y algunos países hispanos.

4.2. En España

La vía impugnatoria de casación se trasladó a España manteniendo gran parte de sus rasgos originales. Al decir de Cervantes, si bien es cierto tuvo sus raíces en Roma, de allí pasó directamente al fuero juzgo hispano. Así también lo sostiene Prieto Castro y Vásquez Sotelo.

Con el Decreto Real del 20 de junio de 1852 surge el instituto de casación en los delitos de contrabando y defraudación, aunque no tuvo vigencia generalizada. En 1817 apareció en el *Diccionario de la Lengua Castellana* la palabra ‘casación’, como “acción de anular y declarar sin ningún valor o efecto algún instrumento”⁵⁶.

“Pero es necesario reiterar que los remedios de marras no cumplían una función verdaderamente casatoria, ya que las tareas nomofiláticas y uniformadoras estaban fuera de su ámbito, quedando reducida su misión a buscar la exclusiva justicia del caso.”⁵⁷

En la actualidad⁵⁸, en España el recurso de casación es el último recurso que se puede presentar para reclamar una nueva revisión del enjuiciamiento a un nivel superior (tribunal supremo). Se interpone ante el tribunal supremo, que se pronuncia sobre la corrección o incorrección de una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional inferior. Está regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Artículo 477.

Son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por los jueces de mérito o por las audiencias provinciales, y cuando la resolución del recurso presente interés casacional.

Se considera que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales o apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido; verbi gracia: el Juzgado.

Si el fallo de un juzgado de primera instancia de orden civil es desfavorable para una de las partes, ésta puede interponer un recurso de apelación ante la sala de lo civil, que es segunda instancia. Si aun así nos sigue siendo desfavorable, puede recurrir una vez más con el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

El sistema descentralizado de las comunidades autónomas, que existe en España, da ciertas particularidades al recurso de casación, y cada comunidad autónoma tiene un tribunal superior de justicia, que es el máximo órgano jurisdiccional en su territorio. Los recursos que se interponen ante este órgano son también recursos de casación, y normal-

56 Vásquez Sotelo (1974) *La Casación Civil*.

57 Vásquez Sotelo, obra citada.

58 Recurso de casación – <http://es.wikipedia.org/wiki/recursodecasación%c3%9a>

mente excluyen la posibilidad de que el Tribunal Supremo los revise. Las materias sobre las que conocen estos órganos son muy variadas, y pueden venir definidas por la cuantía, por la materia o por el ámbito territorial sobre el que versa un caso concreto.

Existen, sin embargo, recursos extraordinarios denominados ‘recursos de unificación de doctrina’, que se interponen ante el Tribunal Supremo en aras de una mayor seguridad jurídica y para dotar de unidad al Poder Judicial de España. Estos recursos no afectan a nivel de sentencias ya dictadas, pero vinculan a los tribunales superiores de justicia de todas las comunidades autónomas para aplicar la interpretación de la ley en el sentido que marque el Tribunal Supremo en sentencias posteriores.

4.3. En Argentina

En Argentina el recurso extraordinario de casación es el órgano máximo más antiguo para resolver los recursos impugnatorios, inspirado en el modelo español, se inicia en 1812, con la Real Audiencia de Buenos Aires, y se transforma progresivamente hasta 1854 con la llamada Cámara de Justicia, que posteriormente, en 1857, tomó el nombre de Superior Tribunal de Justicia, y finalmente, en 1873, la Constitución Provisional de ese año le dio la actual denominación de Corte Suprema de Justicia, con atribuciones, entre otras, de conocer y resolver, en grado de apelación, la aplicabilidad de la ley en que los Tribunales de Justicia en última instancia fundan su sentencia y facultando a dicho cuerpo a ejercer jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes⁵⁹.

Ibáñez Frocham opina que en la Constitución Provisional de 1873 quedó pergeñado el recurso de nulidad extraordinaria, de manera implícita, al imponer dicha carta ciertas formalidades para los fallos judiciales, y confiere a la Suprema Corte la calidad de Tribunal de Derecho. La competencia de este tribunal estaba abierta para casar los fallos, al controlar la aplicabilidad de la Ley, aunque quedaban excluidos de sus ámbitos los temas de hecho y los referentes a la apreciación de la prueba.

Las constituciones de 1889 y de 1934 siguen criterios similares y crean en forma extrema el recurso extraordinario de nulidad. Posteriormente la reforma de 1994 amplía el cuadro recursivo supremo hoy vigente.

4.3.1. El recurso de casación en la legislación nacional y provincial

En el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en el Código Procesal Civil de la Provincia de Formosa existe el *recurso de inaplicabilidad de la Ley*, Hugo Alsina considera que es una modalidad del recurso de casación.⁶⁰

59 Morello, Augusto M. (1994) *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*.

60 Alsina, Hugo (1957) *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*.

El Artículo 286 de la referida legislación provincial ordena que el recurso de inaplicabilidad de la ley debe ser interpuesto ante la sala que dictó la resolución recurrida, y ésta deberá remitir el expediente a otra sala integrada por el presidente del Superior Tribunal o su subrogante legal, para que expida sobre la admisibilidad del mismo. Una vez concedido el recurso, la sala remitirá la causa al Presidente del Superior Tribunal.

El Superior Tribunal deberá resolver la existencia o inexistencia de contradicción, luego de lo cual se remitirá la causa nuevamente al presidente del tribunal para que dicte la providencia autos, la que será notificada con el fin de que los interesados presenten su memorial. Posteriormente, y en última instancia, el encargado de tomar la decisión será el Superior Tribunal por voto de la mayoría.

El Código Procesal de la Nación establece, en sus artículos 292, 293, 294, 295 y siguientes, los órganos encargados de conocer en el recurso de inaplicabilidad de la ley. De manera similar a lo establecido en el código provincial, el recurso será interpuesto ante la sala que resolvió sobre la resolución, para posteriormente remitirla al presidente de la sala que le siga en orden de turno, a fin de que decida sobre la admisibilidad del mismo; en caso afirmativo enviará los autos al presidente del tribunal.

La Corte Suprema de la Nación Argentina, en el Exp. 1681 – 2005, refiere: “El agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento de la Corte Suprema de la Nación Argentina interpretó los alcances del recurso de casación y determinó que la facultad revisora no se limita a cuestiones de derecho, sino que incluye también a los hechos, excepto los derivados de la intermediación procesal. El Tribunal estableció que este criterio es acorde con la garantía de doble instancia reconocida en la convención americana sobre Derechos Humanos Art. 8.2 y el Pacto Internacional de Derecho Civil y Políticos, Art. 14.5, incorporados en la Constitución”.⁶¹

4.3.2. Principios constitucionales de casación

El fundamento y finalidad de la casación es resguardar el principio de igualdad ante la ley asegurando la “interpretación unitaria de la ley de fondo, sometiendo en definitiva su interpretación al más alto tribunal de la justicia nacional o provincial, ante la cual la causa llega con hechos del proceso definitivamente fijados, para que solamente se juzgue de la corrección jurídica con que han sido calificados”⁶², de una parte; y de la otra, preservar la observancia de las garantías de la libertad individual y en particular del juicio previo en el cual se asegure la defensa, haciendo efectiva la verdadera y amplia interpretación de la regla: juicio no solo previo sino también legal. Podemos afirmar, que el recurso de casación, es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la

61 “La casación argentina”. En *Diálogo Jurisprudencial*, año 3 – 2007.

62 Obra citada.

defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal, por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva.

4.3.3. Concepto de casación

El recurso de casación es un medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito, y reclama la correcta aplicación de la ley sustantiva o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con reenvío o sin reenvío a nuevo juicio.

El recurso de casación, previsto en los arts. 456 a 473 del C.P.P.N, es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva.

Clariá Olmedo lo define como una apelación devolutiva, limitada en su fundamentación a motivos de derecho que pueden ser de juicio (in iudicando) o de actividad (in procedendo), y excluye las cuestiones de hecho sobre el mérito (in iudicando in factum, en cuanto a su fijación y a la apreciación de la prueba

4.4. En Alemania

En el derecho germánico la sentencia era elaborada por dos órganos: uno, encargado de revestir de autoridad tal construcción, es decir, de convertirla en un mandato (Richter); otro, de la elaboración de la sentencia, que se realiza en audiencia pública (asamblea popular), en la que todos participan. Luego de la aprobación de la propuesta o dictamen del primer órgano, el presidente de la asamblea procedía a otorgarle autoridad o fuerza obligatoria, es decir la convertía en sentencia.

Los litigantes también formaban parte de la asamblea, e incluso podían intervenir en ella. El demandante podía sustentar su demanda ante la asamblea, igualmente como el demandado podía proponer y fundamentar su defensa. Si, por ejemplo, los jueces (el primer órgano) compartían los argumentos del demandante y esta decisión era aprobada por la asamblea, el presidente procedía a darle autoridad a la sentencia, declarando fundada la demanda. Si los jueces, en cambio tenían una posición distinta, la parte perjudicada podía discutir el dictamen en la asamblea.

Los miembros de la asamblea podían no solo no estar de acuerdo con la propuesta de los jueces, sino que además podían proponer y sustentar decisiones distintas. En estos casos se imponía un nuevo proceso que determinara cuál debería ser la sentencia. A este acto de discusión pública del dictamen de los jueces se le denominaba Urteilsshelte,

que implicaba un cuestionamiento de derecho, en tanto los hechos se presumían como verdaderos por su sola afirmación; sin embargo, este requisito es puramente formal o circunstancial, pues la razón para que los errores sean solo de derecho tiene que ver con los rasgos del sistema jurídico y no con la institución procesal.

Pues bien, el derecho germano fue fundamentalmente consuetudinario, y la asamblea tenía funciones no solo judiciales, sino también legislativas. Cuando se obtenía una sentencia declarada por el presidente, ésta ya no podía ser atacada de ninguna manera. Este es el principio de la validez formal de la sentencia.

Como hemos visto en el Capítulo Segundo, a medida que los pueblos germánicos se fueron integrando en monarquía, el soberano pasó a encargarse del servicio de justicia. Para este fin nombraba representantes (funcionarios reales) no solo para que ejercieran la función en zonas alejadas sino cuando la cantidad de justiciables hacía inviable su actuación directa. Los representantes del rey fueron variando su actividad y pasaron a ser aplicadores de la ley, quedéj de ser consuetudinaria y pasó a ser escrita, como expresión del poder imperial. En aquella época el soberano empezó a reservarse de la equidad, siempre que su intervención fuese solicitada por una de las partes.

Vimos también que en la Edad Media, durante la vigencia del llamado derecho estatutario (a partir del poder que adquieren los municipios en las nacientes ciudades – Estado), se desarrolló el instituto denominado *querella nullitatis*, fruto del transvase cultural entre el criterio romano según el cual una sentencia es inexistente si es que contiene un error en la formación procesal (error in procedendo) y la concepción germana de que los fallos tienen fuerza formal que los mantiene válidos permanentemente. La *querella nullitatis* se usó junto con la apelación; la primera servía para atacar la sentencia nula; la segunda, para impugnar la sentencia injusta. La apelación tenía un plazo más corto para ser interpuesta, pero una vez vencidos ambos plazos, la sentencia adquiría plena validez y era, además, inatacable.

Asimismo precisamos que la *querella nullitatis* se proponía no solo anular la sentencia, sino también impedir que el juez trasgrediera los límites de su actividad e invadiera la obra del legislador. Así adquiere significado y propósito político, una función nomofilática que de hecho la acerca considerablemente a lo que muchos años después va a tomar la forma de casación.

Por último vimos que la casación germánica se distingue de la casación francesa porque el tribunal francés de casación solo examina las apreciaciones jurídicas que contiene la sentencia impugnada, en cambio en la Alemana se examina toda la sentencia; la casación francesa no produce de pleno derecho efectos suspensivos, pero sí la alemana⁶³.

63 Fábrega Jorge (1985) *Casación Civil*.

4.5. En Italia

Tal como ocurrió en Francia, en Italia las decisiones de los señores feudales, los barones, pasaron a ser revisadas por el rey, quien así ejercía su supremacía, prestigio y dominio. La *Curia Regis* era el grupo de notables que asesoraban al rey en materia de justicia. Con el tiempo, debido a la extensión del reino, el rey nombró los parlamentos, órganos que se encargaron de la función jurisdiccional en su nombre, pero el rey se reservaba el derecho de resolver algunas decisiones que fuesen de su interés. En el primer caso se le denominó justicia delegada y en el segundo caso justicia retenida.

Esta forma de administración a la justicia con el tiempo se tornaba oscilante y controversial. Los parlamentos se oponían a los monarcas, aunque no siempre por razones de justicia, sino regularmente por criterios de conveniencia económica o de clase. Esto dio lugar a que el monarca comenzara a revisar y anular cualquier sentencia que hubiera afectado una norma expedida por él, concediendo a las partes una demanda casatoria. Este es un antecedente directo de recurso extraordinario de Casación; así lo destaca el maestro uruguayo Vescovi.

Los miembros del parlamento eran jueces que si bien tenían relación social o familiar con la nobleza, no percibían un ingreso económico, sino de los propios litigantes. Este pago, denominado *espórtula*, generó desconfianza en los sectores mayoritarios y desvalidos. Por esta razón, luego del triunfo de las ideas revolucionarias, se restringió el poder de los parlamentos y se determinó que la ley sea igual para todos.

CAPÍTULO SEXTO



EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PERÚ

1. DEL RECURSO DE CASACIÓN

A nivel iberoamericano la doctrina procesal civil ha consagrado la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, que se interpone por causales o motivos señalados expresamente por la ley, y solo contra las resoluciones que ponen fin al proceso u autos homologados a una sentencia.

Piero Calamandrei en su obra *La Casación Civil* caracteriza al recurso de casación como protección de la norma jurídica, que la doctrina ha denominado función nomofiláctica, que no es sino la correcta y verdadera interpretación de la ley, y además consagra la unificación de la jurisprudencia nacional.

La casación va más allá de satisfacer el carácter público. Su fin es la correcta aplicación de la norma. En caso se infringiera la norma jurídica, tiene que explicar cómo se produjo, cuál es la infracción, y cómo debe ser la correcta aplicación. Esta concepción, estatuida en el Perú por primera vez en el C.P.C. – Art. 384, está consagrada en todos los códigos procesales civiles de los países iberoamericanos, del Caribe y de gran parte de Europa.

Su modificatoria, mediante ley 29364, se aparta un tanto de los fines esenciales de la casación, así como de la concepción de Piero Calamandrei, y ha generado confusión con la figura sui generis de “la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto”. Esto ha desnaturalizado la institución casatoria y ha incumplido los fines de casación. Así se advierte, por ejemplo, en la expedición de resoluciones disímiles y contradictorias ante un mismo demandado, sobre las mismas pretensiones, pero por distintos demandantes.

Tal incongruencia se da en los expedientes casatorios N° 2747-2010 y N° 3969-2010, procedentes de la provincia de Jaén, en que la Sala Constitucional y Social Permanente de la

Corte Suprema y la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema resuelven y califican los recursos casatorios en formas disímiles y contradictorias. La confusión se origina en la interpretación del término ‘adecuada’ (“adecuada interpretación del derecho objetivo al caso concreto”). A nuestro entender, se trata de una cuestión semántica solo en apariencia, pues la frase “adecuada interpretación del derecho objetivo al caso concreto” simplemente carece de *sindéresis* jurídica. Tal vez el legislador ha querido expresar lo opuesto a la naturaleza del concepto *nomofiláctico*. El Juez Supremo Sánchez Palacios, al referirse al término ‘adecuado’, lo explica así: libre de errores o defectos y conforme con las reglas y, para justificar el término, estaría reflejando elasticidad y firmeza; pero en el fondo estaríamos hablando de la *reformatio in partes*, que desnaturaliza en esencia y el fin que persigue el extraordinario recurso de casación.

El maestro universitario Nelson Ramírez, en sus conferencias en diversas universidades del Perú, colegios de abogados, y algunas Cortes Superiores, refiere que los cambios introducidos son importantes, aunque se han mantenido algunos aspectos que también debieron modificarse, esto es al efecto ‘suspensivo’ del recurso de casación. Compartimos su apreciación de que la modificatoria ha variado los fines de la casación ya no son la “correcta aplicación y la correcta interpretación” del derecho objetivo—como era antes—sino que en adelante el fin de la institución de la casación es la “adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto”. El maestro Ramírez considera que este cambio no es semántico y generará enormes discusiones.

Por su parte el maestro y jurista Monroy Gálvez refiere que el actual recurso de casación tiene fines trascendentes, es decir, no solo ligado al destino natural del proceso, sino extraprocerales. A través del recurso se pretende cumplir una función pedagógica, consistente en enseñar a la judicatura nacional cuál debe ser la aplicación correcta de la norma jurídica; aun cuando la norma señala como fin la “adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto”. Monroy Gálvez explica que la función pedagógica alcanza, además, a la interpretación correcta de la norma jurídica, y que la función de lograr la uniformización de la jurisprudencia nacional permitirá que no se inicien procesos que de antemano se advierta no han de tener acogida ante los órganos jurisdiccionales.

Como quiera que sea, queda en claro que la legislación nacional se ha apartado de los fines para los que fue creada la institución de la casación; sin embargo, hay que tener presente los temas que tratamos a continuación.

1.1. Igualdad ante la ley

El principio de igualdad ante la ley está contenido en el Artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú vigente. Se expresa en el aforismo “a la misma razón el mismo derecho”, que Calamandrei expresa así: “el principio de legalidad está en el reconocimiento de igual dignidad moral de todos los hombres; en la observancia individual de la ley está la garantía de la paz y la libertad de cada uno”.

Como sostienen muchos juristas, este sistema de legalidad abstracta hace presumir que el Estado ha asumido, frente a la comunidad, el compromiso de hacer justicia, que para la casación consiste en tratar por igual, sin diferencia alguna, a quien tiene la razón y a quien no la tiene.

1.2. Principio de seguridad y certidumbre jurídica

La Doctrina ha considerado como elementos fundamentales de la seguridad a: la publicidad de la ley, la irretroactividad de la ley, los derechos adquiridos, la cosa juzgada y la prescripción.

La certidumbre jurídica consiste en el conocimiento claro y preciso del sentido de la ley, con carácter teleológico y sentido humano de la ley.

1.3. Previsibilidad de los fallos judiciales

La previsibilidad de los pronunciamientos judiciales permite a los litigantes conocer con anticipación el grado de posibilidades que tiene de ser atendido en su pretensión o pretensiones. Para este fin es necesario que se expidan las jurisprudencias vinculantes, tal como ocurre en otros países.

A la luz del análisis del derecho individual, y con las palabras del jurista alemán Von Ihering, podemos decir que: “Lesionado el derecho individual, queda lesionado el derecho total, y defender el derecho en general es también defender el derecho propio.”

El profesor argentino Juan Carlos Hitters⁶⁴ refiere que, siguiendo el criterio pedagógico del Art. 384 del C.P.C. (antes de ser derogado por la Ley 29364), siempre es aconsejable para el ordenamiento legal determinar las dos clásicas finalidades de la casación: La nomofiláctica y la unificadora. Ésta última (unificación de la jurisprudencia nacional) deviene más importante, necesaria e inmediata.

Hitters plantea que debe tomarse en cuenta la dimensión dialéctica, que apunta a la justicia como la tercera finalidad de la casación. Agrega que, a dos siglos de vida del recurso de casación, es pertinente preguntarse si es posible todavía sostener que las dos primeras funciones enunciadas son las únicas que se cumplen, o si las tareas de control del derecho objetivo y de unificación justifican su existencia; en otras palabras: ¿vale la pena mantener semejante y costoso andamiaje para lograr nada más que lo dicho, es decir, revisión nomofiláctica y uniformidad?

Sostiene Hitters que desde que Calamandrei escribió su gigante obra *La Casación Civil*, ha pasado mucha agua bajo el puente, y que su aseveración de que la defensa de

64 Hitters, Juan Carlos (1998) *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de Casación*. .

la ley es lo más importante del recurso de casación, no es aplicable a rajatabla en estos tiempos (sobre todo en el Perú, cuyas raíces son las fuentes hispánicas). Afirma que solo partiendo de un error metodológico, y sin avizorar la verdadera esencia de la casación, se puede decir que su función no es administrar justicia (esto fue válido en otra época y solo para aquellas legislaciones que siguieron a pie juntillas el esquema nacido en Francia), y que hoy en día, con la globalización, avance social, adelanto científico y tecnológico, es menester, para la administración de justicia, que se aplique la teoría tridimensional en la interpretación de la ley (el sentir de la norma, el hecho o verdad real y el sentido humano de la ley), y de esta manera aplicar la justicia al caso concreto, como una innovación para paliar en algo la lentitud de la administración de justicia. ¿Cómo es posible afirmar que un órgano de justicia de esta jerarquía, que se ocupa nada más y nada menos que de los recursos supremos, no debe-valga la redundancia- administrar justicia? Hitters dice que esto es como pensar que el Poder Legislativo no debe dictar leyes. Luego concluye que debe hablarse de la finalidad trifásica de la casación, que no solo busca el control nomofilático y la uniformidad de la jurisprudencia, sino también la justicia al caso (función dikelógica).

El jurista nacional y profesor universitario Juan Monroy Gálvez⁶⁵ nos refiere, que las resoluciones casatorias deben cumplir tres funciones: nomofiláctica, unificadora de la jurisprudencia, y dikelógica.

2. FUNCIÓN NOMOFILÁCTICA

Monroy Gálvez formula la función nomofiláctica como la defensa de la ley. Afirma que es función del Estado cuidar la vigencia del ordenamiento legal, y para este fin concede al Poder Judicial la función de cuidar la Ley. Plantea que, en tanto que el juez es la persona u órgano que instrumenta el cumplimiento de la ley por parte de los ciudadanos, es indispensable que el Estado cuente con un medio de asegurar que los jueces cumplan con su función y apliquen correctamente la ley. En otras palabras, quiere decir que a través del recurso de casación se fiscaliza al fiscalizador, cumpliéndose con la respuesta a la célebre pregunta de Juvenal “¿Quis custodiet ipsos custodes?”

Explica cómo, a pesar de ser obtenido en un proceso judicial, el recurso extraordinario de casación no tiene una naturaleza jurisdiccional. En la perspectiva del derecho romano estaríamos aplicando el *jus constitutions* y no el *jus litigatoris*; es decir, el cuidado en la aplicación de la norma, que interesa más a la sociedad que a los litigantes en concreto. Aun cuando hayan transcurrido dos siglos desde la aparición del recurso de casación, y a pesar de los cambios vertiginosos de la sociedad contemporánea, es evidente que “la adecuada aplicación de la ley para el caso concreto” es poco menos que un mito. Hay que revisar o actualizar el significado de este fin; por ejemplo, en materia de la norma

65 Monroy Gálvez, Juan (año????) “Apuntes para un estudio sobre Recurso de Casación en el Código Procesal Civil. En *Revista de Jurisprudencia*.”

extranjera, el control normativo de la casación a los acuerdos nacidos de la voluntad privada, sin descartar en la discusión judicial sobre un contrato.

3. FUNCIÓN UNIFORMADORA

La uniformidad de la jurisprudencia, finalidad del recurso de casación, es complementaria a la anterior (fin nomofiláctico). Permite que la comunidad tenga una idea más o menos clara respecto al pronunciamiento judicial ante casos con identidad de situaciones fácticas.⁶⁶

La predictibilidad de las decisiones judiciales es instrumento valioso para asegurar el principio de igualdad ante la ley, y da prestigio al Poder Judicial. Los órganos de justicia se prestigian cuando expresan señales de relativa permanencia en sus decisiones respecto de situaciones similares, en tanto conducen al ciudadano a la convicción de que su servicio de justicia traza determinadas líneas vectoriales que deben ser seguidas, a fin de evitar situaciones de conflicto que inexorablemente serán resueltas en la línea impugnante, apunta el profesor Monroy Gálvez.

4. FUNCIÓN DIKELÓGICA. LA JUSTICIA AL CASO CONCRETO

Los fines clásicos de la casación (función nomofiláctica y unificación de la jurisprudencia) son perfectamente congruentes con su origen extrajudicial. (Recuérdese que el tribunal de casación —de origen francés— fue en sus inicios una institución extrajudicial, y, por consiguiente, sus fines eran extraprocesales.) Sin embargo, la evolución de la sociedad occidental, con su cada vez incesantes exigencias de justicia, ha dado con un nuevo tipo casatorio que continúa en etapa de reacomodo.

Como hemos visto, es la casación civil española mediante la que, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, regula el recurso de casación, con un órgano de casación apto para resolver el fondo del asunto en los procesos en que casa la sentencia impugnada. Este rompimiento con el tradicional reenvío, que motivó el nombre de *casación bastarda* para la casación española, es la primera manifestación de un sistema casacional que empieza a separarse de su origen extrajudicial.

En nuestro tiempo el recurso ahonda su carácter de lo político y se traslada a lo jurisdiccional; es decir, del *ius constitutionis* al *ius litigatoris*. Esto constituye la finalidad dikelógica del recurso de casación, y consiste, simple y llanamente, en reivindicar el carácter justiciero del medio impugnatorio. (Como se sabe, la interposición de un recurso de casación tiene

⁶⁶ Monroy Gálvez (1997) Obra citada.

por objeto evitar que el error cometido por un juez produzca un agravio definitivo sobre uno de los litigantes.) Este tercer fin es de carácter extraordinario de la casación.

Es claro, pues, que empieza a desmitificarse la rígida exigencia de requisitos para la procedencia, así como se reducen requisitos formales que lo habían convertido más en un rito que en un instrumento para remediar una sentencia ilegal (Italia).

Sin embargo, más allá de la trascendencia que ha empezado a tener la finalidad dikeológica, no debe olvidarse que la obtención de la justicia en el proceso no es un fin del recurso de casación, sino del proceso en general.

El profesor Carrión Lugo⁶⁷ refiere que la casación, como lo señala la doctrina y la legislación comparada, en un sistema puro, como recurso impugnatorio, es de carácter extraordinario y tiene por finalidad fundamental el control de la aplicación correcta por los jueces de mérito del derecho positivo, tanto sustantivo como el adjetivo.

El Código Procesal Civil se afilia dentro de este sistema puro de casación. En tal sentido, su finalidad es defender la ley contra las resoluciones judiciales que la infrinjan, sea por interpretación errónea, por aplicación indebida, o por la no aplicación de la ley.

A la luz de la doctrina, la legislación extranjera y nacional, las causales se agrupan en dos grandes sectores: las que tienen que ver con errores in iudicando y las que tienen que ver con los errores in procedendo; en este último caso, el recurso de casación tiene también por finalidad el control de logicidad de la motivación de las resoluciones judiciales. En efecto, las resoluciones judiciales pueden contener una deficiente motivación, incongruencia entre la parte considerativa y decisoria (Inciso 6to del Artículo 50 del Código Procesal Civil), y errores de razonamiento judicial, que son diferentes a los errores in iudicando.

5. CONTROL DE LOGICIDAD

El control de la logicidad inicia su desarrollo como tópico específico a partir de los estudios de Piero Calamandrei, quien estructura y formula tal especificidad de la siguiente manera:

“La sentencia es un juicio lógico, esto es, un acto de la inteligencia. El Estado cuando ha investido al juez del poder soberano de proclamar autoritariamente lo que en el caso concreto quiere la ley, ha confiado al juez como una provisión de potestad de mando, de la que el juez puede hacer uso en cada caso para formular en concreto la voluntad que en la ley está expresada solamente en forma hipotética y abstracta; el juez no se sirve de esa provisión durante el desarrollo de la actividad lógica que precede a su pronunciamiento; mientras se limita a razonar, se sirve solamente de la facultad de raciocinio que es necesaria

67 Carrión Lugo, J. (1996) Ponencia en el Congreso Nacional de Derecho Procesal Civil. PUCP.

y suficiente a todo intérprete que ha de enfrentar un hecho específico y concreto con el hecho hipotético y abstracto descrito de la ley; pero cuando de su argumentación de intérprete que razona nace finalmente una conclusión, solamente entonces, como órgano del Estado, impone a este producto de una argumentación lógica, el sello de autoridad del Estado y, solamente entonces, dejando de lado los instrumentos de la lógica jurídica que le han servido hasta aquel momento para seguir adelante en su trabajo, pone en práctica el poder de mando, que hasta aquel momento tenía en reserva, para transformar en voluntad del Estado el producto de su razonamiento, para infundir oficialmente en aquella conclusión de un silogismo común el espíritu de la autoridad, que puede hacer de ella una sentencia.

“La función lógico -jurídica que deba llevar a cabo el órgano jurisdiccional para hallar la verdad de los hechos litigioso, es decir, para encontrar entre millares de normas jurídicas a la que se refiere el caso, y para descubrir la coincidencia entre la hipótesis concreta y la imaginada en abstracto por la norma elegida, está encomendada por lo común a la sagacidad individual del juez, quien se guiará instintivamente al recorrer las diversas etapas de su razonamiento según los dictados de la lógica y del buen sentido.

“El magistrado no siempre está en entera libertad para decidir cómo le dicte su conciencia, pues tiene ante sí ciertas reglas que le indican los criterios metodológicos en las que debe basar su fallo.

“Esas directivas de métodos fijadas por la ley para guiarlo en su razonamiento, atañen a tres épocas distintas de su labor intelectual, a saber: 1° al momento de la selección de la norma jurídica. 2° Al momento de interpretar los esquemas fácticos y los negocios jurídicos. 3° al momento de la comprobación de los hechos. Este último tramo está regido por las reglas de derecho probatorio que regulan la admisibilidad, la carga y la valoración de la prueba. En esta etapa intelectual el magistrado utiliza la lógica, y la experiencia, esto es, su bien sentido.

“La casación pura controla solamente los problemas jurídicos, pero dada la dificultad en distinguir el material fáctico del jurídico, y considerando, por otro lado, que si los hechos se fijan mal -por valorar equivocadamente la prueba- el derecho que a los mismos se aplique no será el que le corresponda según la voluntad abstracta de la ley; es por ello posible, aún en los sistemas ortodoxos la revisión de la razonabilidad en la apreciación de la prueba.

“Morello destaca con acierto que a través de esta función intelectual del juez es donde se exponen los resultados de la prueba, allí se objetiva el sistema con que los hechos son valorados. Sí hacemos pie en el panorama del derecho procesal constitucional y en mira a la efectividad de la prestación del servicio se lleva a cabo el controlar la razonabilidad acerca de la idoneidad con que esa tarea ha sido encarada y que se juzga por sus resultados. Son los límites al quehacer libre del juez envallado por la lógica y el sentido común.

“Es por ello que el tribunal supremo asume, en determinadas circunstancias, una actividad correctora que en definitiva apunta a cuidar la exacta aplicación del derecho (revisando indirectamente los hechos), pues la solución jurídica resulta errónea, si se apoya en insostenibles resultados probatorios.

“No debemos perder de vista que a través de las figuras del absurdo y de la arbitrariedad el órgano de casación inspecciona en forma oblicua o indirecta la motivación de la sentencia, y se mete en el entramado de los hechos.

“El control de logicidad se refiere a la carencia, a la insuficiencia o a la deficiencia en la motivación. En base a ello podemos señalar los siguientes casos que tienen que ver con el control de la logicidad de la motivación de las decisiones judiciales: su falta de fundamentación, su deficiente fundamentación, la incongruencia entre la parte considerativa de la resolución y la decisión, la omisión en resolver algún, punto en controversia o la decisión ultrapetita o extrapetita”.⁶⁸

6. FINES DE LA CASACIÓN

La institución de la casación contenida en nuestro ordenamiento procesal civil de 1993, revestida de formalidades, no fue idónea para que los jueces supremos resuelvan el fondo del asunto de las partes en conflicto. Esto se debió a una serie de factores, como la falta logística, falta de personal idóneo auxiliar y de excelente formación de magistrados supremos. Por esta razón, luego de dieciséis años de vigencia, se expidió la Ley Modificatoria 29364, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 30 de mayo de 2009. Esta ley introduce modificaciones y deroga algunos dispositivos, tal como señala su Artículo 1° de las Disposiciones Derogatorias.

Como hemos señalado, el legislador se ha apartado de la naturaleza y esencia del instituto de casación (en sus orígenes, de carácter político), que trasciende su primigenia naturaleza política y se torna judicial, con enorme contenido jurídico – filosófico (función nomofiláctica), aunque con la perentoria necesidad de adicionar la causal denominada función dikelógica en forma clara y precisa, mas no en forma generalizada como se advierte en la ley modificatoria.

Es claro que, como sostienen algunos estudiosos del derecho procesal y juristas nacionales de renombre, la globalización y los avances de las sociedades, de los Estados, la ciencia y la tecnología, es menester reorientar la institución de la casación, pero sin perder su esencia o naturaleza. Obviamente, este cambio requiere jueces de calidad, con gran sentido humano, que, en busca de la paz social, eviten las dilaciones en los procesos.

68 Taller de Control de Logicidad, realizado el 8 de febrero de 2012, dirigido por Eliana Devers, sobre la base del Tratado de Derecho Procesal Civil Tomo III, de Carrión Lugo

Así el instituto de casación dejará de ser un simple órgano supremo revisor que omite su naturaleza nomofiláctica.

Probablemente con la dación de la Ley 29364 se ha pretendido recuperar el carácter excepcional del recurso casatorio, a fin de asegurar decisiones justas en plazos razonables, y que sirvan de precedentes judiciales y, por tanto, tengan fuerza vinculante para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía. Sin embargo, sujetándonos a la realidad socio-jurídica, vemos que aquello no se ha cumplido, no se ha reorientado el proceso civil casatorio, y la incertidumbre reina entre justiciables, abogados, instituciones jurídicas y los juristas, quienes no pueden prever cómo ha de resolver la sala casatoria. Si a esto se agrega el enorme retardo de las notificaciones, el resultado es una situación de confusión y desánimo de los justiciables y, por ende, de los abogados.

Hay que precisar, además, que la situación que se detalla en el párrafo anterior se agrava con el incremento de la carga procesal y la congestión, a raíz de que la modificatoria ha incumplido con establecer filtros que restrinjan o eviten el uso y abuso de los recursos casatorios.

El recurso de casación es esencialmente -conforme lo estatúa el Art. 384 del C.P.C.- un medio impugnatorio destinado a corregir errores in iudicando (respecto a la norma sustantiva objeto de la decisión) y errores in procedendo (respecto al procedimiento con el que adopta la decisión). Bajo esta premisa la modificatoria del Art. 386 establece en forma precisa las causales del recurso de casación, que genéricamente procede “la infracción normativa que incide directamente sobre la decisión contenida en la regulación impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial”.

La Ley 29364 modifica los artículos pertinentes del C.P.C. que regulan el recurso de casación, para reorientar esta institución, con el objeto de restringir el uso de la casación como un medio impugnatorio ordinario. De esta manera convierte a la Corte Suprema Casatoria en un órgano de revisión, como se establecía en sus orígenes.

La iniciativa legislativa que estatuye la Ley 29364 pretende ‘devolver’ al recurso de casación su carácter excepcional, para que coadyuve verdaderamente a que los justiciables obtengan una decisión justa en un plazo razonable, y que sus resoluciones tengan fuerza vinculante. Pero, como hemos señalado, la realidad es otra y los fines anhelados están lejos de lograrse, mucho menos por la ausencia de filtros que restrinjan mal uso y abuso del recurso casatorio. Es claro, entonces, que la casación peruana carece del fin rigurosamente nomofiláctico, que es la naturaleza intrínseca del recurso.

La ‘infracción normativa’ constituye una causal genérica que estaría refiriéndose a las afectaciones de las normas sustantivas o materiales, así como a las normas procesales o adjetivas. Se advierte, pues, la inexistencia de una modificación en este extremo, y más bien es notoria la falta de claridad y precisión en el actual contenido del Art. 384 del C.P.C.

Según la modificatoria, el extraordinario recurso de casación tiene como finalidad “la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la corte suprema de justicia”. Para los estudiosos del derecho procesal el término ‘adecuado’ no es otra cosa que ‘lo apropiado’, ‘lo arreglado’ o ‘acomodado’ a las circunstancias u objeto de algunas cosas. En nuestra opinión, estos ‘acomodos’ son todo lo opuesto a la ‘correcta aplicación’, esto es libre de errores o defectos; como así se advierte en algunas resoluciones supremas casatorias disímiles.

Como hemos referido, el jurista Nelson Ramírez Jiménez, en una nota periodística (*El Comercio*, 04 de junio del 2009, Suplemento Jurídico, página 14) afirma que el cambio no es meramente semántico, y que el solo término ‘adecuado’, genera discusiones (y confusiones, añadimos nosotros).

Se ha establecido que no es un fin de la casación que la Corte Suprema “interpreta” correctamente el derecho objetivo. Esto no es otra cosa que desactivar una de las tareas más necesarias, dada las características de generalidad que identifica a la norma jurídica.

Hemos señalado, asimismo, que el ilustre ex magistrado supremo Manuel Sánchez Palacios, en el “Suplemento de análisis legal jurídica” del diario oficial El Peruano, del 30 de junio del 2009, refiere que la casación va más allá de los intereses particulares, y tiene fines más amplios y trascendentales. Plantea que la casación busca determinar si efectivamente se infringió una norma jurídica, cómo es que se produjo la infracción y cuál debe ser la correcta aplicación. Todo ello en conjunto, corresponde al carácter público de la casación, que prima sobre el interés particular.

Por tanto, en la casación se juzga la sentencia de mérito o de vista y no el proceso, con las excepciones a que se refiere a la tutela jurídica y al principio del debido proceso.

6.1. Causales del recurso

La Ley 29364 refunde todas las causales del texto original (interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material o sustantiva, así como la contravención de las normas procesales que garantizan el derecho a un debido proceso o a la infracción de las formas esenciales en la eficacia y validez de los actos procesales) en una sola: “infracción normativa que incida directamente sobre la dación contenidas en la resolución impugnada”.

El término ‘infracción’ es genérico. El abogado, en su recurso extraordinario, no tendría la obligación sine quanon de precisar y distinguir cuándo se refiere a norma sustantiva o a la norma adjetiva o procesal. Esto no es compatible con la esencia y naturaleza del recurso extraordinario y menos con la exigencia de claridad y precisión en el planteamiento, como originariamente se exigía.

7. ADMISIBILIDAD, PROCEDENCIA E INADMISIBILIDAD DEL RECURSO

El jurista Izquierdo Muñoz, mencionado por Hinostroza Minguez⁶⁹, dice que “para que el recurso sea fundado, debe reunir condiciones sustanciales, tales como: la impugnabilidad en casación de la providencia denunciada, la legislación e interés para recurrir, la existencia taxativa de un motivo de casación y la observancia de los requisitos contemplados en la ley”.

De la Plaza, maestro argentino, precisa que “el derecho a recurrir en casación, presupone el cumplimiento de una serie de condiciones que son en ese aspecto, determinantes de su viabilidad. Es preciso, por una parte, que la sentencia sea recurrible”

Por su parte, Rocco, profesor y jurista italiano, refiere que el recurso de casación debe someterse a ciertos requisitos formales, que deben ser observados bajo pena de inadmisibilidad o de improcedibilidad; además, el recurso debe:

- a. Dirigirse a la Corte Suprema.
- b. Indicar de las partes, con designación del defensor.
- c. Indicar la sentencia o la decisión impugnada.
- d. Contener exposición sumaria de los hechos de la causa.
- e. Exponer los motivos por los cuales se pide la casación con indicación de las normas de derechos en que se funda.

En nuestra legislación peruana se requiere de requisitos de forma y fondo. En adelante, con la modificatoria, hay un cambio en cuanto a la admisibilidad, pues el recurso está permitido contra sentencias y autos expedidos por las Salas Superiores, que ponen fin al proceso; mas no contra las sentencias que declaran la nulidad de la apelada, pues no ponen fin al proceso. Así mismo, el recurso se puede presentar directamente ante la Corte Suprema.

7.1. Admisibilidad

“Para determinar la admisibilidad e inadmisibilidad del recurso de casación y poner en práctica, la Sala tiene limitada competencia al estudio de la oportunidad en que la impugnación se interpuso, al interés que para requerir por este medio asiste al impugnante, y, finalmente, a la naturaleza del proceso en que se profirió la sentencia” (Murcia Ballen, citado por Hinostroza Minguez⁷⁰.)

Según De la Rúa⁷¹, la verificación del recurso comprende dos elementos: la existencia del derecho impugnatorio (para que ese derecho exista, la resolución debe ser susceptible de impugnación conforme a la ley, y el sujeto debe estar legitimado para recurrir, esto es

69 Hinostroza Minguez (2009) *El Nuevo Recurso de Casación*.

70 Hinostroza Minguez, obra citada

71 Hinostroza Minguez, obra citada

que tiene interés que sustenta el recurso y capacidad para decidirlo con relación al gravamen que la sentencia le produce) y el cumplimiento de los requisitos formales de modo, tiempo y lugar que debe revertir el acto impugnatorio y su fundamentación.

Prieto Castro y Fernández⁷² refiere que “el examen de admisibilidad corresponde al Tribunal de instancia y ello sin intervención de las partes. Este hecho de investigar la existencia de los requisitos referentes al carácter final de la resolución, plazo, existencia de motivo de los taxativamente enumerados en la ley, y comprobación de que se ha pedido temporáneamente la subsanación de la falta que origina el recurso.”

Véscovi anota que “el proceso de admisibilidad funciona como un “filtro” de los recursos con defectos (inadmisibilidad) para evitar el exceso de trabajo de la Corte de Casación, por lo cual, generalmente, es realizado por otro órgano. Y así sucede en la mayoría de los países, donde en muchos casos la admisibilidad la juzga el propio tribunal, ante el cual se plantea el recurso, con la posibilidad de queja ante la Corte y también de la posibilidad de ésta de reexaminar la admisibilidad, lo que es bastante común en materia de recursos extraordinarios y aun ordinarios”⁷³.

7.1.1. Requisitos de admisibilidad

En el caso peruano los requisitos para la admisibilidad del recurso de casación se encuentran contenidos en el Art. 387 del C.P.C. La falta de uno de ellos declarará inadmisibile el recurso.

Los requisitos que se indican imperativamente son los siguientes:

- a. Debe interponerse contra las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso.
- b. Debe interponerse ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada o ante la Corte Suprema, acompañando copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado, certificada con sello, firma y huella digital, por el abogado que autoriza el recurso y bajo responsabilidad de su autenticada.

En caso de que el recurso sea presentado ante la Sala Superior, ésta deberá remitirlo a la Corte Suprema sin más trámite dentro del plazo de tres días.

- c. Debe presentarse dentro del plazo de diez días, contando desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, más el término de la distancia cuando corresponda.

72 Citado por Hinostrroza Minguez en obra citada.

73 Mencionado por Hinostrroza Minguez en obra citada.

d. Debe adjuntarse el recibo de la tasa respectiva.

Si no se cumple con los requisitos de admisibilidad del recurso de casación previsto en los epígrafes 1 y 3 del Art. 387 del C.P.C., referidos, como se advierte precedentemente, a las resoluciones contra las que puede interponerse tal recurso y al plazo dentro del cual debe ser interpuesto, la Corte Suprema rechazará de plano el recurso, imponiendo al impugnante una multa no menor de diez ni mayor de 50 U.R.P. en caso de que se considere que su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria del impugnante.

Si el recurso incumple con los requisitos previstos en los epígrafes 2 y 4, la Corte concederá al impugnante un plazo de tres días para subsanarlo, sin perjuicio de sancionarlo con una multa no menor de diez ni mayor de 20 U.R.P. si su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria. Vencido el plazo sin que se produzca la subsanación, se rechazará el recurso.

El jurista y maestro uruguayo Enrique Vescovi refiere que el recurso de casación en todos los sistemas está sometido a estrictas reglas formales, especialmente en lo que se refiere a los requisitos para la interposición del recurso. Agrega que en todos los regímenes existen términos perentorios para interponer el recurso extraordinario de casación, común a todos los medios impugnatorios⁷⁴.

El maestro argentino Mario Morello⁷⁴ nos enseña que: “las formas procesales son determinadas condiciones de tiempo, lugar y modo constituyendo una garantía para la defensa de los derechos del ciudadano y de las partes en general”.

Para el padre de la casación, Piero Calamandrei⁷⁵, “las formas procesales no sirven, como podrían pensar los profanos, para hacer más cumplido y menos comprensibles el desarrollo del proceso, sino por el contrario, para hacerlo más simple y claro, en cuanto fuerza a las partes a reducir sus actividades al mínimo esencial y a servirse de modo de expresión técnicamente apropiados para hacer entender con claridad al juez. Las mismas, en lugar de un embargo para la justicia, son en realidad una preciosa garantía de los derechos y de las libertades individuales”.

En nuestra legislación, de acuerdo a la modificatoria, los requisitos de admisibilidad quedan determinados, conforme al Art. 387 del CP, que prescribe:

Que el recurrente no haya consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuese confirmada por resolución objeto del recurso. Esto significa que, como hemos visto, debe tratarse de sentencias o autos que en revisión pongan fin al proceso o aquellas resoluciones en las que la ley expresamente declare que procede el recurso de casación: por ejemplo, cuando se declara inválido el laudo judicial.

⁷⁴ Morello, Mario (1980) *Estudio de Nulidades procesales*.

⁷⁵ Calamandrei, Piero (1943) *Instituciones del Derecho Procesal Civil*.

Que se describa la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial (la interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación de la norma) con claridad y precisión, en forma detallada, precisa y concisa, sin rodeos o imputaciones que desdican del contenido del recurso casatorio, creando falsas expectativas a los justiciables. De igual manera se debe acudir a los señores jueces supremos casatorios, a exponer su caso antes de la vista de la causa.

Que se demuestre la incidencia directa de la infracción en la resolución que se quiere impugnar. Si bien existe la prohibición de presentar, exhibir y examinar pruebas (porque ya han sido valoradas por los jueces de mérito), el justiciable, por intermedio del letrado, ilustrará a los miembros de la Sala Suprema cómo, conforme a los hechos, al estudio de autos, y a las facultades discrecionales de los jueces, su resolución ha sido errada. El tribunal casatorio está facultado para verificar la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, mas no a analizar o examinar pruebas.

Que se indique si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio. Si fuera anulatorio, se precisará si es total o parcial, y en este último caso se señalará hasta dónde debe alcanzar la nulidad. Si fuera revocatorio, se precisará en qué debe consistir la actuación de la Sala. Si el recurso contuviera ambos pedidos, deberá entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado.

Hay que precisar que nuestro ordenamiento adjetivo, a diferencia con otras instituciones procesales, no define a la casación, y solo se limita a señalar cuáles son sus fines, a saber: la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Sala Suprema Casatoria. En tanto que ‘casar’ significa anular (en otras palabras, significa ‘nulo’), cuando Sala Suprema declara que el recurso es fundado por una causal sustantiva, se debe resolver: “Casaron la sentencia de vista y actuando como sede de instancia” (...) “revocaron la sentencia de primera instancia” (...) “confirmaron la sentencia de primera instancia”, según corresponda. Compartimos este planteamiento con la opinión del Vocal Supremo Sánchez Palacios. Cuando se trata de causales procesales y es fundado el recurso, de la misma manera ‘casa’, y, según corresponda, anula la sentencia de vista y en ciertos casos también la de primera instancia o todo el proceso. Existe aquí un craso error del legislador, que ha inducido a error a la corte casatoria, pues ésta no revoca, y esa potestad se compete a la Sala Superior.

Es necesario precisar que la corte casatorio puede ejercer el jura novit curia consagrados en el C.C. y C.P.C. en sus respectivos artículos VII de sus títulos preliminares. De la misma manera, si el impugnante no fundamenta su recurso tal como lo exige el Art. 388.2 del Código adjetivo, esto es con claridad y precisión la infracción sobre la decisión impugnada, la Corte Suprema Casatoria no puede corregirlo ni suplir de oficio las omisiones, pues el recurso extraordinario debe interponerse con los requisitos de admisibilidad y procedencia previstos en la ley. Además es de precisarse si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio – art. 388.4 C.P.C. Si fuese anulatorio, se indicará si es total o parcial, y si es éste último, se indicará hasta donde debe alcanzar la nulidad; si fuera revocatoria, se

precisará en qué debe constituir la actuación de la Sala. Si el recurso contuviera ambos pedidos, deberá entenderse el anulatorio como principal y el revocatoria como subordinado, y así sucesivamente como lo describe el citado dispositivo procesal civil.

8. TRÁMITE DEL RECURSO

Antes de la vista de la causa la sala casatoria apreciará si se ha cumplido con los requisitos previstos en los artículos 387 y 388 del C.P.C., referidos a admisibilidad y procedencia del recurso extraordinario, y resolverá declarando inadmisibile, procedente o improcedente el recurso de casación(según sea el caso), en fiel acatamiento imperativo que estatuye el Art. 391 del citado cuerpo legal. Si el recurso de casaciones declarado procedente, la Sala Suprema Casatoria obrará de la manera que se describe en los apartados siguientes.

8.1. Por ante la Corte Superior; ante la Sala Suprema y de las partes en conflicto

Si el recurso de casación se interpone ante la Sala Superior, el colegiado remitirá a la Sala Suprema, dentro del término, todo lo actuado. Si esta última, después de calificarlo, lo declara procedente, señalará fecha para la vista de la causa.

Si se interpone ante la Sala Suprema, la parte impugnante pondrá en conocimiento de la Sala Superior este hecho dentro del plazo de cinco días de interpuesto el recurso extraordinario de casación, bajo responsabilidad. La Sala Superior pondrá en conocimiento de las partes su oficio de remisión, a fin de que se apersonen y fijen domicilio procesal en la sala de la Corte Suprema. Recibido el expediente, la Sala Suprema Casatoria fijará fecha para la vista de la causa (en el caso lo haya declarado procedente).

Las partes podrán solicitar informe oral dentro de los tres días siguientes de la notificación de la resolución que fija fecha para la vista de la causa. Así lo dispone imperativamente la parte in fine.

El Art. 391 del C.P.C. dispone durante el trámite del recurso de casación las partes son objeto de una regulación procesal estricta y de fiel acatamiento, al extremo que el único medio de prueba procedente es el documento que acredite la existencia del precedente vinculante judicial, o de la ley extranjera y su sentido, en los procesos sobre derecho internacional privado, sin considerar el *amicus curia*. Hay aquí un vacío en la ley, sobre todo en nuestro país, donde la seguridad jurídica no se encuentra debidamente cimentada.

El referido artículo de C.P.C. establece que si se nombra o cambia representante procesal, debe acreditarse tal situación.

Del precepto procesal citado se desprende que las partes en conflicto, durante el trámite del recurso extraordinario, solo pueden desarrollar las siguientes actividades:

- Presentar informes por escrito.
- Exponer informe oral por una sola vez y cuando se haya fijado fecha para la vista de la causa.
- Ofrecer prueba documental que acredite la existencia del precedente judicial. Esto, que antes se denominaba doctrina jurisprudencial, es el conjunto de decisiones jurisdiccionales adoptadas, que se adecúan al caso concreto. El Art. 400 del C.P.C. determina que, ante resoluciones disímiles contradictorias, los jueces supremos civiles se reúnan en un pleno casatorio rigurosamente observado con concurrencia de juristas nacionales y abogados.
- Ofrecer prueba documental que demuestre la existencia de la ley extranjera y su vigencia, en los procesos que verán sobre asuntos de derecho internacional privado.
- Nombrar representante procesal.
- Sustituir al representante procesal.

Procedencia excepcional del recurso de casación

El legislador, al promulgar la Ley modificatoria N° 29364, ha pretendido devolverle al recurso de casación su carácter excepcional de extraordinario, con el propósito de coadyuvar a que los justiciables obtengan decisiones o fallos justos en plazos razonables, y que tales decisiones tengan fuerza vinculante para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía o grado a nivel nacional. Sin embargo, el tiempo transcurrido y los resultados respecto al aumento de la carga procesal demuestran que no se ha obtenido el objetivo propuesto y que, si bien se han introducido ciertas reformas, éstas son muy tenues e inconsistentes, y que lejos de establecer filtros que restrinjan el mal uso de los recursos casatorios, ocurre lo contrario, al extremo de atentar contra la celeridad procesal e incluso contrala eficiencia de la administración de justicia.

Los hechos dan cuenta de que el legislador ha sido desafortunado al decretar la procedencia excepcional del recurso de casación plasmado en el Art. 392 - A del C.P.C., que faculta a la sala casatoria a avocarse al conocimiento de procesos y que al momento resolver cumplirá con aplicar el derecho objetivo al caso concreto.

El dispositivo legal que contiene el recurso o medio impugnatorio incumple o no es coherente con los requisitos que imperativamente consagra el Art. 388 del citado cuerpo legal. Cabe preguntarse si aquello es una excepción, al extremo que la Sala Suprema pueda concederlo motivando sus razones y admitiendo que existe error material, cuando sabemos

que el mencionado dispositivo legal se refiere a los requisitos del recurso casatorio y no a la resolución o sentencia de la Sala Superior venido en grado.

Esta medida está muy lejos de restringir el uso indiscriminado de los recursos de casación; por el contrario, abre la puerta y la ventana para impugnar todas las resoluciones expedidas por las Cortes Superiores, bajo el pretexto de “aplicar un derecho objetivo” o “uniformizar la jurisprudencia”. De igual manera consideramos que aquello importa que la Sala Suprema Casatoria pueda sustituirse a una de las partes en conflicto en desventaja de la parte otra; por lo tanto, el requisito de claridad y precisión, se convertiría en un requisito relativo y nada formal.

No dudamos que la reforma emprendida se origina en la buena intención del legislador; sin embargo, advertimos que su redacción es y algunas veces carece de *sindéresis* jurídica y en otras oportunidades se aparta de los fines esenciales de la institución de casación, y desconoce en cierta medida que el justiciable es el actor del derecho privado. Planteamos que se adecúe a las exigencias de la modernidad, incrementando con mayor énfasis y precisión las garantías procesales tanto para beneficio del sector privado nacional, y de esta manera se fomentaría inversión privada como la extranjera, prevaleciendo la seguridad jurídica.

9. SENTENCIAS SUPREMAS CASATORIAS

La Sala Suprema Civil Casatoria expedirá la correspondiente sentencia en casación, sea amparando o desestimando el recurso extraordinario interpuesto, dentro del plazo que establece la ley (dentro de los 50 días de realizada la vista de la causa).

El tribunal o Corte Suprema Casatoria verá la causa en audiencia pública, por riguroso orden de ingreso, dentro de los 30 días siguientes a que se hallen expedidas para ser resueltas. El presidente de la sala hace citar con 72 horas de anticipación a los abogados que hayan solicitado el uso de la palabra para informar, de igual manera si una de las partes (demandado o demandante) hubiese solicitado la palabra para informar personalmente, esto será concedido pero solamente será referido sobre hechos, precisando el tiempo que tiene para realizarlo.

El abogado de la parte que no solicitó el uso de la palabra es igualmente citado, si ha señalado domicilio procesal en la sede de la Corte Suprema; en los otros o demás casos no es necesario citar a los letrados o a las partes para la vista de la causa.

9.1. Vista de la causa con informe oral

Solo es procedente en grado de consultas o casación de sentencia o auto homologado que pone fin al proceso. El pedido lo formula, ante el Presidente de la Sala, el abogado patrocinante o la parte que solicite informar sobre hechos.

En ningún caso los abogados intervinientes pueden causar o solicitar la suspensión de la vista señalada, y pueden ser sustituidos por otro abogado en cualquier momento, hasta en el mismo acto del informe oral.

La votación de la causa se producirá el mismo día de la vista o dentro del plazo precisado y bajo las condiciones que puntualiza el Art. 140 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La deliberación es secreta, y debe mantenerse en reserva las opiniones vertidas en las respectivas tablas de cada uno de los vocales supremos intervinientes.

La suspensión de la vista solo procede cuando no conforma la Sala. El mismo día el presidente dispondrá una nueva designación para que dicha vista sea realizada dentro de los cinco días hábiles siguientes. Incurrir en responsabilidad el magistrado supremo que sin causa justificada ocasione la suspensión de la vista.

Los abogados informantes están obligados a absolver las preguntas y aclaraciones que deseen hacerles los magistrados en el transcurso de sus informes.

La Sala de la Corte Suprema, después de producida la exposición, delibera la resolución, la vota y dicta, previa ponencia escrita del vocal ponente, sin perjuicio del estudio que realicen los demás miembros que integran la Sala. Dicha ponencia escrita debe contener fecha de emisión, firma y su archivo por relatoría.

9.2. Vista de la causa sin informe oral

Instalada la Sala en el día y hora señaladas por su orden, se inicia con la exposición del vocal ponente, seguida de la lectura y exámenes de las figuras judiciales del expediente que va precisando el ponente o los que indiquen los otros vocales, y finaliza, previo debate, con la votación de la causa y la respectiva resolución, o con la decisión de dejarla causa al voto (si requiere mayor estudio). El plazo para resolver la causa dejada al voto será en término no mayor de 15 días, prorrogable por otro término igual. Si el voto es emitido fuera de los plazos indicados, se considera falta de carácter disciplinario, sancionable, sin que aquello constituya causal de nulidad de la resolución emitida.

Tanto los votos singulares y discordantes se emiten por escrito, con firma de su autor. Todos se archivan juntamente con una copia de la resolución.

En caso de discordia o impedimento de uno o más vocales supremos, el presidente procede a llamar a los magistrados consejeros que corresponda, comenzando por el menos antiguo. En defecto de lo anterior, llama a los vocales de la misma especialidad de otras salas, si los hubiera, y luego las salas de otra especialidad, siempre empezando por el menos antiguo.

La emisión del voto escrito es obligatoria en todas las causas en cuya vista hubiera intervenido, aun en caso de impedimento, licencia, vacaciones o cese el voto forma parte de la resolución, no siendo necesaria la firma de esta, por el vocal referido.

9.3. Sentencias fundadas y sus efectos

El Art. 32.a del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que la Corte Suprema conoce de los recursos de casación con arreglo a la ley procesal respectiva (para el caso que nos ocupa, la Ley 29364).

La Sala Suprema de Justicia de la República conoce de este medio impugnatorio que constituye el centro de atención de la administración de justicia para la seguridad jurídica y de los ciudadanos, incluyendo los bienes patrimoniales, intelectuales y de otra índole. El Art. 384 C.P.C. y la modificatoria Ley 29364 asignan al referido **órgano** jurisdiccional el cumplimiento de los fines del recurso de casación (adecuada aplicación del derecho objetivo, al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional). La sala respectiva de la Corte Suprema debe emitir la correspondiente sentencia en casación, declarando procedente o improcedente el recurso.

A nivel de la doctrina internacional de los estudios, y pese al tiempo transcurrido desde que se instituyó el recurso de casación en Francia (allá por el año 1789, hace más de 200 años), no hay unanimidad respecto a la solución del problema del fin último del recurso de casación. Tiene que tenerse en cuenta que instituirse la justicia al caso concreto como una función dialéctica, y no de manera subjetiva y sin precisión ni claridad, como indica el actual Art. 384 del C.P.C., que da lugar a que la Sala Suprema Casatoria expida resoluciones disímiles o contradictorias, o que genere dudas. Esta situación ha dado lugar a los Plenos, como los cuatro plenos casatorios civiles, que son los siguientes:

- a. Transacción extra judicial. Asunto Yanacocha – mercurio. Cajamarca – casación 1465 - 2007 del 22 de enero del 2008.
- b. Prescripción adquisición de dominio – Lambayeque. Casación N° 2229 – 2008 del 18 de septiembre del 2008.
- c. Indemnización en la separación de hecho, derivado del matrimonio. Casación 4664 – 2010 del 13 de mayo del 2011 – Puno.
- d. Desalojo por ocupante precario, del 29 de diciembre del 2011, procedente de Ucayali. Casación 2195 – 2011, pendiente de publicación.

Conviene precisar que si la Sala Suprema declara fundado el recurso por infracción a una norma de derecho material, la resolución venida en grado o impugnada deberá revocarse íntegra o parcialmente según corresponda; en consecuencia, la resolución que

adolece de vicio o error in judicando o in procedendo, así se advierte de la interpretación gramatical contenida en el Art. 396 del C.P.C. en cuanto a su modificatoria.

Asimismo, si la Sala Suprema declara fundado el recurso de casación por infracción de una norma procesal (error in procedendo), que a su vez es objeto de la decisión impugnada, debería revocar ésta, integrarla o revocarla parcialmente.

10. EJECUTORIAS SUPREMAS CASATORIAS

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los alcances de su competencia respecto al extraordinario recurso de casación, ha establecido que “el recurso de casación se rige por el principio de rogación, por el cual solo los recurrentes son quienes impetran el contenido sobre el cual la Corte Suprema ejercerá sus funciones casatorias conforme a las leyes procesales.” (Casación N° 1707-2000 procedente de Puno; publicada en el diario oficial *El Peruano* el 02 de enero del 2001.) Así lo detalla Alberto Hinojosa Minguéz en su libro *El Nuevo Recurso de Casación* y sigue refiriendo que “en virtud del principio de rogación procesal que gobierna la intervención de la Corte, ésta se limita a ejercer la función casatoria sobre las resoluciones que la ley señala que contengan un error de derecho congruente con los cargos esgrimidos por los impugnantes y calificados por el Tribunal positivamente mediante la resolución de procedencia. Que no obstante, la regla antes descrita puede variar en cuanto a su observancia y aplicación, pues se pueden prever alguna hipótesis en las que es imposible que la sentencia casatoria alcance sus fines clásicos (nomofiláctico y uniformizador) e incluso su contemporáneo fin llamado dikelógico, cuando en el proceso que se conoce, verbigracia, existen vicios procesales insalvables que están por encima de los intereses de las partes, al advertirse que tales infracciones distorsionan el orden jurídico y sus valores (orden público, seguridad jurídica, certeza justicia y equidad Cas. N° 3197-99 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17 de septiembre del 2000).

De otras ejecutorias casatorias Hinojosa destaca que:

- “Cuando el ordenamiento procesal, señala estrictos requisitos de forma y de fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace así en razón de que este medio impugnatorio, uno especialísimo a través del cual la Corte Suprema va a ejercer su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncie como vicio o error en el recurso, y no va a actuar como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso”(Cas. N° 1154-99 Puno; publicado en el diario oficial “El Peruano” el 02 de enero del 2001.)
- No corresponde a la Sala Casatoria interpretar el recurso de casación ni actuar de oficio.”(Cas. N° 2324-00 – Arequipa – publicado en el diario oficial “El Peruano” el 30-01-2001.)

- “Las omisiones o errores en que incurren las partes al fundamentar sus recursos no pueden ser subsanadas o corregidas por esta Sala Suprema, debido a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, que no admite la aplicación del aforismo *jura novit curia*.” (Cas. N° 2443-2000 – Lima publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 02 de enero del 2001.)
- “En aplicación del principio de que el juez aplica el derecho que corresponde a los hechos, previstos en el art. VII del T.P.C. P.C. concordado con el Art. 139.8 de la Carta Fundamental, las Salas Casatorias, al momento de calificar el recurso de casación, en casos notorios de grave injusticia, deben suplir las deficiencias o error en el que haya incurrido el recurrente, siempre que se haya expuestos argumentos suficientes para el fin del recurso, esta orientación tiene por objeto resolver el conflicto acertadamente y hacer efectivo la tutela jurisdiccional efectiva que constituye derecho fundamental de toda persona. (Cas. N° 911-2001- Chimbote; publicado en el diario oficial *El Peruano* 02-05-2002.)

Frente a esta realidad es conveniente destacar lo que piensan otros juristas. Veamos:

- El maestro Vescovi dice que el Tribunal tiene como facultad esencial la de declarar la existencia o no del error de derecho, y como consecuencia, casar la sentencia. Esta es la función original, y la que, por esencia, tiene todo órgano de casación.
- El jurista Devis Echandia refiere que “la Corte no puede examinar causales no alegadas, ni errores de la sentencia no alegados aunque puedan corresponder a una de las causales escogidas por el recurrente”
- Piero Calamandrei explica que el concepto de Corte de Casación se puede descomponer en el siguiente esquema:
 - a. Es órgano judicial supremo, único en el Estado.
 - b. Funciona con finalidad diversa de la jurisdiccional:
 - b.1. Finalidad de controlar que los jueces decidan las controversias según ley.
 - b.2. Finalidad de controlar que sea mantenida en todo el Estado la uniformidad de la interpretación jurisprudencial.
 - c. Con poder negativo de anulación:
 - c.1. Sobre las sentencias que contengan error de derecho en la decisión de mérito. En este mismo sentido refiere Tovar Lange (citado por Antonio Hinostroza Minguez)
- El tratadista italiano Antonio Gian Michelli⁷⁶ refiere que “en sede de casación el juez puede conocer de todas aquellas cuestiones relativas a la observancia de normas de procedimiento, cuya violación dé lugar a un error in procedendo

76 Michelli, Gian A. (1970) *Curso de derecho procesal civil*.

relativo, sea a la instrucción del juicio de casación, sea al desarrollo de las fases procesales anteriores, siempre que la posibilidad de poner de relieve aquel vicio no está precluido. Y el mismo juez podrá señalar de oficio un vicio, aunque el mismo no haya sido señalado por las partes, concernientes al proceso de casación o a un estadio anterior, siempre que se haya presentado el recurso por la parte interesada por otro motivo.

CAPÍTULO SÉPTIMO



**JURISPRUDENCIA - DOCTRINA JURISPRUDENCIAL
PLENOS CASATORIOS - PRECEDENTES JUDICIALES**

1. JURISPRUDENCIA: DEFINICIÓN, CARACTERES E IMPORTANCIA

1.1. Definición

Comúnmente denominamos ‘jurisprudencia’ al ordenamiento social justo, al conjunto de normas jurídicas que rigen la conducta de los hombres, cuyo fin es el bien común y la justicia.

“La jurisprudencia, denominada también precedente judicial, *stare decises*, doctrina jurisprudencial, sentencia normativa, o criterio jurisprudencial, es la decisión del más alto tribunal de un país que, al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio tribunal supremo y para todos los órganos jurisdiccionales inferiores, mientras no sea derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio tribunal supremo (...) Destacando que su antecedente inmediato aparece en el sistema romano-germánico, así como en el anglosajón.

“Como se deja precisado, un amplio sector de la doctrina define a la Jurisprudencia como el conjunto y repetitivos fallos firmes y uniformes que expiden las salas supremas.”⁷⁷

Para el maestro Marcial Rubio⁷⁸ la jurisprudencia está constituida por “las resoluciones de los tribunales de justicia que, por sus fundamentos y trascendencias de sus fallos, constituyen antecedentes de fallos futuros en casos análogos. En especial se trata de las resoluciones de organismos jurisdiccionales de mayor rango”.

77 Estudio Aníbal Torres – abogados.

78 Celis Zapata, C. A. En *Homenaje a Felipe Osterling Parodi*.

Rubio ha señalado que este término tiene hasta dos significados:

- a. “Jurisprudencia, en sentido lato, son las resoluciones que los magistrados judiciales emiten en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, para solucionar los conflictos a ellos sometidos, que se suscitan entre los individuos o entre éstos y la sociedad”.

“En el lenguaje jurídico puede hablarse de una jurisprudencia, es decir de una resolución de los tribunales sobre un caso determinado o de jurisprudencia.

- b. “Jurisprudencia, en sentido estricto, se refiere más propiamente a las resoluciones que emita el máximo tribunal, pero no a las resoluciones de los tribunales y juzgados inferiores a él (...); es más reconoce que: en los tiempos actuales, también la administración pública en especial la que depende del Poder Ejecutivo, se ocupa de resolver muchas situaciones particulares de conflicto emitiendo resoluciones. Esta injerencia de la administración pública en la solución de conflictos es creciente y se explica por el aumento y complejidad de las funciones que cumple el Estado en la actualidad; dando surgimiento a lo que se conoce como ‘jurisprudencia Administrativa’.

El profesor Iván Rodríguez Chávez⁷⁹ considera que la jurisprudencia debe ser analizada en función a sus dos sentidos:

- a. “En sentido amplio alude a todas las resoluciones que expidan los Juzgados y tribunales en su función de administrar justicia con la finalidad de resolver un conflicto de intereses sometido a su conocimiento y
- b. “En sentido restringido apunta solo a las resoluciones expedidas por el tribunal supremo, poniendo fin al procedimiento con categoría de cosa juzgada.

1.2. Importancia

Marcial Rubio ha señalado que la jurisprudencia es importante por las dos razones siguientes:

- a. Si la jurisprudencia es vinculante, se convierte en fundamental para el Estado de Derecho, puesto que brinda seguridad jurídica; lo que significa que las decisiones judiciales se tornan predecibles, lo cual es muy importante puesto que los actores (usuarios del servicio justicia) saben cómo van a actuar ante un conflicto o problema social de naturaleza legal.

79 En *Homenaje a Felipe Ostrling Parodi*.

- b. Se establece una política jurisdiccional. Esto no tiene nada que ver con cuestiones políticas, sino con establecer criterios uniformes, para saber cómo procesar y cómo resolver (con qué fundamentos) los asuntos que los jueces conocen. Esto se ha de convertir posteriormente con los plenos casatorios, que han de generar el precedente judicial, en una suerte de instrumento para los jueces supremos hacia los demás jueces de la República, por ser de estricto cumplimiento para casos parecidos o análogos.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA JURISPRUDENCIA

Según el jurista Víctor García Toma⁸⁰, las características más saltantes de la jurisprudencia son los siguientes:

- a. Es creadora de derecho

Ante un conflicto de intereses intersubjetivo que es ajeno a las normas legales, el juez lo resuelve, y su resolución se convierte en pauta de aplicación para la resolución de conflictos similares.

- b. Es tarea pragmática

Expide normas prácticas para la solución.

- c. Es decisión final del órgano jurisdiccional competente

La jurisprudencia recae sobre las decisiones que tienen la autoridad de cosa juzgada, esto es, en materia civil y comercial aquella que se ajusta a lo dispuesto por el Art. 123 del C.P.C.

- d. Es expresión de concordancia judicial

Una resolución judicial –norma jurisprudencial o doctrina jurisprudencial– permite que otras instancias la utilicen como mecanismo de resolución de conflictos similares, siendo un instrumento de aplicación de dichas características, en nuestro ordenamiento jurídico, el recurso de casación.

Cuando la jurisprudencia se convierte en pauta de interpretación de las normas legales, mediante el ejercicio de subsanación de normas jurídicas, estamos hablando de *doctrina jurisprudencial*, cuya reiterancia y uniformidad permiten la predictibilidad del derecho, en materia judicial. La predictibilidad minimiza los problemas de criterios contradictorios surgidos entre magistrados del mismo nivel jerárquico o entre estos y sus superiores. La

80 García Toma, Víctor (2001) *Introducción a las Ciencias Jurídicas*.

mayoría de tratadistas considera que la predictibilidad de las sentencias constituye una de las expresiones más exquisitas del principio de seguridad jurídica, propio de cualquier Estado de Derecho, puesto que conlleva al cabal cumplimiento del principio de igualdad.

3. LOS PRECEDENTES JUDICIALES O DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La sociedad civil, abogados, justiciables y ciudadanos en general, consideran que uno de los principales problemas es cómo se imparte justicia en el país y en especial la Corte Suprema. La falta de predictibilidad de las resoluciones judiciales ha motivado que la Sala Plena de la Corte Supremas trate de cumplir con el Art. 400 del C.P.C., y, previa reunión de sus miembros o magistrados supremos civilistas, discutir un determinado caso y resolverlo. Esta resolución pasa a constituir el precedente judicial o doctrina jurisprudencial vinculante y obligatoria, salvo modificación por otro pleno casatorio.

3.1. Precedente judicial en el sistema romano- francés

En los sistemas de base romano-francesa, así como en Europa Occidental, América Latina y el Caribe (estos últimos por influencia colonial española y francesa), el derecho se fundamenta en la ley escrita, que incluye las codificaciones. En este sistema el precedente judicial ha sido asumido con mucha cautela.

En la Roma republicana, la creación del derecho es solo facultad y atributo del pueblo. Nunca estuvo en manos del juez, por muy investido de sentido de justicia y equidad que estuviere.

Este sistema de derecho romano-francés ha admitido, en determinado momento y circunstancia, una variante del precedente judicial, que es la llamada jurisprudencia o doctrina legal.

El vocablo ‘jurisprudencia’ procede de las voces latinas *juris* (derecho) y *prudentia* o prudente (derivado de la virtud prudencia, de la sabiduría), de tal manera en el derecho romano clásico la jurisprudencia era asociada o era sinónimo de la ciencia del derecho, del arte de lo bueno y lo equitativo o, como decía Ulpiano en el *Digesto*, “del conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo que es justo e injusto”.

Con el desarrollo del pensamiento moderno en el orden jurídico, la jurisprudencia es la reiteración de una manera de interpretar una norma jurídica por parte de los tribunales. En este sentido la jurisprudencia del sistema jurídico romano – francés es diferente del precedente puro del Common Law.

3.2. Precedente judicial en el Common Law o sistema anglosajón

El sistema anglosajón registra el surgimiento del precedente judicial en Inglaterra, y se conserva como la forma más pura y auténtica del Common Law. Durante el período colonial británico el precedente judicial se extendió por todos los lugares, y la independencia de las colonias no significó su fin sino su permanencia, y hoy rige en el Reino Unido, Canadá (salvo en Québec), Australia, Nueva Zelanda, en la mayor parte de la India y en EEUU (con excepción de Luisiana, que se rige por el sistema romano-francés).

El Common Law se basa en el principio de que los asuntos sometidos a los tribunales deben ser resueltos admitiendo como referencia las sentencias anteriormente dictadas en casos semejantes.

3.2.1 Principio del precedente judicial anglosajón

El principio del *stare decises* (estése a lo decidido) significa que los jueces deben respetar lo decidido anteriormente y no cuestionar los puntos de derecho ya resueltos.

La decisión judicial establece un precedente que servirá de fundamento a la solución de casos futuros semejantes. Su origen más remoto se encuentra en el derecho romano, y se introdujo en Inglaterra con la invasión de los normandos de origen francés, esto es con la victoria del rey normando Guillermo El Conquistador, en 1066.

La convivencia de los pueblos originarios con los invasores generó la fusión de los derechos, especialmente las costumbres, de anglosajones, celtas y normandos. Esto fue posible debido a que Guillermo el Conquistador respetó *lalex terrea*, y de esta manera se creó un derecho distinto al de los otros pueblos europeos, que refleja el espíritu de un país con mentalidad política y cultural propia.

El derecho inglés fue consuetudinario. Los jueces no podían decidir en forma distinta donde existía la misma razón, porque ésta no puede ser contradictoria. El Derecho consuetudinario se convirtió en jurisprudencial.

El precedente o *stare decises* debe ser publicado para producir transparencia y consolidar la seguridad jurídica.

Para Torres Vásquez⁸¹, en el precedente del sistema del Common Law se distinguen dos elementos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*.

81 <http://w.w.w.etorresvasquez.pe/lajurisprudencia.html>

La *ratio decidendi* o Holding es el argumento que motiva la decisión normativa de una sentencia; es decir, es el núcleo central de la decisión o la razón de la decisión, y se la determina analizando los hechos materiales de la sentencia y su fundamentación.

El *obiter dictum* se refiere a aquellas consideraciones que no son necesarias para la solución del caso pero sirven para robustecer la razón de la decisión. Estas consideraciones corroboran la decisión pero no tienen efectos vinculantes; tienen solamente una función complementaria persuasiva. Si el obiter dictum se elimina, la decisión de la sentencia sigue siendo la misma.

4. EVOLUCIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL PERÚ

Nuestro ordenamiento jurídico peruano incorpora, a través del C.P.C. (1993) y su modificatoria Ley 29364, el precedente judicial o *stare decises*.

La modernidad exige que el derecho debe ser obra conjunta de las facultades legislativas y el juez. Mediante la interpretación, el juez establece los casos en que los tribunales encargados de administrar justicia crean el precedente judicial.

Así lo consagra el Código Procesal Constitucional en su Art. VII del T.P. de la Ley 28237. De acuerdo a este principio, las sentencias que emita el Tribunal Constitucional pueden ser o no ser vinculantes para el propio Tribunal y demás órganos del Estado. Para que constituyan precedente vinculante (o sea, tener efecto normativo general y abstracto) deberá disponerlo expresamente el texto de la sentencia; contrario sensus, cuando no contenga esta declaración, no tendrán la calidad de precedente judicial obligatorio.

El Código Procesal Civil vigente, en su Art. 400, refiere expresamente que el precedente judicial, antes denominado doctrina jurisprudencial, se produce cuando la Sala Suprema Civil convoca al Pleno de los Magistrados Supremos Civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificado por otro precedente. Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa ante el pleno casatorio

El texto íntegro de las sentencias casatorias y de las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los setenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

Hay que tener muy en cuenta que el Art. 22 del T.U.O de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los fallos de la Corte Suprema Casatoria pueden excepcionalmente apartarse, en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial,

motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, en el diario oficial *El Peruano*, haciéndose mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan. De ahí que el Art. 386 del C.P.C. establece, como causal para promover el recurso de casación, el apartamiento inmotivado del precedente judicial.

Los plenos casatorios son necesarios, pues hay casos en que la Sala Suprema emite resoluciones contradictorias. Por ejemplo, en las casaciones 2974-2001, 2472-2001, y 3662-01 se hace prevalecer al derecho de propiedad sobre el embargo, aunque aquél no haya sido inscrito, pero en la Cas. 2683-2001 se dispone que prevalece el embargo inscrito sobre el de propiedad no inscrito; asimismo, la Cas. N° 1123-2000 dispone que el pago parcial es causal de contradicción al mandato ejecutivo, mientras que la Cas. 3147-98 dispone que no es causal de contradicción; en otros casos, tratándose de títulos valores en los que estén involucradas personas jurídicas, en unos se sostiene que solo es exigible que se consigne el nombre de los representados y no el número de su DNI (Cas. 1778-2005) y en otros procesos se declara la nulidad de las letras de cambio por no haberse consignado el DNI.

Ante esta situación, y ante el sentir de la sociedad civil, de los justiciables, abogados y juristas, la Corte Suprema ha realizado cuatro plenos casatorios, a fin de minimizar la emisión de decisiones incongruentes, disímiles o contradictorias, que hacen que la administración de justicia sea impredecible y deslegitime al Poder Judicial, retarda la impartición de justicia, promueve la corrupción, aumenta la carga procesal, y genera una situación de inseguridad jurídica.

5. LOS PLENOS CASATORIOS EN EL PERÚ

Hacemos nuestro el pensamiento vertido por la Corte Suprema con motivo del Tercer Pleno Casatorio, del 13 de mayo de 2011: “Una de las aspiraciones más importantes de todo sistema normativo es la seguridad jurídica. El derecho, pues, tiene legitimidad cuando los ciudadanos o justiciables pueden prever con cierto grado de acierto en qué sentido serán las decisiones de las cortes de justicia. Esto, sin embargo, no es tarea sencilla. Cada caso es particular y cada juez tiene su propio criterio.”

Es necesario, hoy más que nunca, unificar los criterios de los operadores jurídicos, esto es obtener la uniformidad de la jurisprudencia nacional. Para este propósito es necesario que se realicen los plenos casatorios.

Como hemos visto, los plenos casatorios son convocados por la Corte Suprema Casatoria de la República (Art. 400 del C.P.C.) a efectos de que los jueces supremos civiles emitan sentencias (cuya decisión se adopta por mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio, con intervención de los abogados informantes) que constituirán precedente o que variará un precedente judicial.

La convocatoria al pleno casatorio, señalando fecha para la vista de la causa, se publicará en el diario oficial *El Peruano*. A partir del Tercer Pleno Casatorio Civil (III Pleno) se ha tenido en cuenta a los representantes del *amicus curiae* (amigos de los tribunales de justicia), estudiosos, juristas, especialistas en alguna rama del derecho, que ilustran a los jueces superiores en sus especialidades. Con estos antecedentes la Sala Suprema Casatoria Civil emite sentencia casatoria llamada *precedente judicial* o la modificación por precedente, que tiene el carácter de vinculante a todos los órganos jurisdiccionales o Jueces de mérito a nivel nacional, haciéndose extensiva también a las resoluciones que no establezcan precedentes, dentro de 60 días de expedidos, bajo responsabilidad.

La resolución es publicada en el diario oficial *El Peruano*.

Desde la dación y vigencia del C.P.C. (1993), incluyendo la Ley 27364 (publicada el 29 de mayo del 2009), se han realizado cuatro plenos casatorios, a saber:

Primero: referido a las transacciones extrajudiciales caso Yanacocha – Cajamarca. El mercurio; de fecha 18 de diciembre del 2007.

Segundo: Prescripción adquisitiva (posesión precaria), de fecha 19 de agosto del 2008 – Lambayeque.

Tercero: Indemnización por reparación de hecho derivado de matrimonio civil, de fecha 13 de diciembre del 2011 – Puno.

Cuarto: Desalojo de posesión precaria cas. 2195 – 2011 – Ucayali; del 29 de diciembre del 2011, sin publicación en el diario oficial *El Peruano*.

Respecto a labor de los plenos casatorios hay estudiosos que comparten con los plenos casatorios y otros que consideran lo contrario. Javier de Belaúnde⁸² refiere como elementos positivos a los siguientes: “dar celeridad a los procesos, reducir los niveles de corrupción, aumentar la celeridad y confianza en el sistema judicial y procurar un trato igualitario para los ciudadanos”. Por el contrario, el jurista nacional Luis Passara⁸³ sostiene que “con una Corte como la que habitualmente tenemos, darle poder de establecer precedentes vinculantes puede ser contraproducente y perjudicial para las iniciativas de los jueces de otras instancias”. Esta apreciación se condice con el concepto de precedente judicial enunciado como “método de elevar la categoría de la ley, la voluntad de la clase dominante, mediante el otorgamiento de fuerza de norma jurídica o la decisión de un órgano del Estado, respecto a un asunto concreto” (<http://w.w.w.monografia.com/trabajos84/teoria.fuente.delderecho>), que no compartimos.

82 Belaúnde De, J. (2007) “Plenos Casatorios”. En *Justicia Viva*.

83 <http://www.justiciavivaorg.pe/noticias/2007/junio/plenos.htm>

5.1. Primer Pleno Casatorio Yanacocha- Cajamarca Mercurio. Cas. N° 1465 – 2007⁸⁴

Realizado el 18 de diciembre de 2007, Se refiere a la indemnización y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual Cas. N° 1465.2007 Cajamarca, seguido por Giovanna Angélica Quiroz Villaty y otros contra Empresa Minera Yanacocha S.R.L. y otros.

Los hechos que condujeron al proceso ocurrieron 7 años atrás, en la ciudad de Choropampa, en Cajamarca, cuando la tarde del viernes 2 de junio del 2000 un camión contratado por la empresa minera más grande del Perú, Yanacocha, accidentalmente derramó 80 kilos de mercurio sobre la calle principal de dicha ciudad, y causó graves daños ecológicos y personales.

Como se supo por informaciones periodísticas, muchos pobladores, en la creencia de que el mercurio evaporado se convierte en oro, recolectaron el metal, y se intoxicaron. La empresa minera comenzó a ser denunciada por los daños ocasionados, que eran en extremo cuantiosos. Abogados peruanos y norteamericanos, ofrecieron sus servicios a los pobladores a fin de exigir indemnizaciones por un promedio de 100 mil dólares. Sin embargo, como manifestaron en su momento, la empresa aurífera firmó transacciones extrajudiciales con los pobladores por montos ínfimos, buscando evitar que más tarde sea demandada por el valor real de todos los daños causados.

Una de estas transacciones, en la que la señora Giovanna Quiroz (en su nombre y en representación de sus dos hijos) se comprometió a no iniciar en el futuro ninguna acción judicial por el daño sufrido a cambio de 14 mil dólares, es la que da origen al problema legal examinado en el Pleno.

La señora Quiroz desconoció la transacción extrajudicial firmada con Yanacocha y acudió al Poder Judicial, demandando a la empresa por el monto de 1 millón 800 mil soles. Los jueces de las dos primeras instancias dieron la razón a Yanacocha, y señalaron que el problema ya había sido resuelto mediante la transacción extrajudicial. Sustentaron su decisión en lo establecido en su momento por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema.

No obstante, existía otro criterio, el de la Sala Civil Transitoria, según el cual para que la transacción deje sin lugar al juicio instaurado, ésta debe ser judicial, es decir supervisada por un juez, y no extrajudicial, en la que solo las partes se ponen de acuerdo, como es el caso de la señora Quiroz. De modo que, llegado el caso a la Sala Suprema, era necesario resolver la siguiente pregunta: ¿tiene la transacción extrajudicial el mérito suficiente para dejar sin efecto el futuro juicio que se inicie por los derechos ya transigidos? Para resolver esta espionosa cuestión jurídica se convocó a todos los magistrados supremos en el Pleno Casatorio.

⁸⁴ Comentario de Julio Avellaneda Rojas, en

<http://w.w.justiciaviva.org.pe/noticias/2008/enero/01/primer.pleno.htm> www.justiciaviva.org.pe/noticias/2007/junio/plenos.htm

Hay temas de fondo que merecen ser destacados, como los siguientes: la naturaleza de la transacción judicial y la transacción extrajudicial (¿tienen la misma naturaleza?), la disponibilidad de los derechos sobre lo que se transigió en este conflicto (derecho a la salud), la necesidad de que se demande la nulidad de la transacción para que prospere cualquier reclamo a la empresa minera, etc.

En la audiencia pública no estuvieron presentes la señora demandante y su abogado (probablemente por falta de recursos), en cambio hubo tres informes orales que realizaron los abogados de la parte contraria, en los que tuvieron la oportunidad de exponer sus puntos de vista y rebatir las preguntas que les formularon los magistrados supremos. Aquí cabría preguntarse si se cumple con el ideal de ‘socialización del proceso’, principio por el cual el juez debe evitar que la desigualdad de las partes afecte el resultado del proceso.

Hay que señalar que en el Pleno Casatorio no participaron magistrados supremos provisionales, sino solo de los titulares, aun cuando muchos magistrados provisionales son autores de las resoluciones que son discutidas en el Pleno.

5.2. Segundo Pleno Casatorio - Prescripción adquisitiva de dominio. Lambayeque. CAS. 2229 - 2008

Demandante: Rafael Agustín Yuncor Castellanos y Gladys Filomena Yuncor Molocho. Demandados: Guillermo Cepeda Villarreal; María Emilia Cepeda Izaga; María del Pilar Cepeda Izaga y otros. Materia: Prescripción adquisitiva de dominio. Fecha: celebrado el 18 de septiembre del 2008. Recurso extraordinario interpuesto por la codemandante Gladys Filomena Yuncor Molocho.

El Pleno Casatorio es el segundo en materia civil que se realiza desde la entrada en vigencia del C.P.C. (julio de 1993), es importante en consideración al número de ejecutorias contradictorias sobre prescripción adquisitiva de dominio, que hacen ver la necesidad de unificar la jurisprudencia y sentar el precedente jurisprudencial, a fin de orientar a la judicatura nacional.

El proceso se inicia cuando padre e hija plantean una demanda alegando ser coposeedores y piden que se les declare copropietarios del bien inmueble ubicado en la calle María Izaga N° 769, antes conocido como María Izaga N° 126, que ocupan por más de 60 años. En su condición de demandantes promueven el extraordinario recurso de casación: Los codemandados sostuvieron que antes de entrar a discutir sobre la prescripción de los coposeedores se debía determinar si los codemandantes podrían pretender prescribir, ya que el padre era arrendatario del inmueble materia de la prescripción, y en consecuencia carecía de animus domini, siendo aquello necesario para obtener la prescripción adquisitiva de dominio.

La Sala Suprema Casatoria, además de declarar infundado el recurso de casación, impuso a la demandante recurrente una multa de dos U.R.P., tal como lo provienen en el Art. 398 del C.P.C. hoy en la actualidad derogado.

Quedó establecido que la correcta interpretación del Art. 950 del Código Civil debe hacerse en el sentido que nada obsta para que dos o más poseedores homogéneos puedan usucapir, puesto que si su pretensión es amparada, se convierten en copropietarios. Esta figura jurídica está prevista en nuestro ordenamiento jurídico.

5.3. Tercer Pleno Casatorio - Indemnización por daños. Puno. CAS. N° 4664 - 2010

Se realizó el 15 de diciembre del 2010, por caso proveniente de Puno, sobre divorcio por causal de separación de hecho. El demandante: René Huaquipaco Hanco. La demandada: Catalina Ortiz Velazco. El recurso extraordinario de casación fue interpuesto por el René Huaquipaco Hanco. Se resolvió no casar (Cas. N° 4664-2010).

Intervinieron tres jueces supremos titulares y dos jueces supremos provisionales y la Dra. Aranda Rodríguez, hoy titular, magistrados civilistas (por su especialidad) tal como lo exige la modificatoria del Art. 400 del C.P.C.

Se omitió hacer participar a jueces supremos especializados en lo civil (Vásquez Cortez y Távora Córdoba), que si participaron en el Primer Pleno Casatorio Civil. El informe del abogado de la parte actora no aportó ni dio mayores luces al debate.

Cabe destacar la participación, en *amicus curia*, de dos abogados especialistas en la materia controvertida, quienes expresaron sus tesis académicas y aportaron luces a la discusión y manifestaron que el Art. 4 de la Constitución del Estado y el Art. 345-A del Código Civil, protegen la familia monoparental de origen matrimonial, y hay que tener en cuenta que la protección debe ser extendida a los hijos, de tal manera que la indemnización debe ser necesariamente considerada como un punto controvertido: si el divorcio está bajo un sistema de divorcio-sanción, la indemnización debe basarse en la culpa del cónyuge causante; si, por el contrario, se trata del divorcio-remedio, no se reconoce el pago de indemnización, pues la culpa no es un elemento para sustentar la causal. Agregaron que en los sistemas mixtos cabe fijar indemnización si se funda en una causal subjetiva o, si basada en una causal objetiva (como la separación de hecho durante dos o más años), se aducen, además, consideraciones subjetivas. El Pleno consideró que el sistema peruano es mixto (Arts. 333.12 del C.C. Tercera Disposición Complementaria Y Transitoria de la Ley 27496 y arts. 292 y 351 del C.C.)

Durante la presentación del libro sobre Acuerdos del Tercer Pleno Casatorio, el presidente del Poder Judicial, César San Martín, consideró que este proceso judicial Tercer Pleno Casatorio vinculante permitirá a los jueces emitir ‘resoluciones importantes’ en el derecho de familia y matrimonio peruano y “una lógica de moderación y ponderación en las sentencias, respecto a la institución del derecho de familia”, y que éstas “tendrán la virtud de dar una serie de pautas para avanzar con responsabilidad pero también con mucha prudencia en este tema”.

Por su parte el Juez Supremo coordinador y ponente Víctor Ticona Postigo, precisó que el fallo establece tres aspectos sustanciales que constituyen pautas de interpretación obligatoria para casos análogos respecto a la indemnización:

- a. El juez de familia tiene amplias facultades tuitivas y por consiguiente debe flexibilizar algunos principios y normas procesales.
- b. La parte demandante puede formular y alegar perjuicios no solo en su postulación sino durante el desarrollo del proceso, y el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre una indemnización.
- c. El juez también puede pronunciarse de oficio sobre la indemnización siempre y cuando tenga una base fáctica y las pruebas del caso concreto⁸⁵.

Ticona Postigo⁸⁶ hizo referencia al juez de familia con la finalidad de determinar la naturaleza de las normas materiales y procesales, así como a sus facultades al sustanciar y resolver el citado proceso de divorcio. Señaló que el Código Civil regula entre el divorcio sanción y el divorcio remedio; en el primero se atribuye una causal inculpatoria, y en el segundo el juzgador se limita a verificar la ruptura de la vida en común, sin que sea necesario alegar ni probar causal inculpatoria de uno o de ambos cónyuges. Declarado el divorcio, la indemnización se puede fijar tanto en el divorcio sanción como en el divorcio remedio.

Precisó asimismo que el juez debe pronunciarse de oficio sobre la existencia o inexistencia de “cónyuge más perjudicado”. Sobre la existencia, lo hará en cualquier estado del proceso; sobre la inexistencia, cuando ninguna de las partes haya formulado pretensión referida a los perjuicios, o cuando la parte interesada haya renunciado expresamente a la indemnización o adjudicación de bienes. Aunque no se haya interpuesto la pretensión indemnizatoria en la etapa postulatoria, el juez debe fijar como uno de los puntos controvertidos el referido a los perjuicios alegados por la parte interesada.

Además quedó determinado que en nuestro sistema jurídico la indemnización tiene carácter de obligación legal y su fundamento está en la equidad y solidaridad familiar; por tanto, no tiene la finalidad de resarcir daños, sino corregir el desequilibrio económico resultante de la ruptura de la vida conyugal. La indemnización debe corresponder a la causal alegada por separación de hecho, en la que existen aspectos subjetivos y objetivos al cónyuge mayormente perjudicado, que es quien no ha dado motivo para el divorcio, y es quien sufre menoscabo, estableciéndose la relación de causalidad del divorcio en sí.

Con relación al daño moral, el C.C. no es sistemático, pues utiliza dicho concepto como sinónimo de daño a la personas (Art. 1322) y en otros casos distingue estos dos conceptos (Art. 1985).

85 En *El Magistrado*. (Boletín informativo de la Corte Suprema de la República, febrero 2012).

86 En Suplemento y Análisis Legal del diario oficial *El Peruano*, 6 de marzo de 2012.

El Pleno ha considerado que el daño moral está comprendido en el daño a la persona; y por tanto, éste es el género y aquél, la especie. Por tanto, concluyendo: “Para nuestro sistema jurídico la indemnización tiene carácter de obligación legal, por cuanto el título que justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley; su fundamento último está en la equidad y solidaridad familiar”.

5.4. Cuarto Pleno Casatorio - Desalojo por ocupante precario, Ucayali. CAS. N° 2195 - 2011

“Con el propósito de elevar una vez más la calidad jurisprudencial, la Corte Suprema Casatoria, con las facultades que le brinda el Art. 400 del C.P.C. ha llevado adelante el IV pleno casatorio, con el fin de obtener la uniformidad de la jurisprudencia nacional; con la intervención y participación del *amicus curiae*”.

El pleno casatorio corresponde a la casación No. 2195-2011, procedente de Ucayali, sobre desalojo por posesión precaria, realizado el 29-12-2011.

La materia del uso de la casación es la prescripción adquisitiva de dominio del inmueble que alega el demandado, quien tiene la posesión del mismo por más de 40 años, por lo que había promovido el proceso judicial correspondiente.

A los señores del *amicus curiae*, abogados connotados y especialistas en la materia, se les hizo llegar con toda oportunidad y anticipadamente cuatro inquietudes para su exposición durante el pleno.

La audiencia se inició con los informes orales de los abogados representantes de las partes en conflicto; y que a la fecha se encuentra pendiente de expedirse la resolución o precedente vinculante y su correspondiente publicación en el diario oficial *El Peruano*”.

6. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La doctrina es una fuente de derecho, y está constituida por los escritos jurídicos realizados a lo largo de la historia. Cumple funciones complementarias a la legislación, mediante la descripción, explicación, sistematización, crítica y aporte de soluciones, de acuerdo a los principios generales del derecho.

La fuerza de la doctrina está en razón directa a la concepción de sus autores; es seguro que jamás se podrá conocer a profundidad toda la complejidad del sistema jurídico.

6.1. Estado de cosas inconstitucionales

Ante la preocupación por la omisión de parte de la administración pública de realizar las funciones de su competencia, y por el desacato a las resoluciones judiciales por parte de las entidades estatales, pese a que existe reiterada tradición jurisprudencial sobre determinadas materias, el Tribunal Constitucional Peruano, como ha ocurrido en países vecinos, opta por ir más allá de la reiteración de su jurisprudencia, y declara el '*estado de las cosas institucionales*'.

La declaración de *estado de cosas inconstitucionales* la realiza el Tribunal Constitucional cuando constata la vulneración repetida y constante de los derechos fundamentales que afectan a una persona o una multitud de personas.

Con la entrada en vigencia la Constitución del Estado de 1993 y la dación del Código Procesal Constitucional, Ley 28239 (31 de junio del 2004), que regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, constitucionalidad, acción popular, y los conflictos de competencia previstos en los artículos 200 y 200.3 de nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003HD/TC – Caso Arellano Serquén, utilizó por primera vez la técnica de la declaración del *estado de cosas inconstitucionales*, que tiene por finalidad expandir los alcances de la sentencia en un proceso de tutela de derechos fundamentales con efectos, prima fase, inter partes. Así en el fundamento 19 de la referida sentencia, se precisó que "(...) esta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el "estado de cosas inconstitucionales", se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realice(n) o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercute en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración".⁸⁷

Para que dicha declaración pueda realizarse es necesario que la violación de un derecho fundamental se derive de un único acto o de un conjunto de actos interrelacionados entre sí; que, además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración de estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso.

En la sentencia en mención se declaró que el estado de cosas que originó el hábeas data y que ha sido objeto de la controversia en dicho proceso, es contrario a la Constitución Política del Perú. Asimismo, se ordenó que remita por Secretaría General del Tribunal Constitucional, la sentencia precitada a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, a fin de que en un plazo de 80 días hábiles a partir de la notificación de ésta, adopten las medidas necesarias y adecuadas a fin de corregir, dentro de los parámetros constitucionales, las solicitudes de entrega de información sobre el proceso de rehabilitación judicial. Previéndose a los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura

87 "Doctrina jurisprudencial: Estado de casos institucionales," publicado en Internet, Maribel Maguinam

para que eviten volver a incurrir en las acciones y omisiones ilegítimas que originaron el presente proceso.

Y en otros procesos, como Exp. N° 3194-2007AC/TC sobre el comportamiento renuente, sistemático y reiterados de los funcionarios públicos; Exp. N° 06089-2006-PA/TC, el Tribunal declaró como estado de cosas inconstitucionales el régimen de precepciones del IGV, por contravenir el principio de reserva de ley en materia Tributaria.

Esto permite allanar el camino en la búsqueda y satisfacción en los derechos comprometidos; ello con la finalidad de evitar que otros ciudadanos afectados por los mismos comportamientos violatorios tengan que imponer sucesivas demandas, con el fin de obtener lo mismo; y así permitirlo el Art. VIII del T. P. del C.P. Constitucional.

Con estos antecedentes, y advirtiendo el Poder Judicial que uno de los problemas que afecta a los justiciables, abogados y sociedad civil en general, es el retardo en la administración de justicia, la expedición de resoluciones supremas casatorias disímiles y contradictorias, y la falta de predictibilidad de las resoluciones judiciales, el Presidente de la Corte Suprema tuvo la iniciativa de realizar los plenos casatorios, como sesiones especiales de la Corte Suprema en las que los jueces supremos se dedican a unificar criterios de aplicación de normas y, por consiguiente, a producir jurisprudencia obligatoria, en virtud del cumplimiento del Art. 400 del C.P.C., antes de su modificatoria por la Ley 29364, vigente a partir del 29 de mayo del 2009. La iniciativa se cumplió con el I y II Pleno Casatorio.

El *Primer Pleno Casatorio*, como hemos señalado, por caso procedente de Cajamarca, realizado el 18 de diciembre del 2007, con intervención de las dos salas civiles de la Corte Suprema (permanente y transitoria), respecto a la discrepancia sobre la validez de una transacción extrajudicial en un proceso judicial, ha creado doctrina jurisprudencial. En adelante, en cualquier caso, cuando haya un proceso en el que hubo una transacción extrajudicial semejante a ésta, un abogado detallista y correcto podrá solicitar se concluya el proceso, por haber así establecido la Sala Suprema Casatoria en virtud del Art. 400 del C.P.C.

El *Segundo Pleno Casatorio*, por caso procedente de Lambayeque, realizado el 20-06-2008, sobre prescripción adquisitiva, en la que padre e hija plantean demanda en que alegan ser coposedores y solicitan se les declare copropietarios de un inmueble que ocupan más de 60 años, demandantes que al ser adversa la sentencia de mérito interponen el recurso de casación, recurso que fue declarado, estableciéndose la correcta interpretación del Art. 950 del C.C. e impusieron una multa de dos U.R.P., de acuerdo con el Art. 398 del C.C. (antes de ser derogado por la Ley 29364 de 29 de mayo del 2009).

Este pleno casatorio es de suma importancia en la jurisprudencia nacional porque esclarece, determina y uniformiza la forma de interpretación de la norma al caso concreto, y de esta manera se evitarán resoluciones contradictorias.

El Tercer Pleno Casatorio, por caso procedente de Puno, realizado el 13 de mayo del 2011, sobre indemnización por separación de hecho proveniente de matrimonio civil. La Constitución del Estado consagra que la Corte Suprema tiene como competencia principal la de resolver el recurso de casación. Reguló este recurso por primera vez en nuestro sistema jurídico. Razón por la cual con dación y entrada en vigencia del C.P.C., se reguló por primera vez este extraordinario recurso al actual sistema jurídico; de ahí que con la modificatoria del Art. 400 del C.P.C por la Ley 29364 publicada el 28 de mayo del 2009, “el pleno casatorio se realiza con la participación de las dos Salas Civiles de la Corte Suprema y es así que con esta normatividad se efectuó el III Pleno Casatorio. Este tuvo como interpretación y además vinculantes para todos los Jueces en el tema específico de la indemnización a favor del cónyuge perjudicado en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho”.⁸⁸

Norma modificatoria que establece cambios en el desarrollo del mismo:

- a. La denominación del precedente judicial, y no como era antes (doctrina jurisprudencial).

Su objeto es constituir el precedente judicial o variar el precedente judicial. Según la convocatoria publicada el 03-12-2011 era superar las contradicciones existentes en la solución de los casos de divorcio por la causal de separación de hecho; esto es del tema indemnizatorio previsto en el Art. 345-A del C.C.

El *Cuarto Pleno Casatorio Civil*, procedente de Ucayali, referido a un proceso de desalojo por posesión precaria. El tema materia del recurso es la prescripción adquisitiva del inmueble que alega el demandado la posesión por más de 40 años; pendiente de dar a conocer en forma oficial en el diario Oficial *El Peruano* el precedente judicial vinculante.

7. EJECUTORIAS SUPREMAS

Previamente recordaremos que también se denomina ejecutoria a toda sentencia firme, la que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y puede ejecutarse en todos sus puntos.

Conforme a nuestra legislación, en especial al Cap. II referente al Órgano de apoyo del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su Art. 114, referente a las funciones objetivas del Centro de Investigaciones Jurídicas (órgano de apoyo del Poder Judicial y dependiente del Consejo Ejecutivo), éste realiza el registro sistemático de las Ejecutorias Supremas, que se produzcan a partir del 01-enero del 1992, en consideración además del Art. III del T.P. del C.P.C. (2da. Parte), así como el movimiento estadístico del Servicio Judicial en Salas y Juzgados de toda la República. La vigencia del Artículo 114

⁸⁸ Ticona Postigo, V.; en el Suplemento de Análisis Legal del diario oficial *El Peruano*, 5 de marzo 2012.

estuvo suspendido hasta el 31 de diciembre del 2000 (Art. 3 de la Ley 27009, publicada el 05 de diciembre de 1998.)

El notable jurista Español Luis Diez Picazo⁸⁹, señala que, siendo la casación el mecanismo de la defensa de la ley, cuando ésta es violada, *no* por el simple ciudadano o por cualquier otro sujeto, sino por los tribunales de justicia, debe tenerse mucho cuidado para que no se desnaturalice. Para este propósito ha de formarse jurisprudencia, “pero no unificando de modo dogmático o conceptualista sino con auténtica creación jurídica”. En estas circunstancias debe resaltar la figura trascendente del juez (que en el caso peruano no existe como debe ser), quien ha de resolver apoyándose en la formalidad del recurso, pero no como intérprete literal o gramatical, sino examinando la naturaleza y estructura de ley.

Una vez que la Sala Casatoria declara procedente el recurso, la Sala actúa bajo dos circunstancias: a) si el recurso ha sido interpuesto ante la Sala Superior; b) y si ha sido interpuesto ante la Sala Suprema, quien oficiará a la Sala Superior, ordenando la remisión del expediente en el plazo de 3 días. La Corte Suprema Casatoria pone en conocimiento de las partes su oficio de remisión. Una vez recibido el expediente, la Sala Suprema fijará fecha para vista de la causa; el incumplimiento de cualquiera de los requisitos contenidos en el Art. 388 del C.P.C. da lugar a la improcedencia del recurso. Si se cumpliera con los requisitos del Art. 388 del código adjetivo, se le puede conceder si al resolver cumpliría con algunos de los fines previstos en el Art. 384 del C.P.C. Se expedirá sentencia en el pazo de 50 días contados desde el día siguiente de la vista de la causa.

Si la Sala declara fundado el recurso, por infracción de una norma de derecho material, la resolución impugnada deberá revocarse íntegra o parcialmente. También se revocará la decisión si la infracción es de una norma procesal que, a su vez, es el objeto de la decisión impugnada.

Si se declara fundado el recurso por apartamiento inmotivado del precedente judicial, se procederá conforme al precedente indicado.

De otro lado, si la infracción de la norma procesal produjo la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o del debido proceso, la Corte casa la resolución impugnada y (además según corresponda):

- i. Ordena que la Sala Superior expida una nueva resolución.
- ii. Anula lo actuado hasta el folio que contiene la infracción o hasta donde alcancen los efectos de la nulidad declaradas, y dispondrá que se reinicie el proceso.
- iii. Anula la resolución apelada y declara nulo lo actuado e improcedente la demanda.

89 Citado por Sagástegui Urteaga (2000) *Manual Práctico*. .

En conclusión, la sentencia suprema casatoria tiene fuerza obligatoria para el órgano jurisdiccional de inferior jerarquía, es decir, la instancia inferior tiene la obligación procesal de cumplir con lo resuelto por la sala de casación, y así lo conceptualizado en el Art. 396 del C.P.C., antes de su modificatoria; y si bien en la parte in fine del mencionado dispositivo ya modificado éste deviene generalizado e incompleto porque para que la sentencia casatoria tenga la fuerza de vinculante, previamente deberá ser debatida en los plenos casatorios y, como sabemos, desde la fecha de la entrada en vigencia el C.P.C. (28 de julio de 1993) se han realizado cuatro plenos civiles casatorios, que constituyen resoluciones supremas vinculantes y de estricta obligación de cumplimiento en toda la República, dando lugar a la publicidad, para casos semejantes. De tal manera que las resoluciones supremas casatorias civiles expedidas por cada una de las salas civiles, es lo que llamamos comúnmente *ejecutorias supremas*, que no generan predictibilidad.

8. MULTAS; COSTAS Y COSTOS

El Art. 398 del C.P.C. antes de su modificatoria determinaba que si el recurso de extraordinario de casación fuese denegado por razones de inadmisibilidad o improcedencia, la Sala que lo denegaba imponía a quien lo interpuso el pago de una multa no menor de 3 ni mayor de 10 U.R.P. Asimismo, si concedido el recurso la sentencia no fue casada, el recurrente pagaría una multa de 1 U.R.P. La referida multa se duplicaba si el recurso fue interpuesto contra una resolución que confirmaba lo apelado.

El pago de la multa era exigido por el juez de la demanda. El importe de la multa servía para incrementar los ingresos propios del Poder Judicial. Esto significaría, una vez más, que la administración de justicia no es gratuita. La norma fue derogada expresamente por la Primera Disposición Derogativa de la Ley 29364, del 28 de mayo del 2009.

De igual manera, se derogó el Art. 399 del C.P.C. referente a las costas y costos del recurso, en virtud de las mismas razones que se contrae el artículo antes mencionado; quedando vigente los artículos 410 y siguientes del C.P.C. y 420 y siguientes del mismo cuerpo adjetivo legal.

La multa, en términos jurídicos, es la pena pecuniaria que se impone por una falta delictiva administrativa o de policía o por incumplimiento contractual (cuando hay cláusula penal que lo determine). En el derecho procesal, en esta clase de procedimientos, los jueces y tribunales pueden imponer, como corrección disciplinaria, una multa a quienes incumplan con los apercibimientos coercitivos previos requerimientos.

El principio de la condena de costas y costos significa que el reembolso de dichos conceptos no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada que los exima. Se advierte que los artículos 412 y 413 del C.P.C. han sido modificados por la ley 26846.

Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial (como los peritos) y los demás gastos judiciales realizados en el proceso. Su liquidación la hace la parte acreedora de ellas, después de ejecutoriada la resolución que las imponga o la que ordene se cumpla lo ejecutoriado. Se atenderán solo los gastos acreditados. Las partes tienen tres días para observar la liquidación. Transcurrido el plazo sin que haya observación, será aprobada por resolución inimpugnable.

Situación distinta es cuando se formulan observaciones. En este caso, se confiere traslado a la otra parte por tres días. Con su absolución o sin ella el juez resolverá. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. El único medio probatorio admisible en la observación es el dictamen pericial, que podrá acompañarse hasta seis días después de haberse admitido. Del dictamen se conferirá traslado por tres días, y con su contestación o sin ella el juez resolverá con decisión inimpugnable.

Son costos del proceso los honorarios del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de auxilio judicial.

Para hacerse efectivo el cobro de los costos, el vencedor deberá acompañar documento indubitable y de fecha cierta que acredite su pago, así como de los tributos que correspondan. Atendiendo a los documentos presentados, el juez aprobará el monto.

La condena en costas y costos se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte de Casación. Si en un proceso se han discutido varias pretensiones, las costas y costos se referirán únicamente a las que hayan sido acogidas para el vencedor.

En los casos en que se hubiera concedido auxilio judicial a la parte ganadora, corresponderá a la vencida el reembolso de tasas judiciales al Poder Judicial.

Están exentos de la condena en costas y costos los poderes ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales y locales. Se encuentran exonerados de los gastos del proceso las universidades públicas, quienes obtengan auxilio judicial y la parte demandante en los procesos de alimentos dentro de los límites establecidos en la Ley.

También está exonerado quien reconoce o se allana a la demanda dentro del plazo para contestarla.

Las costas y costos deben pagarse inmediatamente después de ejecutoriada la resolución que los apruebe. En caso de mora, devengan intereses legales. El pago se exige ante el juez de la demanda.

CAPÍTULO OCTAVO



LA CASACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA REALIDAD

1. SITUACIÓN LEGAL DE LOS COLITIGANTES

A la entrada en vigencia del C.P.C., el 28 de julio de 1993 (y, por ende, del recurso de casación) significó la eliminación del tradicional Procesal Civil de 1912, que asignaba tres instancias a la administración de justicia. Ahora, con el C.P.C., conforme a lo estatuido por su Art. X del T.P., el proceso judicial tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta. Para este propósito se instituyó el Capítulo IV del Título XII referente a los medios impugnatorios, donde se establece que el fin casatorio esencial es la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia. Las causales se precisan en el Art. 386 del citado código: dos causales por error in iudicando y otras dos causales por error in procedendo. (Recuérdese que la casación tuvo su origen en Francia, en 1789, con la Revolución Francesa, y fue creada como anexo al Poder Legislativo, y su función era la de controlar a los jueces, anular sentencias si contravenía al Texto de la Ley, devolviéndose lo actuado para la emisión de una nueva sentencia, el que es conocida hasta la actualidad como reenvío.)

A partir de julio de 1993 la institución de la casación quedó ubicada dentro del Poder Judicial, con facultades revisoras, para asegurar y garantizar la correcta interpretación de las normas materiales, y enmendar así como la contravención de las normas procesales, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. Estas novedades del recurso de casación, de exclusiva competencia de Corte Suprema, no han merecido mayor difusión por parte de los colegios de abogados del Perú, facultades de derecho de las universidades nacionales y privadas. Por esta razón seguramente había muchos recursos rechazados liminarmente o resueltos improcedentes por la Corte Suprema (en otros se disponía el reenvío) y muy pocos tenían éxito. Esta situación generó grave malestar y descontento entre los abogados de a pie y justiciables, y se constituyó en preocupación de los ilustres colegios de abogados del país y de ciertos jueces. Se llegó

al extremo de considerar que el recurso de casación constituía un medio impugnatorio inalcanzable para el común de los litigantes, pues, el Juez Supremo Casatorio procuraba, antes de emitir resolución sobre el fondo del asunto controvertido, hacía uso de un estricto de formalismo, que, junto con la deficiente fundamentación (por incumplir alguno de los requisitos de fondo) daban lugar a la nulidad del concesorio. De esta manera los justiciables se sentían cada vez más alejados de la maquinaria judicial, máxime a los criterios disímiles de las salas supremas casatorias, y se aumentaba la carga procesal casi incontrolablemente, tal como demuestran las estadísticas de la producción de las salas supremas casatorias.

[Ante tales hechos el Estado peruano, a través del Poder Legislativo (el Congreso de la República), expidió la Ley 29364, publicada el 28 de mayo del 2009, que entraría en vigencia partir del 27 de noviembre de ese mismo año. La Ley modifica los artículos 384; 386; 387; 388; 391; 392; 393; 394; 400; 401; 403 y 511 del C.P.C. Estos cambios han variado los fines de la casación, y ahora debe buscarse la “adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional”. Ya hemos visto que, como refiere el ex magistrado supremo Sánchez Palacios, el término ‘adecuado’, significa lo apropiado o acomodado a las condiciones, circunstancias u objeto de alguna cosa, esto es, lo que se acomoda y se presenta como opuesto al concepto de “la correcta aplicación”.

Para la doctora M. García Godos Goicochea (mencionada por Julio Paredes Infanzón, en su artículo “Derecho y Cambio Social”, dice: “Hoy sin dejar de lado las finalidades anteriormente previstas, se señala expresamente que dicho recurso persigue un objetivo jurisdiccional. Es más, el texto actual establece que como finalidad la correcta aplicación del derecho al caso concreto, por lo que la defensa de la ley no es un fin en sí mismo, sino que está condicionada a la justicia en el caso concreto”.

Si bien el texto modificatorio del Art. 386 del C.P.C. contiene aparentemente un texto gramaticalmente más accesible para el justiciable, no supera a las causales sobre la indebida aplicación o inaplicación de una norma natural, indistinta a la norma sustantiva o adjetiva, es decir frente a errores in judicando o in procedendo. Con la modificatoria del Art. 396 del C.P.C se ha generado cierto malestar por la confusión que se advierte al apartarse de las causales taxativas que se expresan en el mencionado artículo antes de su modificación.

Es pertinente hacer notar que el planteamiento del recurso extraordinario de casación (que no es un recurso más, y menos un alegato) debe contener causales previstas, claras y precisas debidamente sustentadas y fundamentadas, que serán sometidas al Tribunal Supremo Casatorio de la República, que no conoce hechos, no analiza pruebas, y solo se pronuncia sobre el derecho invocado en el recurso. (Recuérdese, al respecto, que no está permitida la casación de oficio.)

Monroy Palacios (mencionado por Julio Paredes Infanzón, en su artículo “Derecho y Cambio Social”) hace una fuerte crítica respecto a la forma que se regulan las causales de la casación en la ley modificatoria civil, Ley 29364, y dice que, lejos de disminuir la carga procesal y tomarse eficaz y eficiente, ha dado un resultado adverso. “En consecuencia, lamento discrepar con el entusiasmo del Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso. La norma elimina por lo menos dos controles básicos. Primero, el principio del doble y conforme, mediante el cual si existen los fallos, de primer y segundo grado en el mismo sentido, ya no procede la casación. Esto fue eliminado absurdamente”.

2. EL SENTIDO HUMANO DEL JUEZ EN EL PROCESO

Franklin Pease García dice que el Perú es percibido históricamente por los españoles como un país litigioso, donde es muy difícil llegar a acuerdos que permitan alcanzar la paz social en justicia. Explica que la gran cantidad de controversias tiene dos causas claramente precisadas: la frondosidad y compleja normatividad del sistema jurídico peruano, y la litigiosidad característica de los peruanos y su escasa cultura de paz. En lugar de la conciliación o el arbitraje, los peruanos preferimos utilizar mecanismos tradicionales, que traen consigo el aumento incesante de la carga procesal.

Según Augusto Morello, al cabo de muy trabajosas investigaciones se ha llegado a la conclusión de que la fundamentación científica del proceso y del derecho que lo regula presupone la existencia de una Litis, concebida ésta, según enseña Carnelutti, como un “conflicto intersubjetivo de intereses” que se manifiesta en la pretensión de un sujeto, resistida por otra; es decir, entre dos partes: actor y demandado. Ante esta posición disímil de dos personas o partes se genera un conflicto que el operador jurídico tendrá que resolver. En el caso peruano ha de resolver sobre la base del Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que señala en su primera parte, que “el juez deberá atender a que la finalidad del proceso es resolver un conflicto intersubjetivo de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciéndose efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz en justicia”.

Hay que advertir que el término ‘abstracto’-como lo sostiene el profesor Carlos Parodi Remón- puede inducir a cierta confusión, pues lo abstracto es lo no concreto, en cambio la paz social debe ser considerada como algo preciso, determinado, real, tangible, que puede verse, que puede vivirse y que existe por el hombre y para el hombre.

En la actualidad no basta con el perfeccionamiento académico del magistrado, sino que es necesario su desarrollo ético, y sentido humano para la interpretación y aplicación de la ley. No hay que olvidar lo que dice el procesalista Carlos Parodi: “Quien administra la justicia, quien dice el derecho, quien determina lo que corresponde a otro hombre, es también un hombre.”

Debe tenerse en cuenta que, como la educación y la salud, la justicia tiene una doble faceta: como derecho del individuo y como servicio estatal, en perfecta relación de correspondencia biunívoca. De allí que sea necesario el sentido humano del proceso, como 'correctivo', sin caer en tesis extremadas, como aquella que plantea que la administración de justicia debe recomponer el equilibrio de la distribución de la riqueza. Queda claro, sin embargo, que el trato igual a los desiguales es tan injusto como el trato desigual a los iguales, y ambos constituyen discriminaciones o infracciones al principio de igualdad ante la ley.

La corrección de inequidades es el reto actual de la administración de justicia como labor estatal. En esta perspectiva, juristas como J.C. Hitters y J. Monroy Gálvez hacen referencia al fin contemporáneo del recurso de casación como medio impugnativo cuyo objeto es evitar que el error cometido por un juez produzca un agravio definitivo sobre uno de los litigantes. Sin embargo, no debe olvidarse que la obtención de justicia en el proceso no es un fin del recurso de casación, sino del proceso en general.

El destino de la casación tiene que ser apreciado bajo un enfoque teleológico trifásico, que define su función nomofiláctica (cuidar la aplicación de la norma), su función uniformadora (procurar la uniformidad de la jurisprudencia nacional y evitar que se expidan resoluciones disímiles, como así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en el primer Plano Casatorio Civil, del 18 de diciembre del 2007) y aplicar con mayor objetividad la función dikelógica (proponer a la justicia del caso concreto).

ANEXO I

C.P.C.
Modificatoria Ley 29364
del 28 de mayo 2009

LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL (28 / 05 / 09)

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la ley siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO. Modificación de los artículos 384, 386, 387, 388, 391, 392, 393, 394, 396, 400, 401, 403 y 511 del Código Procesal Civil. Modifícanse los artículos 384, 386, 387, 388, 391, 392, 393, 394, 396, 400, 401, 403 y 511 del Código Procesal Civil, en los términos siguientes:

Artículo 384°. Fines de la casación.

El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 386°. Causales.

El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial.

Artículo 387°. Requisitos de admisibilidad.

El recurso de casación se interpone:

1. Contra las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso;
6. Ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada o ante la Corte Suprema, acompañando copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado, certificada con sello, firma y huella digital, por el abogado que autoriza el recurso y bajo responsabilidad de su autenticidad.

En caso de que el recurso sea presentado ante la sala superior, esta deberá remitirlo a la Corte Suprema sin más trámite dentro del plazo de tres días;

7. Dentro del plazo de diez días, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, más el término de la distancia cuando corresponda;
8. Adjuntando el recibo de la tasa respectiva.

Si no se cumple con los requisitos previstos en los numerales 1 y 3, la corte rechazará de plano el recurso e impondrá al recurrente una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta unidades de referencia procesal en caso de que considere que su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria del impugnante.

Si el recurso no cumple con los requisitos previstos en los numerales 2 y 4, la corte concederá al impugnante un plazo de tres días para subsanarlo, sin perjuicio de sancionarlo con una multa no menor de diez ni mayor de veinte unidades de referencia procesal si su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria. Vencido el plazo sin que se produzca la subsanación, se rechazará el recurso.

Artículo 388°. Requisitos de procedencia.

Son requisitos de procedencia del recurso de casación:

1. Que el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso;
2. Describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial;
3. Demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada;

4. Indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio. Si fuese anulatorio, se precisará si es total o parcial, y si es este último, se indicará hasta donde debe alcanzar la nulidad. Si fuera revocatorio, se precisará en qué debe consistir la actuación de la sala. Si el recurso contuviera ambos pedidos, deberá entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado.

Artículo 391°. Trámite del recurso

Recibido el recurso, la Corte Suprema procederá a examinar el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 387 y 388 y resolverá declarando inadmisibles, procedente o improcedente el recurso, según sea el caso.

Declarado procedente el recurso, la sala suprema actuará de la siguiente manera:

1. En caso de que el recurso haya sido interpuesto ante la sala superior, fijará fecha para la vista de la causa.
2. En caso de que el recurso haya sido interpuesto ante la sala suprema, oficiará a la sala superior ordenándole que remita el expediente en el plazo de tres días. La sala superior pondrá en conocimiento de las partes su oficio de remisión, a fin de que se apersonen y fijen domicilio procesal en la sede de la Corte Suprema. Recibido el expediente, la sala suprema fijará fecha para la vista de la causa.

Las partes podrán solicitar informe oral dentro de los tres días siguientes de la notificación de la resolución que fija fecha para vista de la causa.

Artículo 392°. Improcedencia del recurso.

El incumplimiento de cualquiera de los requisitos previstos en el artículo 388 da lugar a la improcedencia del recurso.

Artículo 393°. Suspensión de los efectos de la resolución impugnada.

La interposición del recurso suspende los efectos de la resolución impugnada.

En caso de que el recurso haya sido presentado ante la sala suprema, la parte recurrente deberá poner en conocimiento de la sala superior este hecho dentro del plazo de cinco días de interpuesto el recurso, bajo responsabilidad.

Artículo 394°. Actividad procesal de las partes.

Durante la tramitación del recurso, la actividad procesal de las partes se limita a la facultad de presentar informes escritos y un solo informe oral durante la vista de la causa.

El único medio de prueba procedente es el de documentos que acrediten la existencia del precedente judicial, o de la ley extranjera y su sentido, en los procesos sobre derecho internacional privado.

Si se nombra o cambia representante procesal, debe acreditarse tal situación.

Artículo 396°. Sentencia fundada y efectos del recurso.

Si la sala suprema declara fundado el recurso por infracción de una norma de derecho material, la resolución impugnada deberá revocarse, íntegra o parcialmente, según corresponda.

También se revocará la decisión si la infracción es de una norma procesal que, a su vez, es objeto de la decisión impugnada.

Si se declara fundado el recurso por apartamiento inmotivado del precedente judicial, la corte procederá conforme a lo indicado en el párrafo anterior, según corresponda a la naturaleza material o procesal de este.

Si la infracción de la norma procesal produjo la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o del debido proceso del impugnante, la corte casa la resolución impugnada y, además, según corresponda:

1. Ordena a la sala superior que expida una nueva resolución; o
2. Anula lo actuado hasta la foja que contiene la infracción inclusive o hasta donde alcancen los efectos de la nulidad declarada, y ordena que se reinicie el proceso; o
3. Anula la resolución apelada y ordena al juez de primer grado que expida otra; o
4. Anula la resolución apelada y declara nulo lo actuado e improcedente la demanda.

En cualquiera de estos casos, la sentencia casatoria tiene fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional respectivo.

Artículo 400°. Precedente judicial.

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

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

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

Artículo 401°. Objeto.

El recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisibles o improcedentes un recurso de apelación. También procede contra la resolución que concede apelación en efecto distinto al solicitado.

Artículo 403°. Interposición.

La queja se interpone ante el superior que denegó la apelación o la concedió en efecto distinto al pedido. El plazo para interponerla es de tres días, contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución que deniega el recurso o de la que lo concede en efecto distinto al solicitado.

Tratándose de distritos judiciales distintos a los de Lima y Callao, el peticionante puede solicitar al juez que denegó el recurso, dentro del plazo anteriormente señalado, que su escrito de queja y anexos sea remitido por conducto oficial.

El juez remitirá al superior el cuaderno de queja dentro de segundo día hábil, bajo responsabilidad.

Artículo 511°. Competencia de grado.

El juez especializado en lo civil, o el juez mixto, en su caso, es el competente para conocer los procesos de responsabilidad civil de los jueces, inclusive si la responsabilidad fuera atribuida a los vocales de las cortes superiores y de la Corte Suprema.

ARTÍCULO SEGUNDO. Incorporación del artículo 392-A al Código

Procesal Civil. Incorpórase el artículo 392-A al Código Procesal Civil, en los términos siguientes:

Artículo 392°-A. Procedencia excepcional.

Aun si la resolución impugnada no cumpliera con algún requisito previsto en el artículo 388, la corte puede concederlo excepcionalmente si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384.

Atendiendo al carácter extraordinario de la concesión del recurso, la corte motivará las razones de la procedencia.”

DISPOSICIONES MODIFICATORIAS

PRIMERA DISPOSICIÓN MODIFICATORIA. Modificación del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Modifícase el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N°27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, conforme al texto siguiente:

Artículo 11°. Competencia funcional.

Son competentes para conocer el proceso contencioso administrativo el juez especializado y la sala especializada en lo contencioso administrativo, en primer y segundo grado, respectivamente.

En los lugares donde no exista juez o sala especializada en lo contencioso administrativo, es competente el juez en lo civil o el juez mixto en su caso, o la sala civil correspondiente.

SEGUNDA DISPOSICIÓN MODIFICATORIA. Modificación del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Modifícase el artículo 32, el inciso 2, del artículo 33; los incisos 3 y 5 del artículo 35; el inciso 2 del artículo 40; el artículo 42; y el artículo 51 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, conforme a los textos siguientes:

Artículo 32°. Competencia.

La Corte Suprema conoce:

- a. De los recursos de casación con arreglo a la ley procesal respectiva;
- b. De las contiendas de competencia entre jueces de distritos judiciales distintos;
- c. De las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso;
- d. De las apelaciones previstas en el segundo párrafo del artículo 292 cuando la sanción es impuesta por una sala superior; y,

- d. De la apelación y la consulta prevista en los artículos 93 y 95 del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

Artículo 33°. Competencia de las salas civiles.

(...).

2. De las contiendas de competencia conforme al Código Procesal Civil.

Artículo 35°. Sala de Derecho Constitucional y Social. Competencia.

La Sala de Derecho Constitucional y Social conoce:

(...).

3. De las consultas conforme al Código Procesal Constitucional.

(...).

5. De la apelación prevista en el artículo 93 del Código Procesal Constitucional.

Artículo 40°. Competencia de las salas civiles.

Las salas civiles conocen:

(...).

2. De las quejas de derecho y contiendas de competencia que les corresponde conforme a ley.

Artículo 42°. Competencia de las salas laborales.

Las salas laborales conocen:

1. En grado de apelación de lo resuelto por los juzgados de trabajo;
2. Del proceso de acción popular en materia laboral;
3. De las contiendas de competencia promovidos entre juzgados de trabajo o entre estos y otros juzgados especializados del mismo distrito judicial;
4. De los conflictos de autoridad entre los juzgados de trabajo y autoridades administrativas, en los casos previstos por ley;

5. Del recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación;
6. La homologación de conciliaciones privadas.

Artículo 51°. Competencia de los juzgados especializados de trabajo

Los juzgados especializados de trabajo conocen de las pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos sobre:

- a. Impugnación del despido.
- b. Cese de actos de hostilidad del empleador.
- c. Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.
- d. Pago de remuneraciones y beneficios económicos, siempre que excedan de diez unidades de referencia procesal.
- e. Ejecución de resoluciones administrativas, sentencias emitidas por las salas laborales, laudos arbitrales firmes que ponen fin a conflictos jurídicos o títulos de otra índole que la ley señale.
- f. Actuación de prueba anticipada sobre derechos de carácter laboral.
- g. Impugnación de actas de conciliación celebradas ante las autoridades administrativas de trabajo, reglamentos internos de trabajo, estatutos sindicales.
- h. Entrega, cancelación o redención de certificados, pólizas, acciones y demás documentos que contengan derechos o beneficios laborales.
- i. Conflictos intra e intersindicales.
- j. Indemnización por daños y perjuicios derivados de la comisión de falta grave que cause perjuicio económico al empleador, incumplimiento del contrato y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza por parte de los trabajadores.
- k. Impugnación de laudos arbitrales emanados de una negociación colectiva.
- l. Demanda contencioso administrativa en materia laboral y seguridad social; y,
- m. Los demás que no sean de competencia de los juzgados de paz letrados y los que la ley señale.

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

Primera Disposición Derogatoria.

Deróganse los artículos 385, 389, 390, 398 y 399 del Código Procesal Civil.

Segunda Disposición Derogatoria

Deróganse los dos últimos párrafos del artículo 51 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional.

Tercera Disposición Derogatoria.

Deróganse el artículo 31; los incisos 3, 4 y 5 del artículo 33; los incisos 1, 2 y 7 del artículo 35; y los incisos 3, 4 y 5 del artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única Disposición Transitoria

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispondrá las medidas necesarias para que los juzgados contenciosos administrativos asuman la carga procesal de primera instancia, cuya competencia les asigna la presente ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primera Disposición Final

Los recursos de casación en curso se tramitarán conforme a lo dispuesto en la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil.

Segunda Primera Disposición Final

La modificación establecida en la Primera Disposición Modificatoria entra en vigencia a los seis (6) meses de publicada la presente ley.

Tercera Primera Disposición Final

Las derogatorias del artículo 31, del inciso 4 del artículo 33, del inciso 2 del artículo 35 y del inciso 5 del artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a que se refiere la tercera disposición derogatoria, entran en vigencia a los seis (6) meses de publicada la presente ley.

Comunicase al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los doce días del mes de mayo de dos mil nueve.

JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN
Presidente del Congreso de la República

ALEJANDRO AGUINAGA RECUENCO
Primer Vicepresidente del Congreso de la República
Al señor Presidente Constitucional de la República

POR TANTO

Mando se publique y cumpla

Dado en la casa de Gobierno, en Lima, a los veintisiete días del mes de mayo del 2009.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

YEHUDE SIMON MUNARO
Presidente del Consejo de Ministros

ANEXO II

A. PLENOS CASATORIOS

Sumilla: Del Primer Pleno Casatorio Civil:

“La transacción extra – judicial tiene valor en proceso judicial ya sea como excepción o como contra demanda vía reconvencción”
- precedente de Cajamarca.

Sumilla: Del Segundo Pleno Casatorio Civil:

“En la prescripción adquisitiva de dominio nada obsta que dos o más poseedores homogéneos si cumplen los requisitos para usucupir se ampare su pretensión por constituir una copropiedad”; Precedente de Lambayeque.

Sumilla: Del Tercer Pleno Casatorio Civil:

“Es procedente el pago de una indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho, proveniente de matrimonio civil” – Precedente de Puno.

Sumilla: Del Cuarto Pleno Casatorio Civil:

“Desalojo de posesión precaria“ - precedente de Ucayali – sin publicar en el diario oficial El Peruano.

PRIMER PLENO CASATORIO CIVIL

Corte Suprema de Justicia de la República

Pleno Casatorio Civil

SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO

Casación N° 1465-2007-Cajamarca

Demandantes : Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus menores hijos; Walker Steve Cuenca Quiroz; Euler Jonathan Mendoza Quiroz y José Ronny Mendoza Quiroz

Demandados : Empresa Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S. A. y Arturo Blanco Bar.

Materia : Indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual

Vía procedimental : Proceso de Conocimiento

Sumario:

- I. Introducción
- II. Materia del recurso.
- III. Fundamentos del recurso.
- IV. De la convocatoria al Pleno Casatorio
- V. Consideraciones.
 - A. Antecedentes resolutivos de las salas civiles supremas.
 - B. De las transacciones celebradas
 - C. Sobre la transacción
 - c.1. De su regulación en nuestro ordenamiento nacional
 - c.2. Antecedentes y formalidades
 - c.3. Naturaleza jurídica
 - c.4. Efectos de la transacción
 - c.5. La Transacción extrajudicial: ¿Defensa de forma o de fondo?
 - c.5.1. Transacción vs. Cosa juzgada
 - c.5.2. De la transacción extrajudicial como excepción procesal
 - D. Formalismo, interpretación normativa, justicia y conflicto social
 - E. Regla de Derecho: venire contra factum (teoría de los actos propios)
 - F. Transacción y lesión

- G. Pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo
- H. Sobre los intereses difusos y su defensa
- I. Sobre la inaplicación de normas de derecho material
 - i.1. Validez de las transacciones
 - i.1.1. Sobre el daño a la salud
 - i.1.2. De la transacción sobre derechos de menores de edad
- VI. Efectos de la sentencia
- VII. Constitucionalidad del Pleno Casatorio.
- VIII. Conclusiones.
- IX. Fallo.

SENTENCIA DICTADA POR EL PRIMER PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LA SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE PERÚ

Casación N° 1465-2007-Cajamarca

En la ciudad de Lima, Perú, a los veintidós días del mes de enero de dos mil ocho, los señores vocales supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, por mayoría en un extremo y por unanimidad en otro, han expedido la siguiente sentencia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 400° del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha dieciocho de diciembre de dos mil siete, oídos los informes orales de los abogados de las demandadas; de conformidad con lo opinado por el Ministerio Público, discutida y deliberada que fue la causa, **SE RESUELVE:**

I. INTRODUCCIÓN

1. A fojas 190 del tomo I del cuaderno de excepciones (que forma parte de estos autos) corre en copia el escrito de demanda presentado por Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por su propio derecho y en representación de sus hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, y Walker Steve Cuenca Quiroz, a través de la cual emplaza a la Empresa Minera Yanacocha S.R.L., solicitando el pago de una indemnización por daños y perjuicios proveniente de responsabilidad civil extracontractual.

El petitorio de indemnización por responsabilidad extracontractual comprende el “... *daño material (daño bio- ambiental y daño a la salud personal), daño moral...*”

Como pretensión principal solicita el pago de una suma de dinero ascendente a US \$ 1'800,000.00 (un millón ochocientos mil y 00/100 dólares americanos) por daño material (daño bio-ambiental y daño a la salud personal) y daño moral, monto que sería distribuido: US \$ 400, 000.00 dólares americanos a favor de la accionante; US \$ 500, 000.00 dólares americanos a favor de su hijo Walker Steve Cuenca Quiroz; US\$ 500, 000.00 dólares americanos a favor de su hijo Euler Mendoza Quiroz y US \$ 400, 000.00 dólares americanos a favor de su otro hijo José Mendoza Quiroz.

Como pretensiones acumuladas objetivas accesorias solicita las siguientes: **a)** El pago de un seguro médico y seguro de vida a favor de la demandante y sus hijos por una suma no menor a US \$ 100, 000.00 (cien mil y 00/100 dólares americanos), por el lapso de quince años, con cobertura a todo riesgo, incluyendo enfermedades oncológicas; **b)** Que, la demandada cumpla con descontaminar completamente y de modo óptimo sus viviendas, de los materiales químicos cuya presencia ha generado los daños cuya reparación se demanda, y **c)** El pago de los intereses legales devengados, así como la condena en costos y costas procesales y multas en caso de oposición.

2. Manifiesta que el 02 de junio del año 2000, en circunstancias que el chofer Arturo Blanco Bar, que conducía el camión con placa de rodaje N° YG-9621, marca Volvo, de propiedad de la empresa Ransa Comercial S.A., transportaba mercurio, de propiedad de Minera Yanacocha S.R.L., con destino a la ciudad de Lima, se produjo un primer derrame de dicho metal en el centro poblado de San Juan, dando lugar a que un aproximado de cuarenta pobladores del lugar recogieran el mercurio sin saber los efectos dañinos del mismo. Posteriormente, entre las 5: 30 y 5: 40 p. m. del mismo día, se produjo un segundo derrame de aproximadamente 152 kg de mercurio, en las localidades de Chotén, San Juan, La Calera, el Tingo, San Sebastián y Magdalena, esto en una longitud aproximada de 27 km de la carretera.

3. Acota la accionante que por su brillo y forma, e ignorando que se trataba de una sustancia tóxica, los pobladores comenzaron a recoger el mercurio hasta altas horas de la madrugada, empleando para dicha recolección sus manos e incluso su boca como medio de aspiración. Al guardar el mercurio en sus hogares, sus familiares que recogieron el mercurio también se intoxicaron debido a los gases que emanaba éste.

La demandante refiere que Yanacocha no hizo caso a sus peticiones de ayuda médica, quien no contaba con un plan maestro de contingencias, lo que propició un mayor nivel de intoxicación al pretender comprar el mercurio derramado a quien lo hubiera recogido y que existió un nivel deficiente de embalaje, transporte y tratamiento del mercurio por parte de la minera, conforme ha declarado el chofer del camión.

4. Al contestar la demanda, que corre en copia a fojas 765, Minera Yanacocha S.R.L. sostiene que no fue informada oportunamente por el chofer de la empresa Ransa Comercial S.A. (encargada del transporte) respecto del derrame y que al tomar conocimiento del mismo, adoptó las medidas necesarias para evitar perjuicios, informando sobre la toxicidad del producto, lo cual resultó poco exitoso debido a la negativa de los pobla-

dores a devolver el mercurio que recogieron y guardaron en sus hogares. Sostiene que la causa determinante de la exposición y elevación del nivel del mercurio en el organismo de los pobladores afectados fue su propia imprudencia. Asimismo, manifiesta que el hecho de que la demandante y sus menores hijos hayan presentado niveles de mercurio mayores a los normales en su organismo, como consecuencia del derrame producido, no necesariamente implica que éstos hayan sido intoxicados por dicho elemento; de todos modos celebraron transacciones extrajudiciales a favor de ella y sus hijos, teniendo dichos actos jurídicos calidad de cosa juzgada en mérito a lo dispuesto por el artículo 1302° del Código Civil.

Por otro lado, la empresa minera, a fojas 687, formula denuncia civil contra Ransa Comercial S. A., por ser la empresa encargada del transporte del mercurio el día en que ocurrieron los hechos.

Por resolución copiada a fojas 1123, el Juez de la causa incorpora de oficio a Esteban Arturo Blanco Bar como litisconsorte necesario pasivo, por ser el chofer que conducía la unidad móvil que transportaba el mercurio.

5. Tanto Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, sostienen que se limitaron a transportar los balones conteniendo mercurio y que fue minera Yanacocha S.R.L. quien no cumplió con entregar la mercadería al transportista en condiciones adecuadas para un traslado seguro. Además sostienen que se ha presentado el supuesto de fractura causal por el hecho propio de la víctima, pues no fue el derrame de mercurio lo que ocasionó daños a la demandante, sino su negligencia al manipularlo, llevarlo a su hogar y exponer a su familia a los gases tóxicos.

6. Las partes demandadas deducen las siguientes excepciones:

A. De las excepciones deducidas por la empresa minera Yanacocha S.R.L. (fojas 248 del tomo I):

a. Excepción de prescripción extintiva: Alega que el derrame de mercurio tuvo lugar el 02 de junio de 2000, por lo que al constituir un supuesto de responsabilidad extracontractual, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2001°, inciso 4, del Código Civil, la acción ha prescrito el 02 de junio de 2002, teniendo en cuenta lo normado por el artículo 1993° del citado Código, según el cual el plazo de dos años empieza computarse a partir de la fecha en que ocurrieron los hechos, no habiéndose interrumpido el plazo prescriptorio, siendo que se la ha emplazado con la demanda con posterioridad a dicha fecha.

b. Excepción de conclusión del proceso por transacción: Para poner fin a cualquier conflicto que surja con respecto al derecho indemnizatorio, el 02 de setiembre del 2000 Minera Yanacocha S.R.L. celebró tres transacciones extrajudiciales: **1)** la primera con la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por su propio derecho, a quien se la indemnizó con la suma de S/. 5, 250.00 Nuevos Soles; **2)** la segunda con la demandante y con José Gilmer Mendoza Saldaña, en representación

de sus menores hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, a quienes se les indemnizó con la suma de S/. 15, 750,00 Nuevos Soles por los dos menores; **3)** la tercera con la demandante, en representación de su hijo Walker Steve Cuenca Quiroz, a quien se le indemnizó con la suma de S/. 11, 250.00 Nuevos Soles.

En los tres casos, se suscribieron las respectivas addenda, con fecha 04 de noviembre del mismo año, en las cuales acordaron duplicar el monto indemnizatorio a cada uno de los afectados con el derrame. Conforme lo dispone el Artículo 1302° del Código Civil, las transacciones antes mencionadas tiene el valor de cosa juzgada, por lo que la pretensión de indemnización de los demandantes no puede ser revisada en sede judicial.

c. Excepción de falta de legitimidad para obrar de Minera Yanacocha S.R.L.:

Sostiene que como el derrame de mercurio se produjo mientras era transportado por un camión de propiedad de Comercial Ransa S.A., ella no es responsable de los daños causados; que, como la demandante alega, la responsabilidad surge de una actividad riesgosa o peligrosa, la misma que no fue realizada por la empresa.

En cuanto a lo señalado por la actora que no se les brindó la atención debida, la minera no tuvo participación alguna en el diagnóstico y tratamiento de los afectados, sino que el mismo fue dispuesto por los médicos del puesto de salud de Choropampa y el Hospital Regional de Cajamarca en coordinación con CICOTOX.

d. Excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes con relación a la pretensión de indemnización por daño ambiental:

Tratándose de intereses difusos, solo pueden demandar el Ministerio Público, las asociaciones o instituciones sin fines de lucro, los gobiernos locales, etc., conforme lo establece el artículo 82° del Código Procesal Civil, por lo que los demandantes por sí solos no pueden promover el presente proceso.

B. De las excepciones de Ransa Comercial S.A. (fojas 752 del tomo II)

a. Excepción de falta de legitimidad para obrar de Ransa Comercial S.A.: Cuando ocurrieron los hechos se desempeñaba como Agente de Transporte de Minera Yanacocha S.R.L., y los balones que contenían mercurio eran de propiedad exclusiva de dicha minera, fue ella quien no los envasó adecuadamente, lo que trajo consigo el derrame; que en todo momento el mercurio fue manipulado en su estiba y aseguramiento en la plataforma del vehículo por personal de la citada minera. Solicita se tenga en cuenta el Dictamen Pericial del Examen Físico Químico emitido por la Dirección Nacional de Criminalística de la Policía Nacional, de fecha 18 de junio del 2000, en el que se concluyó que la responsabilidad por el derrame de mercurio se debió a la imprudencia y negligencia en su envasado.

b. Excepción de prescripción extintiva: Alega los mismos fundamentos de Minera Yanacocha S.R.L.

c. Excepción de conclusión del proceso por transacción: Menciona como sustento de sus defensas de forma las transacciones celebradas entre la demandante (por derecho propio y en representación de sus hijos) con la Minera Acocha S.R.L.

C. Del litisconsorte necesario pasivo Esteban Arturo Blanco Bar (fojas 1173 del tomo III)

a. Excepción de Prescripción extintiva: Sostiene los mismos fundamentos de la demandada Minera Yanacocha S.R.L.

b. Excepción de conclusión del proceso por transacción: Igualmente, sirven de sustento de su excepción las transacciones celebradas entre la parte accionante con la empresa minera emplazada.

c. Excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes con relación a la pretensión de indemnización por daño ambiental: Consigna la misma motivación que sus codemandadas.

7. Mediante Resolución número tres, dictada en la Audiencia de Saneamiento Procesal, del 08 de enero de 2004, según acta de fojas 303 a 312, se declara: Infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referidos a la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty que deducen Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar; Fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referido a los menores Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz y Walker Steve Cuenca Quiroz que deducen los tres demandados; Infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandados deducida por la minera Yanacocha S.R.L. y Ransa Comercial S. A.; Infundada la excepción de prescripción deducida por todos los demandados, y Fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa respecto a la pretensión de indemnización por daño ambiental.

8. Apelada que fuera la citada resolución, la Sala Civil de Cajamarca, mediante auto de vista del 25 de julio de 2005, confirma la alzada (por unanimidad) en cuanto declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada Ransa Comercial S. A. y fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar por daño ambiental; confirma (por mayoría) en los extremos que declara infundada la excepción de prescripción extintiva de la acción; infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referido a la accionante Giovanna Quiroz; fundada la excepción de conclusión del proceso respecto a los hijos menores de edad de la actora, deducida por la empresa minera; la Revocaron en el extremo que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referido a los menores de edad, deducida por los demandados Ransa Comercial S. A. y Arturo Blanco Bar; infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a la actora, deducida por la empresa minera e infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva deducida por la misma empresa minera; Reformándola: declararon infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a los menores de edad, deducida por Ransa y Arturo Blanco Bar, fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción res-

pecto a la actora, deducida por la minera demandada, y fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva deducida por la misma empresa minera, en consecuencia nulo todo lo actuado y por concluido el proceso.

Dicha resolución fue materia de Recurso de Casación por los demandados Ransa Comercial S. A. y Arturo Blanco Bar, así como por la accionante Giovanna Quiroz siendo declarados nulos los concesorios por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, respecto a los dos codemandados, en tanto que declaró procedente el recurso de la accionante, el mismo que es declarado fundado mediante sentencia de fecha 07 de abril de 2006 (Casación N° 2383-2005-Cajamarca, corriente de fojas 1428 a 1433 del tomo II que conforma estos autos), por lo que casaron la de vista por no haberse fundamentado debidamente, así como por no haberse fijado fecha para la vista de la causa de acuerdo a ley, devolviendo los actuados a la instancia de origen.

9. Devueltos los autos a la Sala Civil de Cajamarca, esta se avoca nuevamente al conocimiento de la causa emitiendo, en esta oportunidad por unanimidad, con fecha 27 de diciembre de 2006, el auto de vista (corriente de fojas 1473 a 1480 del tomo. III), por medio de la cual Revoca la impugnada en el extremo que declara infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a la demandante Giovanna Quiroz Villaty y Reformándola la declara Fundada, confirmándola en los demás extremos.

Esta resolución de vista es la que viene en Recurso de Casación conforme se procede a describir a continuación respecto a los fundamentos esgrimidos por la parte demandante.

II. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty (por derecho propio y en representación de sus tres menores hijos), contra la resolución de vista de fojas 1473 a 1480, expedida el 27 de diciembre de 2006, por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en los extremos que:

- a) Confirma la resolución apelada que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a los demandantes menores de edad: Walker Cuenca Quiroz; Euler Mendoza Quiroz y José Mendoza Quiroz, propuesta por las demandadas Minera Yanacocha S.R.L. y Ransa Comercial S.A.
- b) Confirma el auto apelado en cuanto declara fundada la excepción de Falta de Legitimidad para Obrar de la demandante respecto a la pretensión por daño ambiental formulada por el demandado Esteban Arturo Blanco Bar.
- c) Revoca el auto apelado en el extremo que declara infundada la excepción de conclusión del proceso por Transacción y reformándolo declara Fundada la citada excepción en cuanto concierne a la accionante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, propuesta por Minera Yanacocha S. R. L y Esteban Arturo Blanco Bar.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Por resolución del 03 de mayo de 2007 se declaró procedente el recurso de casación por las causales previstas en los incisos 2 y 3 del artículo 386° del Código Procesal Civil, al haberse satisfecho los requisitos de fondo regulados por los incisos 2.2 y 2.3 del artículo 388° del mismo cuerpo legal, por los fundamentos siguientes:

1. La inaplicación de normas de derecho material: Manifiesta la recurrente que se han inaplicado los artículos 5° y 1305° del Código Civil al haberse transigido sobre daños a la salud de los afectados, derechos que son personalísimos y extrapatrimoniales y por ende no son transables, sin considerarse que dichas transacciones son inválidas por no ajustarse al ordenamiento legal, siendo nulas de pleno derecho.

2. Contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso:

a) Señala la impugnante que conforme al inciso 10 del artículo 446° del Código Procesal Civil, solo se puede proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción si se llega a establecer que la misma ha puesto fin a un proceso judicial, es decir previamente ha debido existir un proceso judicial que haya terminado con transacción. Del mismo modo el artículo 453° inciso 4 del citado cuerpo procesal, requiere la existencia de procesos idénticos para poder amparar la excepción de transacción, situación que no se presenta en el caso de autos, al tratarse de una transacción que no puso fin a ningún proceso judicial y tampoco fue homologada por juez alguno; habiéndose, además, contravenido principios jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema en casaciones anteriores, como por ejemplo la casación N° 730-2005;

b) Como segunda causal de contravención al debido proceso alega la recurrente que la Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar Activa de la accionante respecto al daño al medio ambiente, no se ha interpretado correctamente los alcances del artículo 82° del Código Procesal Civil, toda vez que el mismo prevé la legitimación extraordinaria para las instituciones que allí se mencionan, en tanto que la legitimación ordinaria le corresponde a las personas naturales afectadas, incluso para las que no lo son directamente. Además de no haber aplicado el precedente vinculante trazado en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 221-97-AA/TC.

IV. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO

1. Mediante Razón de fojas 123-A del Cuaderno de Casación, la señora relatora de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, da cuenta al Presidente de dicha Sala de la existencia de pronunciamientos contradictorios sobre la misma materia entre las dos Sala Civiles de esta máxima instancia judicial.

2. Mediante resolución del 29 de noviembre de 2007, la Sala Civil Permanente, estando a la Razón emitida, solicita al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República citar a Pleno Casatorio a fin de que se constituya doctrina jurisprudencial sobre el caso materia de autos.

3. Por Resolución N° 01-2007-I-Pleno Casatorio-P-CS-PJ, del 04 de diciembre de 2007, la Presidencia del Poder Judicial, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 400° del Código Procesal Civil, convoca a Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República a sesión para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 18 de diciembre de 2007, habiendo sido designados como vocales ponentes de las opiniones divergentes de las Salas Supremas Civiles los señores Walter Vásquez Vejarano y Víctor Lucas Ticona Postigo en sus condiciones de presidentes de dichos órganos jurisdiccionales supremos.

V. CONSIDERACIONES

1. Habiéndose invocado vicios *in iudicando* e *in procedendo* como fundamentación de los agravios y atendiendo a sus efectos, es menester realizar primero el estudio de la segunda causal (referida a infracciones procesales), dados los alcances de la decisión, pues en caso de ampararse la misma, esto es si se declara fundada la Casación por dicha causal, deben reenviarse los actuados a la instancia de origen para que proceda de acuerdo a lo resuelto, no teniendo objeto pronunciarse en lo que concierne a la causal de inaplicación de normas materiales.

Sin perjuicio de ello, cabe dejar constancia que si bien es cierto que en el auto que declara procedente el recurso de Casación se ha hecho expresa referencia solamente a las causales de inaplicación de normas materiales y contravención al debido proceso en cuanto a la excepción de transacción, mas no así en cuanto a la excepción de Falta de Legitimación para obrar de la demandante para accionar por daño ambiental; tal omisión ha sido subsanada al haberse dispuesto en la parte resolutive de manera genérica que se declaraba procedente el recurso por las causales denunciadas (por los tres motivos reseñados), tanto más si es que el Ministerio Público ha emitido dictamen pronunciándose sobre todos los extremos denunciados y la parte demandada no ha alegado nulidad alguna, por lo que cualquier posible vicio de orden procesal ha quedado subsanado, más aún si es que el mismo no resulta trascendente para impedir que se resuelva el caso de autos.

2. El asunto a dilucidarse en este proceso, y que es materia de divergencia entre las decisiones de las salas civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se centra en los alcances de la Transacción extrajudicial celebrada bajo el amparo normativo del artículo 1302° del Código Civil, esto es si la Transacción Extrajudicial puede hacerse valer como excepción procesal.

El otro punto materia de debate se refiere a la legitimación activa que pueda tener una persona natural para promover proceso judicial en la defensa de intereses difusos de acuerdo a lo previsto en el artículo 82° del Código Procesal Civil.

Por tal razón, para un mejor entendimiento del caso *sub judice*, se ha considerado oportuno abordar determinados tópicos que tienen estrecha relación con los hechos debatidos y las denuncias expuestas en el Recurso de Casación. En mérito a ello, se expondrá, en primer lugar, los criterios y posiciones manifestadas por ambas salas civiles supremas;

a continuación se seguirá un orden de exposición que abarque la institución de la Transacción tanto en su vertiente sustancial como procesal, además de otras instituciones afines que convienen traerse a colación para un mejor esclarecimiento y resolución del caso *sub litis*.

A. ANTECEDENTES RESOLUTIVOS DE LAS SALAS CIVILES SUPREMAS

3. Conforme se puede corroborar de las resoluciones dictadas en las casaciones obrantes en copias en autos, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en los expedientes N° 2383-2005-Cajamarca (sentencia dictada anteriormente en este mismo proceso, donde a manera de *obiter dictum* se refiere a la validez de la transacción extrajudicial); N° 2163-2006-Cajamarca, N° 705-2007-Cajamarca, N° 733-2007-Cajamarca, N° 737-2007-Cajamarca y N° 1801-2007-Cajamarca, ha considerado que la transacción extrajudicial tiene calidad de Cosa Juzgada de acuerdo a lo previsto por el artículo 1302° del Código Civil, al poner fin a algún asunto dudoso o litigioso evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado, por lo tanto no se contraviene los artículos 446°, inciso 10, y 453°, inciso 4, del Código Procesal Civil, así como tampoco se vulneran los artículos 5° y 1305° del Código Civil, al estar transándose la indemnización sobre el daño que sufrió la parte afectada por el derrame de mercurio, por lo que si bien el daño puede ser extrapatrimonial, toda indemnización por sí misma se configura como un derecho patrimonial, respecto al cual sí se puede transigir; por lo tanto dicha Sala Suprema admite que la transacción puede ser deducida como excepción en un proceso judicial y ser amparada como tal, precisamente por haber evitado una controversia judicial.

4. Por su parte la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en las casaciones N° 730-2005-Cajamarca, N° 2158-2006-Cajamarca; N° 2160-2006-Cajamarca; N° 2162-2006-Cajamarca; N° 2882-2006-Cajamarca y 2942-2006-Cajamarca, considera que solamente se puede oponer la transacción cuando ha estado en curso otro proceso, es decir previamente ha tenido que existir un proceso judicial que haya concluido con la suscripción de una transacción homologada por el juez de la causa para que pueda hacerse valer como excepción ante la interposición de una nueva demanda sobre los mismos hechos, al configurarse la identidad requerida por el artículo 453°, inciso 4, del Código Procesal Civil, razón por la cual la Transacción Extrajudicial celebrada bajo los términos del Código Civil sin que haya existido un proceso judicial anterior, no cumple el requisito del Artículo 453.4 del Código Procesal Civil, ergo deviene en inamparable como medio de defensa de forma, es decir, no se puede deducir como excepción de forma.

B. DE LAS TRANSACCIONES CELEBRADAS

5. Como se corrobora de lo descrito seguidamente, entre la parte demandante y la empresa Minera Yanacocha S. R. L. se celebraron tres transacciones extrajudiciales, la primera con la accionante, por derecho propio y en representación de sus menores hijos las dos siguientes, así como se adicionaron sendas addenda a cada una de ellas, todas con firmas debidamente legalizadas por Notario.

I. Transacción celebrada por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio, con Minera Yanacocha S. R. L.:

a) En este negocio jurídico intervino en calidad de cónyuge de la indemnizada el señor José Gilmer Mendoza Saldaña.

Se estipuló como monto total de la indemnización la suma de S/. 2 625.00 Nuevos Soles, el cual, según la cuarta cláusula, cubría el daño emergente, lucro cesante, daño físico o moral y cualquier otro daño producido por el derrame de mercurio ocurrido el 2 de junio de 2000. Asimismo, se acordó que la empresa minera proveería de un seguro de salud a favor de la parte afectada, sin costo para ésta, que cubra por el plazo de 5 años los gastos médicos asociados con las enfermedades derivadas de la contaminación por mercurio, seguro que podía ser renovado en caso la parte indemnizada haya requerido atención médica cubierta por el seguro y además presente alguna enfermedad derivada del derrame de mercurio que requiera atención médica por un período adicional a la vigencia del seguro.

Fecha de suscripción: 2 de septiembre de 2000.

b) Con fecha 4 de noviembre de 2000 se redacta un nuevo documento denominado addendum, donde se acuerda duplicar el monto de la indemnización que haría un total de S/. 5 250.00 Nuevos Soles. El pago se realiza con firmas legalizadas ante Notario.

II. Transacción celebrada por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty en representación de su menor hijo de 15 años de edad, Walker Steve Cuenca Quiroz¹, con Minera Yanacocha S. R. L.:

a) En este negocio jurídico solo intervino la madre del menor.

Se estipuló como monto total de la indemnización la suma de S/. 5 625.00 Nuevos Soles, el cual, según la cuarta cláusula, cubría el daño emergente, lucro cesante, daño físico o moral y cualquier otro daño producido por el derrame de mercurio ocurrido el 2 de junio de 2000. Asimismo, se acordó que la empresa minera proveería de un seguro de salud a favor del menor, sin costo para éste, que cubra por el plazo de 5 años los gastos médicos asociados con las enfermedades derivadas de la contaminación por mercurio, seguro que podía ser renovado en caso la parte indemnizada haya requerido atención médica cubierta por el seguro y además presente alguna enfermedad derivada del derrame de mercurio que requiera atención médica por un período adicional a la vigencia del seguro.

- En la segunda cláusula se condicionaba el pago final del monto acordado cuando se contara con la autorización judicial para celebrar la transacción.

¹ A la fecha el citado demandante Walker Cuenca Quiroz cuenta con 22 años de edad, por lo que tiene capacidad de goce y de ejercicio al ser mayor de edad de acuerdo a ley.

Fecha de suscripción: 2 de septiembre de 2000.

b) Con fecha 4 de noviembre de 2000 se redacta un nuevo documento denominado addendum, donde se acuerda duplicar el monto de la indemnización que haría un total de S/. 11 250.00 Nuevos Soles.

- En este documento también se estipula en la segunda cláusula que el pago final se hará una vez se cuente con la autorización judicial respectiva.

c) Mediante sentencia del 5 de junio de 2001, el Segundo Juzgado de Familia de Cajamarca, teniendo a la vista los dos documentos transaccionales, autoriza la celebración de la transacción.

- En mérito a dicha sentencia, con fecha 10 de enero de 2002 la empresa minera cumple con pagar a la madre del menor el saldo pendiente de S/. 5 625.00 Nuevos Soles. El pago se realiza con firmas legalizadas ante Notario.

III. Transacción celebrada por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty y José Gilmer Mendoza Saldaña en nombre de los menores Euler Jonathan Mendoza Quiroz (12 años) y José Ronny Mendoza Quiroz (5 años), con Minera Yanacocha S. R. L.:

a) En este negocio jurídico intervinieron ambos padres de los menores de edad.

- Se estipuló como monto total de la indemnización la suma de S/. 7 875.00 Nuevos Soles (S/. 2 250.00 N.S. para Euler Mendoza y S/. 5 625.00 N. S. para José Mendoza), el cual, según la cuarta cláusula, cubría el daño emergente, lucro cesante, daño físico o moral y cualquier otro daño producido por el derrame de mercurio ocurrido el 02 de junio de 2000.

Asimismo, se acordó que la empresa minera proveería de un seguro de salud a favor de los menores afectados, sin costo para ellos, que cubra por el plazo de 5 años los gastos médicos asociados con las enfermedades derivadas de la contaminación por mercurio, seguro que podía ser renovado en caso la parte indemnizada haya requerido atención médica cubierta por el seguro y además presente alguna enfermedad derivada del derrame de mercurio que requiera atención médica por un período adicional a la vigencia del seguro.

- En la segunda cláusula se condicionaba el pago final del monto acordado cuando se contara con la autorización judicial para celebrar la transacción.

Fecha de suscripción: 2 de septiembre de 2000.

b) Con fecha 4 de noviembre de 2000 se realiza un nuevo documento denominado addendum, donde se acuerda duplicar el monto de la indemnización que haría un total de S/. 15 750.00 Nuevos Soles.

- En este documento también se estipula en la segunda cláusula que el pago final se hará una vez se cuente con la autorización judicial respectiva.

c) Mediante sentencia del 6 de febrero de 2001, el Tercer Juzgado de Familia de Cajamarca, teniendo a la vista los dos documentos transaccionales, autoriza la celebración de la transacción y addendum, y a la entrega del dinero señalado en ambos documentos.

- En mérito a dicha sentencia, con fecha 1 de marzo de 2001 la empresa minera cumple con pagar a la madre de los menores el saldo pendiente de s/. 7 875.00 Nuevos Soles. El pago se realiza con firmas legalizadas ante Notario.

C. SOBRE LA TRANSACCIÓN

c.1. De su regulación en nuestro ordenamiento nacional:

6. Ante todo, cabe analizar la regulación jurídica de la transacción de acuerdo a nuestro actual ordenamiento legal.

En lo que concierne a su regulación legislativa sustantiva, el artículo 1302° del Código Civil vigente indica:

“Artículo 1302°: Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre un asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.

Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

La transacción tiene el valor de cosa juzgada.” (Los subrayados son nuestros)

c.2. Antecedentes y formalidades:

7. Así lo entendía también el Código Civil de 1852 al estipular en su artículo 1702° que:

“Artículo 1702°: Transacción es un contrato, por el que dos o más personas, decidiendo de común acuerdo sobre algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que podía promoverse, o finalizan el que está principiado.

Puede transigirse entre presentes o ausentes, por los mismos interesados, o por apoderados con poder especial.”

Seguidamente, agregaba en sus artículos 1703° y 1705°, que la transacción se debía redactar por escrito, sea en instrumento público o privado o a través de una petición dirigida al juez y firmada por los interesados, con fe de las firmas de los que la hacían.

La transacción celebrada por escritura pública producía sus efectos desde que era otorgada legalmente, en tanto que la hecha por escritura privada lo hacía desde que se traducía en instrumento público y se protocolizaba y la que se hacía ante el juez cuando se legalizaran las firmas.

En lo que se refería a la transacción sobre bienes de menores o personas sujetas a interdicción se indicaba, según el artículo 1716° del citado Código, que la misma no sería válida mientras no se contara con la aprobación del juez, quien para concederla debía oír al Consejo de Familia y pedir el dictamen de tres letrados y del ministerio fiscal².

Por su parte el Código Civil de 1936, en su artículo 1307° disponía que:

“**Artículo 1307°:** Por la transacción dos o más personas deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse, o finalizando el que está promovido.”

En lo que concernía a la protección de los derechos de menores de edad, igual disposición tenía el artículo 1312° del citado Código, al estipular que los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrían transigir con aprobación del juez, quien para concederla oíría al Consejo de Familia cuando lo hubiera, y pediría el dictamen de dos letrados y del ministerio fiscal.

Nuestro actual Código Civil trae la misma regulación en su artículo 1307° al indicar que:

“**Artículo 1307°:** Los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oíría al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente.”

Sobre este particular regresaremos más adelante cuando acometamos el estudio de las transacciones celebradas entre la empresa minera demandada y los menores de edad hijos de la actora.

c.3. Naturaleza jurídica:

8. Como se nota, la Transacción en el Código Civil de 1852 era considerada dentro de la Sección de los contratos denominados consensuales a diferencia de los aleatorios que contemplaba otras figuras jurídicas.

Esta calificación jurídica luego variaría con el Código Civil de 1936, el que consideró a la Transacción como un medio de extinguir obligaciones. La Comisión Revisora del Código Civil de 1852 (que elaboró el corpus legal de 1936), manifestó que si era un acto jurídico en virtud del cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obli-

² Cf. **Código civil, anotado y concordado**, más un apéndice a cargo de Miguel Antonio de la Lama, 4ª ed., concordada con el Código de Procedimientos Civiles de 1912 por Pedro Goitzolo, Lima, Librería e imprenta Gil, 1914.

gaciones dudosas o litigiosas, era forzoso convenir en que la transacción no era propiamente hablando un contrato sino un verdadero modo de extinción de los actos jurídicos en general, porque por ella se podían extinguir derechos reales y derechos hereditarios.

La transacción, continuaba diciendo la Comisión, es un contrato en cuanto representa el resultado de la concordancia de las voluntades, pero como es una convención que tiene por fin jurídico principal liquidar relaciones obligatorias preexistentes, es real y verdaderamente un medio de extinción de obligaciones y está mejor ubicada en el plan del Anteproyecto (que la incluía dentro de los efectos de las obligaciones) que en la Sección del Código Civil de 1852³.

9. En la doctrina se discute arduamente si la transacción es una convención, un contrato⁴ o un acto jurídico, inclinándose la mayoría por concebirla como un contrato, conforme lo exponen –entre otros, para el ámbito argentino– los tratadistas Jorge Llambías y Rubén Compagnucci de Caso⁵.

En sede nacional, la Comisión Revisora del Código Civil de 1936, ubicó a la transacción como un medio de extinguir obligaciones (al igual que el aludido Código, materia de reforma), primero consideró que la figura de la transacción presenta un doble aspecto: de un lado, es efectivamente un contrato destinado a poner fin a obligaciones dudosas o litigiosas, mediante concesiones recíprocas; desprendiéndose su naturaleza contractual de la definición contenida en el artículo 1351° del Código Civil que define el contrato. Este carácter se ve acentuado al haberse introducido el segundo párrafo del artículo 1302° del citado Código, según el cual se admite que la transacción puede crear, regular o modificar relaciones diversas de las que son objeto de la controversia.

En otra parte se comentaba por la anotada Comisión, que el legislador ubica a la transacción como uno de los medios de extinguir obligaciones por razones de tradición jurídica

³ Nos basamos en la cita que hacen **Mario Castillo Freyre y Felipe Osterling Parodi** en su *Tratado de las obligaciones*, tercera parte, t. IX, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Lima, PUCP, 2 005, p. 443.

⁴ Ya Joaquín Escriche nos decía que la transacción era un contrato voluntario en que se convenían y ajustaban los litigantes acerca de algún punto dudoso o litigioso, decidiéndolo mutuamente a su voluntad. Debía recaer sobre cosa dudosa, de modo que sería nula si cualquiera de los contrayentes supiera que no tenía ningún derecho, como igualmente si haciéndose sobre cosa puesta en litigio, se había ya dado y pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia.

Acotaba que la transacción tenía fuerza de cosa juzgada y producía excepción de pleito acabado. Cf. **Escriche, Joaquín**, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería de Rosa, Bouret y Cía., 1851, p. 1507.

⁵ Cf. **Llambías, Jorge Joaquín**, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. III, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Perrot, 1987, pp. 77-78; **Compagnucci de Caso, Rubén**, *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1997, pp. 523-524. Para este último la transacción es un contrato o negocio jurídico declarativo, ya que los derechos se fijan por obra y facultad de las mismas partes, quienes tienen soberanía absoluta en sus propios intereses. De ese modo, se afirma y aclara la situación jurídica incierta, que aflora con nitidez mediante la transacción. En torno a la duda que suscita la naturaleza jurídica de la transacción conviene revisar también la obra de **Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto López Cabana**, *Curso de obligaciones*, 4ª ed. Actualizada, 1ª reimpresión, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 339-340.

y porque en múltiples casos prevalece el efecto extintivo de la misma. Acotaba que había sido motivo de especial preocupación de la Comisión revisora, que dio origen al Código Civil vigente de 1984, introducir mecanismo ágiles para que los particulares solucionen sus diferencias sin la intervención de los tribunales de justicia, teniendo en cuenta el explicable deseo de las partes de evitar los costos de un proceso, la pérdida de tiempo que este conlleva y la voluntad común de lograr tranquilidad, aspecto que prevalecía para que ellas “se dicten su propia sentencia”.⁶

10. Es por ello que los profesores Castillo Freyre y Osterling Parodi señalan que la transacción es un acto jurídico, puesto que constituye una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, pero, asimismo, puede ser un contrato al versar sobre relaciones jurídicas patrimoniales (puesto que los derechos extrapatrimoniales son intransigibles), por lo que ambos conceptos no resultan ser excluyentes sino complementarios.

Por lo tanto, se concluye que para nuestro ordenamiento jurídico nacional la transacción es un acto jurídico de naturaleza patrimonial (contrato) por el que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso. A nivel formal, al ser un contrato, apunta a zanjar cuestiones ya existentes entre las partes, es decir a extinguir relaciones jurídicas existentes que se encuentran en controversia. Por ello su ubicación es más clara dentro de los medios extintivos de las obligaciones. En cuanto al nivel de fondo, lo que subyace en el corazón de esta figura se centra en la búsqueda de la paz y la armonía.⁷

La causa o función de la transacción es la composición de la controversia jurídica que existe entre las partes, cuya solución o liquidación asumen los propios interesados, evitando provocar un pleito o acabando el ya iniciado, y se realiza mediante recíprocas concesiones. Sobre esta causa, que en sus múltiples aspectos revela la virtualidad operativa del contrato, y sobre la situación o relación jurídica controvertida debe recaer, impelido por el *animus transigendi*, el consentimiento de los contratantes.⁸

Seguidamente haremos referencia tanto a la doctrina nacional como a la argentina, por haber servido el Código Civil de este último país como fuente para la redacción de nues-

⁶ Cf. Exposición de motivos oficiales del código civil. La transacción, elaborada por la Comisión Revisora del Código Civil de acuerdo a las leyes 24039 y 24136. Separata Especial del Diario Oficial “El Peruano” publicada el 23 de marzo de 1988, p. 7.

⁷ Cf. **Castillo Freyre, Mario et al**, ob. cit., pp. 444, 446 y 451. Refiriéndose a las concesiones recíprocas, la Comisión revisora siguiendo la doctrina argentina, señalaba que ellas no requieren ser de valor equivalente, sino que pueden ser enteramente desiguales y desproporcionadas en su valor patrimonial, tampoco es necesario que sean de naturaleza económica, pudiendo ser de otra naturaleza.

Cf. **Exposición de motivos oficiales...**, p. 8.

⁸ Cf. **Luna Serrano, Agustín**, en: **Lacruz Berdejo, José Luis et alii**, *Derecho de obligaciones. Vol. Segundo, contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1995, p. 377.

tro actual artículo 1302°, especialmente en cuanto a la validez de cosa juzgada que se le otorga a la transacción⁹; extremo sobre el cual nos ocuparemos más adelante.¹⁰

11. Al decir de Llambías, la transacción se basa en un intercambio de sacrificios; si una sola de las partes sacrificara algún derecho suyo, ello sería una renuncia y no una transacción que requiere que medien concesiones recíprocas. Mientras exista una reciprocidad, no importa la cuantía de ellos ni su equivalencia o desigualdad, puesto que la ley no exige paridad de concesiones, ni ello podría imponerse porque la importancia del sacrificio que cada cual realiza es de apreciación eminentemente subjetiva, no habiendo pauta válida para su medición.¹¹

⁹ Lo dicho nos lleva a recordar que el Código Civil francés también le otorga tal calidad a la transacción, además de considerar que no procede alegar la lesión en su celebración, conforme a continuación de mención:

“**Article 2044°:** La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit.

Article 2052°: Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en ressort.

Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion.” Comentando tales normas, los hermanos Mazeaud estipulaban que la transacción es un contrato en el sentido preciso de la palabra, ya que crea una obligación de no hacer, la de no acudir a la justicia o la de no continuar un procedimiento en curso.

Acotaban que las concesiones no necesariamente debían ser equivalentes, pero era necesario que existiera alguna concesión, al menos de orden moral, de lo contrario la transacción sería nula.

Cf. **Mazeaud, Henri, León y Jean**, *Lecciones de derecho civil, parte tercera*, vol. IV, trad.

de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, bajo la dirección de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1974, pp. 619 y 627. También ver: **Trigo Represas, Félix A.**: “*Las concesiones recíprocas en la transacción*”, en: *La Ley 1989-B*, nota a fallo, p. 563.

¹⁰ Conforme es de aceptación general en el sistema jurídico, los elementos esenciales de la transacción son los siguientes: **a)** Una relación jurídica litigiosa o controvertida; **b)** La intención de los contratantes de componer el litigio, esto es eliminar la controversia y, **c)** Las recíprocas concesiones de las partes (*aliquid Batum, aliquid retentum*).

Estos elementos serán mencionados durante el desarrollo del análisis del caso a resolverse por lo que no se les dedicará consideraciones específicas al tener que ser aludidos en toda la sentencia.

¹¹ Llambías nos dice que la materia de la transacción son las obligaciones litigiosas o dudosas. Un acuerdo extintivo que recayese sobre obligaciones que no fuesen litigiosas o dudosas, no sería una transacción porque la *res dubia* es la esencia de esa figura. En efecto, la transacción es un negocio o acto jurídico de fijación, que tiende a hacer cierta o a poner fuera de discusión una situación determinada, eliminando la incerteza de la relación. Esa incertidumbre puede ser objetiva o subjetiva, la primera corresponde a las obligaciones litigiosas que son las que están sometidas a un pronunciamiento judicial; la segunda origina las obligaciones dudosas, es decir, las que las partes sinceramente han estimado como tales, aunque en verdad no lo fueran para un jurista especializado.

Cf. **Llambías**, ob. cit., pp. 75 y 76.

En el mismo sentido se pronuncia Fornaciari, al estimar que las obligaciones dudosas serán aquellas que las partes seriamente estiman como tales. Por lo que los requisitos esenciales de la transacción serán la existencia de cuestiones dudosas o litigiosas, pero entendiendo que la *res dubia* precede y enlaza siempre ambas situaciones; sea que el acuerdo se concrete como forma de autocomposición extrajudicial, sea que se realice en el ámbito del proceso. Asimismo, el carácter de dudosa de determinada cuestión debe ser apreciado de manera subjetiva, es decir, en el sentido que sería y razonablemente le atribuyen los otorgantes con abstracción de la interpretación que le daría un jurisconsulto o el propio juez de la causa.

Cf. **Fornaciari, Mario Alberto**, *Modos anormales de terminación del proceso*, t. II,

Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 27 y 28. También sobre la *res dubia* resulta oportuno ver a **Compagnucci de Caso, Rubén**: “*La ‘res dubia’ como motivación totalizadora de la transacción*”, en: *El Derecho*. Jurisprudencia general, Buenos Aires, t. 85, 1980, pp. 859-863.

c.4. Efectos de la transacción:

12. Se sostiene que la Transacción, como es opinión mayoritaria en doctrina, produce diversos efectos, siendo los principales: a) es obligatoria o vinculante; b) es extintiva; c) tiene efecto declarativo; d) tiene valor de cosa juzgada¹²:

a) **Es obligatoria o vinculante:** Por su razón de carácter contractual, la transacción crea para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, en mérito al adagio que “*el contrato es ley entre las partes*”.

b) **Es extintiva:** Precisamente por el efecto extintivo que posee la transacción, las partes no pueden hacer valer luego los derechos renunciados por ese acto, si lo hicieran, serían rechazados por una excepción de transacción, que impide renovar una pretensión ya aniquilada por la virtualidad del convenio celebrado.

c) **Tiene efecto declarativo:** La transacción no tiene efectos traslativos de derechos sino declarativos. Esto significa que cuando uno de los contratantes reconoce el derecho del otro, no es que esté considerando que se lo está transmitiendo, sino que ese derecho ha existido desde antes y directamente en cabeza de quien lo tiene luego de la transacción.

d) **Tiene valor de cosa juzgada:** La parte final del artículo 1302° de nuestro actual Código Civil le otorga tal condición a la transacción, aspecto sobre el que regresaremos más adelante cuando tratemos específicamente sobre la vinculación de la transacción con la cosa juzgada y su posibilidad de proponerse como excepción en ese sentido.

13. Concordante con lo dicho, el artículo 1303° del Código Civil es expreso al consignar que: “*La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción.*”, dejando en claro la relevancia del elemento reciprocidad en esta figura extintiva. El sentido del artículo es evidente, tomando en cuenta la finalidad de la transacción, cual es la de no reabrir el asunto que dejó de ser controvertido, dudoso o litigioso; por lo tanto la eficiencia y practicidad, que constituyen las ventajas de la transacción, giran alrededor de esta economía en términos de tiempo, recursos e incertidumbre. Estos beneficios se tornarían estériles si la transacción no tuviera la calidad de definitiva, es decir, si pudiera iniciarse, reiniciarse o proseguir un proceso judicial sobre el mismo tema, al cual las propias partes encontraron solución y convinieron en ella.¹³

14. Ahora bien, nuestro Código Procesal Civil también regula sobre la transacción judicial, la misma que debe ser homologada por el juez de la causa conforme se estipula en el artículo 337°, el mismo que a la letra dice:

¹² Por todo lo que diremos se ha seguido la obra de **Llambías**, ob. cit., pp. 114-124.

¹³ Cf. **Castillo Freyre, Mario et al.**, ob. cit., p. 530.

“**Artículo 337°. Homologación de la transacción.** El Juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas.

Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme.

La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada. El incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de esta.

Si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas o se relaciona con alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros.

Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso.” Seguidamente se regula:

“**Artículo 338°. Normatividad supletoria.** En todo lo no previsto en este Capítulo, se aplican las normas pertinentes del Código Civil.”

15. Como nota adicional deviene en ilustrativo consignar que de las sesenta y dos modificaciones que se realizaron a diversos artículos del Código Civil, mediante la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil, ninguna se refiere a las normas de la transacción, es más existe el artículo 338° antes citado que es remisivo a las reglas contenidas en el Código sustantivo, lo que demuestra que el legislador procesal no tuvo intención alguna de restarle eficacia a la transacción extrajudicial, de lo contrario hubiera modificado o derogado toda la normativa citada.

c.5. La Transacción extrajudicial: ¿defensa de forma o de fondo?

16. La cuestión surge en saberse si es que solamente la transacción judicial puede hacerse valer como defensa de forma (excepción procesal) y la extrajudicial como defensa de fondo.

Si bien es cierto que el artículo 453° del Código Procesa Civil precisa que:

“**Artículo 453°. Amparo de las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción.** Son fundadas la excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro:

1. Que se encuentra en curso;
2. Que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme;

3. En que el demandante se desistió de la pretensión; o

4. En que las partes conciliaron o transigieron.”

No resulta menos cierto que se puede optar por uno de dos caminos, o el de la aplicación literal de dichos supuestos o el de interpretar sistemáticamente los mismos dentro del marco constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva, así como de los fines del proceso, además del principio de autonomía de la voluntad; esto es de buscar la solución a un caso concreto de manera cierta sin dar pie a sucesivos litigios.

17. Si nos inclinamos por la primera opción, es decir por la aplicación literal de la norma jurídica procesal, se consideraría que la transacción extrajudicial no puede ser alegada como Excepción procesal, por el contrario deberá alegarse como defensa de fondo, es decir, como parte de la contestación de la demanda. En cambio si ponderamos la segunda alternativa, esto es, de la interpretación sistemática de la norma procesal, arribaremos a la conclusión que se puede alegar la Transacción Extrajudicial como defensa de forma y por ende estaría considerada dentro del supuesto previsto por el artículo 446° inciso 10 del Código Procesal Civil.

18. Comentando sobre la legislación argentina, Compagnucci de Caso precisa que la defensa o excepción de transacción, denominada *exceptio litis per transactionem finitae*, es de tipo perentorio que decide el pleito y tiene carácter sustantivo, por lo que aquel que pretenda oponer esta defensa debe demostrar, al igual que para la cosa juzgada, que se den los requisitos de las tres identidades: objeto, sujetos y causa. En cuanto al objeto, debe entenderse que solo se ha transado sobre los derechos que obran en el acuerdo, y no es posible extender el entendimiento a situaciones análogas o similares. Los sujetos también deben coincidir y juega el principio del efecto relativo de los contratos. Por último la causa debe ser idéntica, es decir, estar fundada en los mismos hechos que fueron fuente de las pretensiones reclamadas.¹⁴

19. Nuestra anterior legislación procesal, aunque no de manera expresa, contemplaba la distinción entre excepciones perentorias y dilatorias, por el momento en que podían ser deducidas –claro está que el Capítulo II del Título I, de la Sección Segunda del Código de Procedimientos Civiles de 1912, llevaba solamente por título “Excepciones dilatorias”¹⁵, clasificación que hoy en día ha dejado de ser usada, tanto es así que la actual Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 no las contempla, teniendo eso sí una estación procesal de saneamiento.

No obstante lo dicho, resulta ilustrativo hacer algunas referencias a ello, fundamentalmente por sus efectos prácticos.

¹⁴ Cf. **Compagnucci de Caso**, ob. cit., pp. 532-533.

¹⁵ Sobre esto resulta ilustrativo revisar lo dicho por **Eugenia Ariano**: “Prescripción, ¿cuestiones” declarables de oficio y cosa juzgada”, artículo contenido en: Problemas del proceso civil, Lima, Jurista editores, 2003, pp. 102-105, especialmente las notas a pie.

20. En doctrina existen tantas clasificaciones de excepciones como autores hay¹⁶, por lo que optamos por seguir lo dicho por Peláez¹⁷, quien mencionando los diferentes criterios de clasificación de estas, alude, entre otras, a las: a) procesales y materiales; b) propias e impropias; c) de previo o especial pronunciamiento; d) perentorias, dilatorias y mixtas.

Es esta última clasificación la más difundida, concibiéndose a las excepciones dilatorias o temporales como aquellas que no impiden una reproducción del ataque del actor en otro proceso una vez hayan variado las circunstancias; en tanto que las perentorias o perpetuas, eran aquellas que de ser estimadas impedían que el ataque se reproduzca en otro proceso, porque se dirigían a conseguir la absolución del demandado o la terminación del litigio, desvirtuando o destruyendo para siempre el derecho del demandante.¹⁸

Se admitía una *tertius genus* que se denominaba excepciones mixtas, porque, se sostenía, tenían doble naturaleza, de perentorias y de dilatorias, por lo que se podían hacer valer tanto antes de contestar la demanda como al presentarse ésta, siendo considerada dentro de este tipo de excepciones la de Transacción.

c.5.1. Transacción vs. Cosa juzgada:

21. Otro ámbito de debate es el referido a que si la Transacción al tener, según nuestro Código Civil, el valor Cosa Juzgada podría haber hecho valer en este proceso como defensa de forma bajo el amparo del inciso 8 del artículo 446° del Código Procesal Civil, que regula la excepción de Cosa Juzgada, y no bajo la égida del inciso 10 del mismo artículo.

Si nos remitimos al ordenamiento procesal, observamos que el Desistimiento de la pretensión se puede hacer valer como excepción con nombre propio (artículo 446° inciso 9: Desistimiento de la pretensión) o como excepción de Cosa Juzga en mérito a lo dispuesto por el artículo 344° del Código Procesal Civil, por lo que en uno u otro sentido tendría paso, también, para ser amparada la Transacción judicial o extrajudicial. Como dato histórico mencionamos que el artículo 1728° del Código Civil de 1852 decía que: “*La transacción produce entre las partes la excepción de cosa juzgada; y puede interponerse en cualquier estado de la causa.*” Coligiéndose de ello, que se le otorgaba la condición de excepción mixta, al poderse oponer como dilatoria o perentoria de acuerdo a lo antes mencionado.

22. Empero, es sujeto de debate el considerar si es que la transacción extrajudicial tiene o no la calidad de Cosa Juzgada, siendo de opinión en contra la mayoría de la doctrina, por ejemplo en Argentina Llambías, Borda y Compagnucci sostienen que la transacción

¹⁶ Nos remitimos a lo comentado por **Eugenia Ariano**, ob. cit., pp. 103, n. 4 y 145, n. 21.

¹⁷ Cf. **Peláez, Francisco J.**, *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 191 y ss.

¹⁸ El procesalista brasileño Moacyr Amaral conceptúa a las excepciones dilatorias como “...*são aquelas que apenas distendem o curso da demanda...*” mientras que las perentorias “...*são aquelas que trançam, encerram o processo...*”

Cf. **Amaral Santos, Moacyr**, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2° volumen, 14ª ed., Sao Paulo, Saraiva, 1989-1991, p. 195.

como contrato que es, no tiene capacidad de producir efectos de Cosa Juzgada, solo tendrá aquella fuerza la que ha sido homologada por el juez.¹⁹

De la misma postura son los autores nacionales Castillo Freyre y Osterling Parodi, al señalar que la transacción solo tiene similitudes con la sentencia o con el laudo cuando nos encontramos dentro de un proceso judicial o arbitral.²⁰

De distinto parecer es el maestro uruguayo Eduardo Couture, que al considerar como excepciones mixtas a la Cosa Juzgada y a la Transacción, decía que: “*Las excepciones de cosa juzgada y transacción evitan, en todo caso, el debate sobre el derecho expuesto en la demanda. Quien aduce la cosa juzgada no discute el derecho mismo, sino que se ampara en un pronunciamiento anterior a su respecto, que le resulta favorable y que le ahorra una nueva discusión. El que invoca la transacción tampoco quiere dilucidar el derecho tal cual era, sino que se ampara en un estado de cosas que ha surgido luego del contrato de transacción y que hace innecesario todo debate sobre el estado anterior; la transacción que es el equivalente contractual de la sentencia, actúa en el juicio como una verdadera excepción de cosa juzgada*”.²¹

23. La doctrina española también se ocupa de tal efecto, considerando que la norma respectiva (artículo 1816º del Código Civil español), cuando habla del valor de Cosa Juzgada, se trata más de una metáfora secular y que ha cumplido históricamente la misión de subrayar el carácter meramente declarativo del contrato, no debiendo entenderse en su sentido literal; por tal motivo el autor español Francisco Peláez comenta que:

“Partiendo de que la transacción es una especie de sentencia que dictan las partes para resolver su situación controvertida, pienso que la interpretación que buscamos es la de Fenech. El Art. 1816, dice, ‘no refleja una identidad conceptual con la cosa juzgada de la sentencia. La cosa juzgada de la transacción que no puede hacerse valer, por ejemplo, por medio de la excepción de cosa juzgada en el proceso civil, ni tratarse por el procedimiento incidental, quiere decir que *el juez viene obligado a tener en cuenta la decisión de las partes y a no contradecirla, aunque la crea injusta*; pero esta cosa juzgada no impide que el Juez valore la validez del propio contrato de transacción, y que estime su falta de causa, que ha sido otorgado con dolo, etc., o sea, que el juez no puede revisar el proceso que ha culminado en una sentencia, de modo que la cosa juzgada se desprende de la sentencia y cubre la actividad anterior a ella. *Solo en ese sentido puede hablarse propiamente de cosa*

¹⁹ Cf. **Llambías**, ob. cit., p. 120, **Compagnucci de Caso**, ob. cit., p. 530 y **Borda, Guillermo**, *Manual de obligaciones*, 10ª ed. Actualizada, Buenos Aires, Perrot, 1994, p.360.

²⁰ Cf. **Castillo et al.**, ob. cit., p. 512, y **Morello, Augusto M.**, “*La transacción desde la perspectiva procesal*” en: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año VI, N° 11, t. VI, julio-diciembre, 1953, pp. 375-390, artículo contenido también en su libro: *La eficacia del proceso*, 2ª ed. ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pp. 393-409.

²¹ Cf. **Couture, Eduardo J.**, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 12ª reimpresión de la 3ª ed. de 1958, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 118-119.

juzgada, en cuanto la solución se independiza de la actividad anterior y tiene valor por sí misma. Es como una sentencia que se han dado las partes”.²²

Continúa citando Francisco Peláez, esta vez a Carreras Llansana quien opina que: “Para que exista cosa juzgada en sentido material, es indispensable, por definición, que se haya juzgado, es decir, que exista verdadero y propio juicio sobre una cuestión entre partes. Si no existe una verdadera norma o regla sobre relaciones jurídicas, si falta como hemos visto esta imperatividad que es solo propia de la sentencia dictada en el proceso contencioso, no cabe afirmar que exista propiamente un juicio ni cosa juzgada”.²³

24. En la misma línea doctrinal Agustín Luna Serrano opina que, tampoco habría de tener la transacción el valor de cosa juzgada en el sentido positivo de ser vinculante para el juez, puesto que al no haber juicio no se da el presupuesto de la regla tradicional *res iudicata pro veritate habetur*, por lo que sostiene que si alguna de las partes “...intentase repristinar la discusión ante los órganos jurisdiccionales, la otra podría oponerle útilmente, con la misma fuerza que la *exceptio rei iudicate*, la *exceptio litis per transactionem finitae*.”²⁴

25. En consecuencia, parecería dificultoso decantarse por una u otra opción; empero, siguiendo a la mayoría de la doctrina, cuyos argumentos nos parecen más plausibles con relación a si en base a la transacción extrajudicial -no homologada²⁵- se puede deducir la excepción de Cosa Juzgada, opinamos que no resulta viable su proposición como defensa de forma bajo esa denominación, sino más bien creemos que se puede plantear como Excepción de Transacción propiamente dicha, toda vez que si bien es cierto existen ciertas similitudes entre ambas instituciones – Transacción y Cosa Juzgada- se nota la ausencia de identidad entre las mismas y más bien una mayor presencia de diferencias.

c.5.2. De la transacción extrajudicial como excepción procesal:

26. En lo que respecta a nuestro ordenamiento procesal, comentando el anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912, Augusto Ferrero decía que:

“En cuanto a la transacción, nuestra ley procesal no ha hecho sino conceder al demandado el derecho de interponer con el carácter previo de defensa, una institución contemplada en el Código Civil (artículos 1307°-1316°). La transacción como la cosa juzgada, entraña una función positiva y una negativa. Una función positiva por cuanto se puede exigir su cumplimiento. Una función negativa por cuanto se puede oponer lo pactado.

²² Cf. Peláez, ob. cit., pp. 161 y 163.

²³ Cf. Peláez, ob. cit., p. 164.

²⁴ Cf. Lacruz, ob. cit., p. 382 y ss.

²⁵ Sobre la mala habitualidad de requerir la homologación de la transacción es bueno remitirnos a lo dicho por: Carbone, Carlos Alberto, “Excepciones de transacción, conciliación y desistimiento del derecho”, en: Excepciones procesales. Doctrina y jurisprudencia (coord. Jorge Peyrano), Santa Fe, Editorial Panamericana, 1993, p. 181.

Es en el sentido de la función negativa que opera la excepción. Como la transacción puede hacerse por escritura pública o por petición al juez que conoce el litigio (artículo 1308° del Código Civil), entendemos que en ambos casos procede como excepción. Tiene el mismo valor que una resolución judicial. Por ello, como anota Couture, por medio de la transacción las partes deciden por contrato lo que el juez habría de pronunciar por sentencia.” Seguidamente agrega “...El fundamento de la excepción de cosa juzgada, como el de la transacción, desistimiento y litispendencia, es la seguridad jurídica. No olvidemos que no solamente es importante actuar el derecho con el mínimo posible de actividad jurisdiccional, sino también con la mayor seguridad jurídica. Porque ‘el derecho no es un valor en sí mismo, ni la justicia su contenido necesario. La prescripción no procura la justicia, sino el orden; la transacción no asegura la justicia, sino la paz; la cosa juzgada no es un instrumento de justicia, sino de autoridad’.”²⁶

27. Según Raymundo Salvat, para que la excepción de transacción pueda prosperar, es necesario el concurso de dos condiciones, análogas a las que se exige para la cosa juzgada: a) Que la nueva cuestión sea la misma que había sido transigida (identidad de objeto) y b) que la cuestión se plantee entre las mismas personas, actuando en la misma calidad (identidad de personas)²⁷; por ello se dice que la transacción es un instituto con una doble resonancia normativa, fondal y ritual, por cuanto sus efectos extinguen o modifican relaciones jurídicas y son idóneos para terminar anormalmente el proceso, puede argumentarse como pretensión para exigir su cumplimiento (ya que genera un título ejecutivo) o como excepción cuando se pretende demandar por el mismo derecho primigenio que fue objeto de la transacción.²⁸

²⁶ Cf. **Ferrero, Augusto**, *Derecho procesal civil. Excepciones*, 2ª ed. corregida y aumentada, Lima, s/e, 1974, pp. 142-144.

Sobre esto también nos remitimos a lo ya dicho por Couture en su obra citada, pp. 118-119.

Otro autor nacional, comentando el artículo 317° del Código de Procedimientos Civiles, decía que esta excepción se justificaba puesto que al tener ésta como fin el evitar un litigio y si, a pesar de ello, una de las partes planteara uno nuevo, tenía que otorgarse al demandado un recurso que le permitiera “...hacer efectivo el efecto de la transacción...” Cf. **Perla Velaohaga, Ernesto**, *Juicio ordinario*, 6ª ed., Lima, EDDILI, 1986, p. 228.

De posición distinta es Pino Carpio, para quien la única transacción que podía dar pie a proponerse como excepción, de acuerdo al artículo 317° del C. de P. C., era la que había “...incidido en juicio, porque si éste no ha existido, no se podría hablar de las identidades de objeto y de causa (cosa y acción según el Código), por más que el del juicio iniciado después de la transacción se deduzca que tales identidades existen en el convenio transaccional. Por consiguiente, si la transacción se ha llevado a cabo sin que antes hubiera existido juicio, no puede deducirse la excepción; pues lo que cabe en este caso es que el demandado oponga la transacción como un medio de defensa substancial, lo que debe hacer al contestar la demanda.”

Cf. **Pino Carpio, Remigio**, *Nociones de derecho procesal y comentario del código de procedimientos civiles*, t. II, Lima, Tipografía Peruana, 1963, pp. 72-73.

Respecto a la inviabilidad de proponer la transacción extrajudicial como excepción bajo las normas de nuestro actual Código Procesal Civil es ilustrativo ver la obra de: **Ariano Deho, Eugenia**, *El proceso de ejecución. La tutela ejecutiva en el código procesal civil peruano*, Lima, Rodhas, 1996, pp. 216-217.

²⁷ Citado por **Castillo Freyre et al**, ob. cit., p. 491.

²⁸ Cf. **Carbone, Carlos Alberto**, ob. cit., pp. 179-180.

28. Abundando en argumentos a favor de la viabilidad de proponer la transacción extrajudicial como excepción, Fornaciari considera que la transacción afecta directamente la pretensión, afecta el derecho que se autoatribuye el actor en el proceso: “Cuando se trate de convenio extrajudicial, estaremos en el campo de los derechos simplemente dudosos. Frente a este supuesto, se ha sostenido que, cuando el acuerdo se celebre sin que exista litigio, la transacción no puede oponerse como excepción previa, solo sería viable como ‘defensa de fondo’ ya que es un medio extintivo de obligaciones que guarda similitud con el pago que no está enumerado entre las defensas previas. Los argumentos no nos parecen definitivos; pensamos que para arribar a una solución a este problema, es necesario recurrir al procedimiento de identificación de pretensiones (...) Por su valor gráficamente esclarecedor, conviene reproducir la fórmula suministrada por Calamandrei. Según este autor, la identificación subjetiva tiende a establecer quiénes son los litigantes; la objetiva apunta a determinar sobre qué litigan; la atinente al tercer elemento, o sea al título o causa petendi, se dirige a responder por qué litigan.”

Líneas más adelante el autor aludido concluye que constatada la triple identidad no advierte impedimento alguno para que la transacción pueda prosperar como defensa previa, por lo que “...determinada por el procedimiento de confrontación la identidad de la pretensión deducida con la cuestión que ha sido materia de convenio transaccional, la excepción previa que analizamos es perfectamente viable²⁹.”

29. Concluimos que no existe basamento lógico que sirva de obstáculo para que la Transacción Extrajudicial se oponga como defensa de forma, de lo contrario se estaría desconociendo sus efectos extintivos así como su utilidad como medio eficaz para solucionar futuros litigios, además de instrumento para alcanzar la paz y armonía entre las partes.

D. FORMALISMO, INTERPRETACIÓN NORMATIVA, JUSTICIA Y CONFLICTO SOCIAL

30. De lo dicho surge el siguiente interrogante: ¿cuál sería la razón para no poder alegar la transacción extrajudicial como defensa de forma (Excepción) y solamente limitarla a oponerla como defensa de fondo?

No se halla motivo razonable para exigir a las partes a litigar por un prolongado tiempo, sabiendo que se concluirá finalmente por el amparo de la defensa propuesta, cuando bien puede acogerse la misma como excepción procesal, con ello no solo se estaría actuando en aplicación del principio de Economía Procesal sino también se estaría descartando la aplicación literal, y por tanto perjudicial, de las normas procesales contenidas en los artículos 446° inciso 10 y 453° del Código Procesal Civil, tanto más si es que se está ante un claro supuesto de ausencia de interés para obrar en el proceso.

Reiterando, pensamos que los citados dispositivos legales no deben ser aplicados *ad pedem literae* sino más bien deben ser interpretados a la luz del ordenamiento constitu-

²⁹ Cf. **Fornaciari**, ob. cit., pp. 96-97.

cional y en concordancia con el resto el ordenamiento legal, obedeciendo a una interpretación sistemática.

31. Resulta muy oportuno traer a colación lo dicho por el jurista brasileño Carlos Álvaro de Oliveira, a propósito del formalismo en el proceso civil, quien comenta que "...la clave del problema consiste en la posibilidad de que el poder organizador, ordenador y disciplinario del formalismo -en vez de servir a la realización del derecho- contribuya al aniquilamiento del propio derecho o a un retraso irrazonable de la solución del litigio. En este caso, el formalismo se transforma en su contrario: deja de constituir una herramienta útil para la realización de la justicia material y pasa a ser su verdugo; en vez de propiciar una solución rápida y eficaz del proceso, contribuye a la extinción de éste sin juzgamiento del mérito, impidiendo que el instrumento alcance su finalidad esencial.

Se coloca, por tanto, en primer plano de la discusión hasta qué punto es posible aceptar, o no, una visión rígida y rigurosa del formalismo procesal y, al mismo tiempo, la problemática de la investigación y búsqueda de soluciones para el antagonismo entre tales valores en conflicto".³⁰

32. Justamente por ello es necesario tener en cuenta que constituye un margen de libertad del juez cuando realiza la conexión de la norma que interpreta con los valores en los que descansa todo el ordenamiento.

Los principios de un sistema jurídico moldean el entendimiento de la totalidad de sus normas porque en todo caso el intérprete deberá optar, entre las varias posibles, por la solución hermenéutica que mejor se adapte a ellos.

En esta labor tendrá a su favor los criterios de la razonabilidad, puesto que ante la pluralidad de exigencias provenientes de diversas fuentes, su única solución será la de acudir a lo que la doctrina y la jurisprudencia han venido denominando "juicio de razonabilidad", que no es otra cosa que un juicio sensato y lógico desde un punto de vista constitucional.³¹

33. Otro autor español, Ricardo Ruiz Serramalera, también se ocupa de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, por lo que aún siendo extenso lo transcrito, es necesario plasmar su punto de vista sobre ello. Dicho autor nos dice que:

"Para fijar el ámbito de la interpretación jurídica se debe atender a tres puntos importantes, que muchas veces se suelen marginar, entendiendo que solo se hace necesaria una labor de esclarecimiento de la norma cuando sea manifiestamente dudosa (por su abstracción, por su complejidad o por su apariencia), o creyendo que única-

³⁰ Cf. **Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto**, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo valorativo)*, trad. de Juan José Monroy Palacios, Lima, Palestra, 2007, pp. 368-369.

³¹ Seguimos lo dicho por **Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido**, *El juez imparcial*, Granada, Comares, 1997, pp. 73-74.

mente corresponde investigar el alcance de la ley (por reducir a ella el contenido de la interpretación), o suponiendo que es suficiente con averiguar el sentido particular de cada norma según su propio contenido (aislándola del resto de las que componen el ordenamiento jurídico).

El primer aspecto que conviene resaltar es que toda norma de Derecho, por muy claros que parezcan los signos con los que se manifiesta, necesita de la interpretación del jurista, pues una cosa es que la letra (en el caso de la ley) o el uso (en el caso de la costumbre) se muestren como perfectamente definidores de un contenido concreto que aparentemente no ofrezca dudas y otra muy distinta que ello sea efectivamente así, pues hasta haber analizado aquellos signos no se estará en condiciones de determinar su claridad o su complejidad. No hay que confundir la facilidad o dificultad que brinde cada norma para captar su significado con la existencia o inexistencia de una tarea interpretativa, que en todo caso es necesario poder traducir y comprender los signos a través de los cuales se presenta.

Aunque siga teniendo vigencia el antiguo principio '*in claris non fit interpretatio*' (constantemente recordado por la jurisprudencia), hay que entenderlo en el sentido de que, si después de haberse comprobado el contenido de una norma no parece descubrirse ninguna consecuencia distinta de las que reflejan sus signos, no puede el interprete atribuirse facultad alguna para modificar su alcance, pero no en el que no sea precisa ninguna labor investigadora cuando a simple vista no exista duda en su significado, ya que, como antes se ha advertido, para averiguar esto se hace siempre preciso analizar la forma material con la que se presentarevestida la norma".³²

34. De lo transcrito, nos encontramos ante el hecho que no siempre se puede decir que una norma es lo suficientemente clara, eliminando cualquier resquicio de duda o de interpretación; es más, para arribar a la conclusión de que la misma es concluyente en un determinado sentido se ha debido realizar un análisis de ella, considerando sus alcances dentro de un determinado ordenamiento jurídico.

35. Existen varios criterios normativos de interpretación, pero tradicionalmente se han destacado cinco que son: a) Criterio gramatical; b) Criterio contextual o sistemático; c) Criterio histórico; d) Criterio sociológico y e) Criterio intencional o teleológico.

Para lo que interesa al caso de autos se desarrollarán los criterios gramatical y contextual respectivamente, sin que ello signifique que los demás no tengan igual relevancia.³³

³² Cf. **Ruiz Serramalera, Ricardo**, Derecho civil. Parte general. Las fuentes del Derecho y la eficacia de las normas jurídicas, Madrid, Universidad Complutense, 1980, pp. 304-305.

³³ Para esta clasificación nos remitimos al trabajo de: **De Asís Roig, Rafael**, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp.186-208. En dicha obra se podrán apreciar, ampliamente desarrollados, los diferentes criterios de interpretación.

a) Criterio gramatical: este criterio exige que la interpretación de las normas se haga atendiendo al sentido propio de las palabras. Se llama un criterio promovido por el llamado literalismo, que es precisamente una corriente de interpretación que estima que el lenguaje es lo único que hay que entender a la hora de interpretar.³⁴

Aunque este criterio ha sido presentado por algunos como suficiente, no parece que sirva como único criterio a la hora de determinar un significado. Más bien se constituye en un presupuesto de toda interpretación, por lo que su utilización debe ser desde la perspectiva sistemática. En este sentido parece que se está en presencia de un metacriterio general, necesario en cualquier interpretación, pero insuficiente. También puede ser contemplado como criterio dentro del sistemático, que sirve para dotar de significado a la idea de coherencia, en el sentido de que exige interpretar de forma semánticamente coherente con el ordenamiento.

b) Criterio sistemático: Según este criterio las normas cobran sentido en relación con el texto legal que las contiene o con el ordenamiento. El criterio sistemático puede operar bien desde la perspectiva de la adecuación lógica de la norma con las restantes (donde se conecta con el literal), bien desde la de la adecuación teleológica y valorativa de la norma respecto a las demás.

Todos los criterios sistemáticos están presididos por la idea de la coherencia. Los enunciados normativos deben ser interpretados de forma coherente con el ordenamiento. Este es precisamente el significado general del criterio sistemático, siendo los restantes proyecciones, presupuestos o limitaciones del mismo.

En efecto, algunos no son otra cosa que concreciones al sentido general de este criterio, es decir, hacen alusión a qué partes del ordenamiento deben ser tenidas en cuenta. Dentro de éstos pueden incluirse el criterio estructural, el del lugar material, el de conformidad con la Constitución, el analógico, el de equidad, el del precedente, el de autoridad.

³⁴ Es interesante el comentario que hace al respecto Karl Larenz, cuando dice que “Toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal. Por tal entendemos el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje o, en caso sea constatable un tal uso, en el uso especial del lenguaje de quien habla, aquí en el de la ley respectiva. El enlace con el uso del lenguaje es el más evidente, porque se puede aceptar que aquél, que quiere decir algo, usa las palabras en el sentido en que comúnmente son entendidas. El legislador se sirve del lenguaje general porque y en tanto se dirige a los ciudadanos y desea ser entendido por ellos. Además de ello, se sirve ampliamente de un especial lenguaje técnico-jurídico, en el que se puede expresar más precisamente, cuyo uso le ahorra múltiples aclaraciones circunstanciales. También este lenguaje técnico se apoya, sin embargo, todavía en el lenguaje general, ya que el Derecho, que se dirige a todos y a todos atañe, no puede renunciar a un mínimo de comprensibilidad general...”
Cf. **Larenz, Karl**, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed. de la 4ª alemana, Barcelona, Ariel, 2001, p. 316. Conviene consultar también a: **Espinoza Espinoza, Juan**, *Los principios contenidos en el título preliminar del código civil peruano de 1984 (Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial)*, Lima, PUCP, 2003, p. 310 y ss.

36. Ergo, considerando que, cuando no se acoge como Excepción la Transacción Extrajudicial, no homologada judicialmente, se está haciendo una aplicación o interpretación literal del citado artículo 453°, inciso 4, del Código Procesal Civil, mas no así una interpretación sistemática, habida cuenta que las normas que integran el ordenamiento jurídico son partes conectadas que se apoyan mutuamente, de tal modo que las unas se explican por medio de las otras. Creada una norma jurídica, ésta viene a integrar la totalidad del ordenamiento jurídico y este impone a la norma una configuración, un valor y un sentido que deben acomodarse a la unidad del mismo ordenamiento. De esta manera, la institución de la transacción no solo está regulada por el Código Procesal Civil sino también, y sustancialmente, por el Código Civil, por lo que extraer conclusiones distintas es atentar contra la unidad de este ordenamiento jurídico, visto como un entramado de dispositivos legales.

37. Por tal razón, el artículo 1302° del Código Civil es meridianamente claro (y por ende preciso), puesto que prescribe que la transacción tiene por cometido el poner fin a una controversia evitando así un pleito que podría promoverse o finalizando el ya iniciado, resultando excesivo y formalista que se exija litigar a las partes en un fatigoso proceso judicial, para arribar finalmente a la conclusión que el fondo de la controversia ya ha sido resuelto por ellas mismas, cuando bien se pudo poner fin al proceso amparando la excepción propuesta³⁵.

Una interpretación distinta contribuye a alimentar la litigiosidad, cuando a las partes -pese a que decidieron libremente de manera extrajudicial poner fin a un asunto dudoso- se les deba exigir transitar por todo el iter procesal para concluir finalmente que no había motivo a incoar la demanda. Con ello se estaría imponiendo a las personas (sean naturales o jurídicas) a que nunca celebren transacciones extrajudiciales sino que esperen ineluctablemente a que se principie un proceso judicial, con todo el costo temporal y económico que ello significa, para luego recién puedan transar, de lo contrario estaría latente el peligro que de hacerlo antes del proceso, bajo el otro criterio que no se comparte, dicha transacción no tenga eficacia ni valor alguno por estar posiblemente viciada de alguna causal de nulidad o anulabilidad.

38. Por ello, resulta equivocado, sostener *a priori*, que no se puede dar cabida a la transacción extrajudicial como medio de defensa de forma porque esta “puede adolecer de nulidad o anulabilidad” conforme sostiene un autor nacional³⁶. Mantener tal presunción, sería

³⁵ Carnelutti, refiriéndose a la confirmación del ordenamiento jurídico decía: “El conocimiento, ahora ya bien establecido, de la confirmación *judicial* o *procesal* ha permitido hoy extender esa figura fuera del campo del proceso. Se ha demostrado, en efecto, que las incertidumbres que comprometen la eficacia de la disposición abstracta quedan eliminadas también con medios distintos al proceso declarativo; en especial, de un lado, mediante la llamada *interpretación auténtica* de las leyes, y por otro lado, mediante algunas formas contractuales, entre las que descuella la *transacción*...”

Cf. **Carnelutti, Francesco**, *teoría general del derecho*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, editorial Revista de derecho Privado, 1955, p. 125.

³⁶ Cf. **Hinostroza Mínguez, Alberto**, *Comentarios al código procesal civil*, t. II, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 896-897, quien sostiene que no se puede considerar a la transacción extrajudicial como medio de defensa de forma (es decir como excepción) porque puede adolecer de nulidad o anulabilidad.

cuestionar la validez de cuanto acto jurídico se celebre en nuestro medio y por ende, bajo esas premisas, se tendría que considerar, por ejemplo, que tampoco resultaría amparable la excepción de convenio arbitral porque ésta podría estar viciada de nulidad o anulabilidad, dándose incluso cabida a otras posibilidades invalidantes sobre todos los negocios jurídicos celebrados, creando un ambiente de total incertidumbre e inseguridad jurídica.

Por todo ello, si bien el texto legal sigue siendo un elemento fundamental en el momento de interpretación y aplicación de la norma, esa aplicación es un proceso de integración recíproca de lo individual y de lo universal, por lo que, ni el texto de la norma es suficiente ni la aplicación de ella al caso concreto deja de influir en el momento de la interpretación. La sumisión del juez a la ley no equivale a la sujeción a un texto literal, admite un margen que, dentro de esa vinculación, permite soluciones más abiertas.³⁷

39. Situación diferente se manifestaría si es que al momento de resolver la excepción el juzgador considere –en el ejercicio del control judicial que prevé el artículo 220° del Código Civil– que las transacciones extrajudiciales presentadas son inválidas o ineficaces; supuesto éste que no se ha considerado en ninguna de las instancias de mérito, no siendo alegada tampoco por la demandante, aspecto que desde nuestro punto de vista también resultaría discutible, toda vez que bien podría haberse demandado la nulidad o anulabilidad de la transacción mencionada; tanto más si es que en otros pronunciamientos casatorios, de criterio distinto al de esta sentencia, no se ha desestimado la procedencia de las excepciones de transacción extrajudicial por tales causales sino porque las mismas no se ajustaban a lo prescrito por el artículo 453° del Código Procesal Civil.

De igual guisa, tampoco podría actuarse de manera oficiosa puesto que (aún existiendo pareceres en sentido diferente³⁸ en sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio jurídico del *iura novit curia*, al ser la Casación un recurso extraordinario que solo permite a la Corte de Casación la revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386° del Código Procesal Civil, especificidad que impide el ejercicio de la facultad general del juez de aplicar el citado principio.³⁹

³⁷ Cf. **Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel**, “Constitución, legalidad y seguridad jurídica” en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 1, 1997, p. 169.

³⁸ Es necesario mencionar que en otros países se admite la aplicación del *iura novit curia* en sede casatoria, como por ejemplo en Alemania y Francia; en tanto que de manera un tanto restrictiva en España, apostándose por un mayor protagonismo de este principio que en tales lugares solo se aplica cuando se atenta contra normas de orden público. Sobre las posiciones favorables a la aplicación del citado principio, bajo el punto de vista mencionado, se puede consultar a: **Guzmán Flujá, Vicente**, *El recurso de casación civil (Control de hecho y de derecho)*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, pp. 97-134; **Morello, Augusto M.**, *La casación. Un modelo intermedio eficiente*, Buenos Aires, Librería editora Platense-Abeledo-Perrot, 1993, pp. 279-284; **Rúa, Fernando de la**, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1968, pp. 223-224; 436; 438 y 441.

³⁹ Resulta interesante revisar la misma la posición manifestada por el Tribunal Constitucional en cuanto no resulta aplicable el principio citado en sede casatoria, ver al respecto Exp. N° 8327-2005-AA/TC y Exp. N° 7022-2007-AA/TC. De igual modo son ilustrativos los artículos de: **Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo**, “La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio”, en: *Ius et veritas*, N° 24, 2002, p. 56 y ss.; y **Ariano Deho, Eugenia**: “Sobre el poder del juez de ‘declarar’ de oficio la nulidad ex art.220 CC”, en su obra recopilatoria citada en la n. 15, pp. 135-150.

E. REGLA DE DERECHO: *venire contra factum proprium nulli conceditur*

40. El brocardo jurídico de origen romano arriba citado no es otra cosa que la actualmente denominada Teoría de los Actos Propios, la misma que, según Mario Castillo Freyre, está conceptuada como una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, impuesta por el deber de un comportamiento coherente con la conducta anterior del sujeto que suscita en otro una fundada confianza.⁴⁰

Luis Díez-Picazo precisa que la regla de “nadie puede venir contra sus propios actos” ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión, formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada, acotando que desde el punto de vista del Derecho sustantivo, la inadmisibilidad de venir contra los propios actos constituye técnicamente un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, derivado del principio de buena fe y particularmente de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente.⁴¹

Rubén Compagnucci de Caso afirma que la doctrina de los actos propios importa una barrera opuesta a la pretensión judicial, impidiéndose con ello el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probo en las relaciones jurídicas, no siendo posible permitir que asuman pautas de conducta que susciten expectativas o confianza en un desarrollo ulterior y luego se contradiga al efectuar un reclamo judicial.⁴²

41. Por su parte Alejandro Borda señala, aludiendo a la jurisprudencia de su país, que los tribunales han sostenido que las partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, como asimismo devienen inadmisibles las pretensiones que ponen a la parte en contradicción con sus comportamientos anteriores jurídicamente relevantes.⁴³

Por lo tanto, la teoría de los actos propios constituye una Regla de Derecho derivada del principio general de la Buena Fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.⁴⁴

⁴⁰ Cf. **Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya**, *La teoría de los actos propios*, Lima, Palestra, 2006, p. 63.

⁴¹ Cf. **Díez-Picazo Ponce de León, Luis María**, La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo, Barcelona, Bosch, 1963, p. 193.

⁴² Citado por **Mario Castillo Freyre et al**, ob. cit., p. 62.

⁴³ Cf. **Borda Alejandro**, *La teoría de los actos propios*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2005, p. 55.

⁴⁴ Cf. **Borda, Alejandro**, ob. cit., p. 56.

42. Resulta esclarecedor lo dicho por Luis Moisset de Espanés, quien, comentando la regla de que no es admisible que uno venga a actuar en contra de sus propios actos, menciona que: “Es necesario reconocer que la doctrina ha estado siempre presente en numerosos fallos [se refiere a los tribunales argentinos], pues repugna al más elemental sentido de justicia el que un litigante pretenda maliciosamente negar lo que antes ha afirmado...”⁴⁵

Seguidamente da una serie de ejemplos de conductas que atentan contra la buena fe, donde encuentra aplicación la doctrina de los actos propios, como en el caso donde una parte ejercita derechos anteriormente renunciados, siendo este el supuesto que se presenta precisamente en la controversia materia de la presente casación, donde la accionante pretende reclamar derechos anteriormente renunciados.

43. Según la doctrina, la Teoría de los Actos Propios tiene como presupuestos: **a) Una conducta vinculante; b) Una pretensión contradictoria y, c) Identidad de sujetos**⁴⁶:

a) Una conducta vinculante: Esta consiste en un acto o serie de actos que revelen una determinada actitud o decisión de una persona respecto de intereses vitales que se expresan, o más concretamente, es un acto volitivo, exteriorizado de las personas sobre un interés trascendente.

De acuerdo a lo expresado por Mario Castillo Freyre, tenemos que la conducta vinculante tiene cuatro elementos: 1) Debe ser RELEVANTE PARA EL DERECHO lo cual excluye no solo las conductas jurídicamente intrascendentes (meras opiniones, expresiones de deseos o proyectos, manifestaciones incidentales, etc.) sino también aquellas que requieren imperativamente una forma determinada que, por hipótesis, esté ausente: 2) Debe ser VÁLIDA Y EFICAZ, es decir la primera conducta no debe estar atacada de causales de invalidez o ineficacia. Esta validez y eficacia de la conducta no se refiere a la juridicidad o antijuridicidad del propio acto (pues al fin y al cabo, de lo que se trata es de dilucidar con esta teoría el aspecto antijurídico del mismo) sino de subrayar que aquella conducta reúne todos los requisitos de validez y de eficacia como conducta en sí misma, más allá del juicio valorativo que se haga de ella; 3) Tiene que presentarse en una MISMA SITUACIÓN JURÍDICA, puesto que se refiere al comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses.

⁴⁵ Cf. **Moisset de Espanés, Luis**, “*La doctrina de los actos propios*”, en: Rev. Comercio y Justicia, N° 13.607, diciembre, 1978. Este artículo se puede leer en la siguiente página Web: <http://www.acader.unc.edu.ar>

⁴⁶ Por todo nos remitimos a las siguientes obras: **Castillo Freyre et al**, ob. cit., p. 81 y ss., **Díez-Picazo, Luis**, ob. cit., pp. 194 y ss; **Borda, Alejandro**, ob. cit., p. 72; **Ekdahl Escobar, María Fernanda**, *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*, Santiago de Chile, editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 106 y ss., y **López Mesa, Marcelo J. y Carlos Rogel Vide**, *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid-Montevideo, Reus-IB de F, 2005, p. 110. Se encuentra un artículo en línea, sin fecha, del mismo **Marcelo López Mesa** titulado: De nuevo sobre el principio general de la buena fe y la doctrina de los actos propios, que se puede consultar en: http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/lopez_mesa_actos_propios2.htm

b) Una pretensión contradictoria: Es una nueva actuación, con un contenido jurídico preciso y determinado que importa ejercer una pretensión jurídica por parte del mismo sujeto, que resultaría lícita en otro contexto, pero que en el caso es ilícita e inadmisibles por la contradicción con la primera conducta, llamada vinculante, y afectándose valores o conceptos indeterminados entre los cuales destaca el principio de la buena fe. Por otra parte, la segunda conducta debe dar lugar a una pretensión, la misma que puede ser judicial o extrajudicial.

c) Identidad de sujetos: Debe haber una estricta identidad entre el sujeto agente de la conducta vinculante y el sujeto de la pretensión.

44. Para el caso de autos, se verifica que la accionante, Giovanna Angélica Quiroz Villat, por derecho propio y en representación de sus menores hijos Walker Cuenca Quiroz, Euler Mendoza Quiroz y José Mendoza Quiroz, celebró transacciones extrajudiciales con la demandada Minera Yanacocha S.R.L., con fecha 2 de septiembre de 2000, siendo autorizadas las transacciones referidas a los menores edad por resoluciones judiciales del 6 de febrero y 5 de junio de 2001, luego de lo cual se realiza el último pago que se había acordado, puesto que la cancelación total se condicionó a las citadas aprobaciones judiciales.

En tales actos jurídicos, las partes acordaron que Minera Yanacocha S.R.L. indemnizaba a los afectados por el derrame de mercurio que ocurrió en su localidad, en tanto que la ahora accionante renunciaba a iniciar cualquier proceso judicial o reclamo al respecto, puesto que se daba por indemnizada completamente por los daños irrogados a su persona y a sus menores hijos como producto de la manipulación del mercurio que se derramó del camión de la empresa Ransa S. A.

45. Conforme se observa, las transacciones fueron celebradas entre las partes de común acuerdo; es más, en el caso de los menores se contó con las correspondientes autorizaciones judiciales para dar legalidad a dichos negocios jurídicos, por lo que se entiende que las mismas tienen plena validez y eficacia; ergo, resulta contradictorio que la accionante, pretendiendo desconocer actuaciones anteriores, interponga demanda por indemnización alegando haberse producido un daño mayor al que fue materia de transacción.

Asimismo, los negocios jurídicos transaccionales aludidos no fueron tachados de falsos o nulos por la actora cuando absolvió las excepciones que le opusieron los demandados, hecho del que nos volveremos a ocupar con más detalle considerandos adelante.

46. Sobre esta conducta desplegada por la actora, resulta necesario referirse a lo dispuesto por el Código Civil vigente, en lo que concierne al régimen general de los contratos. Tal es así que, en sus artículos 1361° y 1362° se consagran los principios de obligatoriedad de los contratos y de la buena fe, principio este último que debe existir en sus etapas de negociación, celebración y ejecución de los mismos, por ello establecen que:

“Artículo 1361°. Obligatoriedad de los contratos: Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Artículo 1362°. Buena Fe y común intención: Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”

De la regulación aludida, se demuestra que al ser la Transacción un contrato, resulta por sí mismo obligatorio entre las partes que lo celebraron, porque responde a la voluntad de ellas. Esa obligatoriedad, sin duda, nace de la ley, porque les otorga a los particulares la posibilidad de regular sus propios intereses, dentro de los límites que les señala el ordenamiento jurídico.⁴⁷

Ahora bien, esta afirmación resulta ser una presunción *iuris tantum* puesto que el mismo artículo 1361° admite la posibilidad de probar en contrario, esto es que alguna de las partes llegue a sustentar que lo expresado en el contrato no es fiel reflejo de su real voluntad, extremo este que deber analizado a luz del principio de la Buena Fe, de lo contrario la simple alegación en ese sentido –sobre la discordancia- daría pie a cuestionar la validez de los contratos por la sola decisión unilateral de las partes.

47. Es por ello que el artículo 1362° contempla que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la Buena Fe y común intención de las partes. Ello significa que se entiende que el contrato debe ser celebrado bajo un principio ético, donde los celebrantes confían entre sí, razón por la cual el Derecho ha optado por consagrar la Buena Fe Objetiva.

Respecto a la común intención de las partes el autor nacional Manuel de la Puente decía que:

“Entre los comentaristas de este Código [se refiere al de 1936], el que trata mejor el tema de la común intención es Cornejo, quien dice que “la intención representa la dirección teleológica de la voluntad, es la voluntad dirigida a un fin”, agregando que la intención común “consiste en la unificación del querer de ambas partes en el propósito de crear una obligación jurídica, en lo que los alemanes llaman la ‘voluntad del negocio’, atingente al contenido jurídico del contrato y no a los fines prácticos.”

Resulta así que la “común intención” de que habla el artículo 1362° del Código Civil de 1984 debe ser entendida como la “voluntad común” mencionada en el artículo 1361° del mismo Código, o sea la absoluta coincidencia de las voluntades de las partes en relación al objeto del contrato, que es la creación (regulación, modificación o extinción) de la relación jurídica patrimonial”.⁴⁸

⁴⁷ Cf. De la Puente y Lavalle, Manuel, *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del código civil*, t. I, 2ª reimpresión de la 2ª edición actualizada de la de 2001, Lima, Palestra, 2007, pp. 311-325 y Pérez Gallardo, Leonardo, *Obligatoriedad contractual. Presunción de voluntad común*, en: Código Civil comentado, t. VII, contratos en general, 2ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2007, pp. 90-99.

⁴⁸ Cf. De la Puente y Lavalle, Manuel, ob. cit., p. 349.

48. De ello emerge que, cuando se celebra un contrato, las partes se vinculan a los términos del mismo, puesto que ellos han sido fijados como expresión de la autonomía de la voluntad de estas; en todo caso, si alguna de ellas pretendiera alegar la existencia de algún vicio en su celebración, así lo debe hacer saber, procediendo a tomar las acciones que correspondieren, pero de modo alguno resulta aceptable que de manera unilateral desconozca los efectos del contrato porque así le parece.

En el caso materia de autos, la accionante no solo pretende desconocer de manera unilateral los efectos de las transacciones celebradas con la empresa minera demandada sino que, lo que resulta más grave desde nuestra perspectiva, no hace mención a tales hechos en su demanda, ocultando haber celebrado sendos negocios jurídicos transaccionales con la empresa minera, tanto más si luego de deducidas las excepciones de conclusión del proceso por transacción no formuló tachas contra los citados acuerdos transaccionales, lo cual demuestra que no estaba actuando coherentemente con relación a su conducta anterior de poner fin a un asunto controvertido como fue la reparación de los daños causados por el derrame de mercurio.

49. Esta conducta contradictoria no solo se evidencia con lo antes anotado sino también que al absolver las excepciones, únicamente alegó la supuesta nulidad de pleno derecho de las transacciones, con relación a la defensa formal propuesta por la empresa minera [escrito de absolución de fecha 17 de septiembre de 2002, obrante a fojas 261 del tomo I], argumento que no volvió a esgrimir ante idéntica excepción propuesta por el codeemandado Arturo Blanco Bar [escrito del 07 de octubre de 2003, corriente a fojas 1225 del tomo III], donde se limitó a decir que las transacciones extrajudiciales, al no haber sido homologadas por el juez ni tampoco habían puesto fin a un proceso anterior, no se ajustaban a lo regulado por el artículo 453°, inciso 4, del Código Procesal Civil, por ende no se podían alegar como excepciones procesales.

Tal falta de coherencia en los argumentos contenidos en el escrito de la demanda y en el de defensa de la accionante nos llevan a colegir que la misma ha tenido una conducta contradictoria frente a su contraparte, la empresa minera demandada, por lo que consideramos que se da la regla del *venire contra factum*, al pretender desconocer injustificadamente un acto anterior válidamente realizado, puesto que no se verifica que haya interpuesto demanda poniendo en cuestión la validez de dichas transacciones [como proceso autónomo o como pretensión acumulativa]; conducta que no puede pasar desapercibida.

50. Lo argumentado en la demanda, no puede servir de motivo para desconocer los alcances y efectos de una transacción celebrada voluntariamente por la accionante. En todo caso, si es que consideró que tanto la transacción celebrada por derecho propio como la referida a sus menores hijos adolecían de algún vicio de invalidez, debió optar primero, o acumulativamente si fuere el caso, por solicitar la nulidad de las mismas, pero de modo alguno puede actuar de manera contraria a una conducta anterior como fue la de renunciar a iniciar cualquier proceso judicial sobre el asunto materia de indemnización; en consecuencia, en este caso concreto se evidencia una clara actuación contra-

dictoria en el comportamiento de la accionante, hecho que también debe ser tomado en cuenta para realizar un análisis en conjunto del caso materia de resolución en este Pleno Casatorio.⁴⁹

F. TRANSACCIÓN Y LESIÓN

51. La demandante, al momento de absolver el traslado de las excepciones deducidas por la minera demandada (fojas 261 del tomo I), indica que las transacciones extrajudiciales resultan lesivas [haciendo lo mismo en su recurso de apelación donde consigna que la empresa minera se aprovechó de la “necesidad apremiante de los afectados”], no exponiendo mayores argumentos al respecto.

52. El artículo 1447° del Código Civil señala que: “La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.”; en tanto que en el artículo 1455° es taxativo al prescribir que no procede la acción de rescisión por lesión en la transacción ni en las ventas hechas por remate público.

53. La Comisión Revisora del Código Civil de 1936 que dio a luz el vigente de 1984, decía que:

“El propósito del legislador de robustecer la transacción se manifiesta principalmente en los siguientes aspectos: (...) En caso que hubiera desproporción entre las concesiones recíprocas que se hicieran las partes, no se permite la lesión en la transacción, en razón que el artículo 1302 del Código Civil no exige que las mutuas concesiones sean equivalentes. El legislador confiere un tratamiento excepcional a la transacción. Quiere impedir que lo que se persigue con la transacción (que es evitar que un juicio se promueva o continúe) se pierda por la vía de la lesión, que importa reabrir un debate judicial sobre la cuantía de las concesiones mutuas que se hicieran las partes para arribar a la transacción”.⁵⁰

54. Al respecto Max Arias-Schreiber, comentando dicha norma legal, indicaba que la razón por la cual no cabe la lesión en la transacción estriba en que las partes se hacen

⁴⁹ Hay posiciones en contrario que consideran que cuando las partes quedan ligadas o vinculadas por su propio negocio jurídico no hay lugar a aplicar la doctrina de los actos propios, sino la doctrina general de los efectos del negocio jurídico.

Se discrepa de tal parecer, dado que para el caso de autos no podría exigírsele a la parte emplazada a que plantee una demanda pidiendo que la ahora accionante se abstenga de incumplir el contrato, no solo sería un contrasentido sino acrecentar aún más el conflicto jurídico, dado que no se estaría resolviendo la cuestión principal del debate referido a la viabilidad de deducir la transacción extrajudicial como excepción procesal así como, este órgano jurisdiccional se estaría sustrayendo en su función de evaluar la conducta de la actora a la luz del principio de la Buena Fe y su comportamiento contrario a los acuerdos que aceptó asumir con la transacción.

Sobre los pareceres distintos a los que se hace alusión Vid.: **Díez-Picazo**, Ob. cit., p. 161 y **Borda, Alejandro**, Ob. cit., pp. 114-115.

⁵⁰ Cf. Exposición de motivos oficiales..., cit., p. 8.

concesiones recíprocas y la operación tiene valor de cosa juzgada en mérito a lo dispuesto por el artículo 1302° del dgo Civil⁵¹.

Posición algo distinta expresa Manuel de la Puente quien, justamente aludiendo al anterior autor, dice que no comparte tales "...argumentos por cuanto, si bien son válidos si se toma en consideración exclusivamente el elemento objetivo de la lesión, o sea la desproporción entre las prestaciones, carecen de justificación cuando se tiene en cuenta los elementos subjetivos, que son el aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro." Seguidamente añade:

"En efecto, siendo la transacción un contrato, es dable que las condiciones de la transacción sean impuestas por una de las partes abusando del estado de necesidad en que se encuentra la otra, que lleva a ésta a aceptar tales condiciones por ser la única manera cómo puede satisfacer su necesidad. No creo que deba ampararse una transacción celebrada en estas condiciones. Convengo, sin embargo, en la razón dada por Arias Schreiber de que el artículo 1302 del Código civil establece que la transacción tiene el valor de cosa juzgada, por lo cual no se podría interponer una acción judicial para rescindirla".⁵²

55. Nuestra legislación nacional proscribiera expresamente la posibilidad de cuestionar la transacción alegando que ha existido lesión al momento de su celebración. Es más, la parte accionante solo hace mención, de manera tangencial, en su escrito de absolución de la excepción propuesta por Yanacocha⁵³, que la transacción extrajudicial "resulta lesiva", pero no menciona si es que intentó ejercer alguna acción en ese sentido ni tampoco alegó la nulidad negocial en este proceso como parte de sus pretensiones acumuladas, por lo que queda claro que este instituto jurídico bajo análisis queda descartado como argumento para cuestionar la validez de la transacción celebrada entre las partes.

⁵¹ Cf. **Arias Schreiber Pezet, Max et alii**, *Exégesis del código civil peruano de 1984. Colección completa*, t. I, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 226.

⁵² Cf. **De la Puente y Lavalle, Manuel**, ob. cit., t. III, pp. 108-109. Comparte la misma posición Luis Moisset de Espanés, acotando que no encuentra razón para no dar lugar a la rescisión de la transacción por lesión, pero de cualquier modo como el texto del artículo 1455° del Código Civil es claro, se cierra la puerta a la posibilidad de intentar la acción de lesión en las transacciones.

Cf. **Moisset de Espanés, Luis**, en: *Código Civil comentado, t. VII, contratos en general*, 2ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2007, p. 517.

Opinan por que sí procedería la rescisión por lesión **Mario Castillo y Felipe Osterling**, *Tratado de las obligaciones...*, p. 506.

Sobre posiciones encontradas devienen en interesantes sobre dar cabida o no a la lesión en la transacción, los artículos de: **Moisset de Espanés, Luis**, "La lesión subjetiva y sus elementos", nota a fallo en: La Ley 1984-B, p. 308; **Xanthos**, "Nulidad de una transacción que versó sobre el monto del resarcimiento, por configurar lesión subjetiva", nota a fallo en: La Ley 1998-E, pp. 292-294, y **Compagnucci de Caso, Rubén**, "Transacción y lesión subjetiva", en: La Ley, año LXXI, N° 239, 12 de diciembre de 2007, pp. 1-4.

⁵³ De la revisión de los actuados se tiene que la accionante solamente absolvió las excepciones deducidas por los demandados Yanacocha S. R. L. (fojas 261-264 del tomo I) y Arturo Blanco Bar (fs. 1225 a 1228 del tomo III), mas no se advierte que lo haya hecho respecto a las deducidas por la otra demandada Ransa S. A.

De otra parte, se verifica que tanto la demandante como su cónyuge, tienen la condición de profesores, ergo, al no estar incapacitados cultural o legalmente, no se halla elemento impediendo alguno para no hayan podido apreciar los hechos con claridad. Y no es que se les esté exigiendo, en este caso, el haber tenido o desplegado una capacidad de análisis de juristas o peritos, sino tan solo nos remitimos al sentido común que todo profesional tiene y que le permite formarse un juicio sobre la realidad que lo rodea y de ese modo saber qué actos le son más o menos ventajosos a sus intereses personales.⁵⁴

Otro hecho que se corrobora es que la actora recibió el último pago indemnizatorio acordado en las transacciones después de expedidas las resoluciones judiciales que las aprobaban, tal como se puede observar de las documentales aparejadas en autos, conducta que denota que para ella, en ese momento, las citadas transacciones no carecían de validez, por el contrario estuvo de acuerdo con los términos pactados en ellas.

G. PRONUNCIAMIENTO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

56. Dada la trascendencia del hecho que da origen a esta y otras demandas similares que se encuentran en curso, la Defensoría del Pueblo se pronunció con relación al derrame de mercurio que afectó a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan en la provincia de Cajamarca, emitiendo el Informe Defensorial N° 62, de diciembre de 2001.

En el citado Informe se hizo un pormenorizado análisis de lo acontecido, precisando en sus conclusiones, entre otros puntos, que a la Minera Yanacocha se la había sancionado administrativamente, no habiendo impugnado dicha sanción (conclusión número 22). También cuestionó la actividad procesal de la magistrada provisional encargada del Juzgado Mixto de Santa Apolonia, Olga Castañeda Ayulo, así como del Fiscal Ad Hoc, Miguel Villalobos, nombrado para el caso.

Se procesó penalmente al chofer del camión, Esteban Arturo Blanco Bar por el delito contra la vida el cuerpo y la salud, como único responsable, y contra los directivos de Yanacocha y de Ransa por el delito contra la seguridad pública y delito de peligro común, en sus figuras de formas culposas en agravio de la sociedad, reservándose el Fiscal el derecho de denunciarlos por delito ecológico. No habiéndose constituido en parte civil ninguno de los agraviados.

Finalmente, solo se sentenció al chofer del camión a dos años pena privativa de la libertad con ejecución suspendida, no habiendo sido apelada la sentencia.

Sobre este particular, la defensoría del Pueblo en sus conclusiones y recomendaciones (números 23 y 11, respectivamente) solicitó se investigue la actitud tanto de la magistra-

⁵⁴ Estos datos, concernientes a la formación profesional de la accionante y su cónyuge, emergen de los que se consignan en la resolución de autorización judicial para celebrar transacción dictada por el Tercer Juzgado de Familia de Cajamarca, obrante en copia de fojas 234 a 236 del tomo I de los cuadernos que forman este proceso.

da como del fiscal por no haber procesado debidamente la cuestión del delito ecológico, por lo que recomendó que los órganos de control del Ministerio Público y del Poder Judicial procedan de acuerdo a sus atribuciones.

57. Finalmente, en lo atinente a las transacciones extrajudiciales (conclusión número 26), opina que las mismas “...*vulneran los derechos al debido proceso y a una tutela jurisdiccional efectiva de los afectados, derechos de la persona humana reconocidos constitucionalmente, inherentes a la misma e irrenunciables.*”.

Según la Defensoría del Pueblo (p. 75 del Informe), tales transacciones sería nulas de pleno derecho ya que se estaría transigiendo sobre el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Opinión que no es compartida por este Pleno Casatorio por las razones ya expuestas.

58. La Defensoría del Pueblo no se pronunció en sus conclusiones ni en sus recomendaciones sobre la viabilidad o no de demandar indemnización por daño ecológico a los responsables del hecho denunciado, esto a efectos de dar lugar a que se reparen esos perjuicios ocasionados con el derrame de mercurio. En suma, no instó a ninguna de las entidades o instituciones señaladas en el artículo 82° del Código Procesal Civil para que inicien las acciones que el caso ameritaba.

H. SOBRE LOS INTERESES DIFUSOS Y SU DEFENSA

59. En primer lugar es necesario tener en cuenta que a la fecha en que se suscitaron los hechos (02 de junio de 2000) y de la admisión de la presente demanda (presentada el 27 de mayo de 2002 y admitida del 04 de junio de 2002, como se verifica de fojas 1101 a 1120 del tomo III) aún estaba vigente el texto original del artículo 82° del Código Procesal Civil el mismo que era el siguiente:

“Artículo 82°. Patrocinio de intereses difusos:

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del Juez, ésta última por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el diario oficial “El Peruano” y en otro de mayor circulación del distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

La sentencia, de no ser recurrida, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.”

Posteriormente, mediante Ley N° 27752, del 08 de junio de 2002, se modifica el texto de dicho artículo en los siguientes términos:

“Artículo 82. Patrocinio de intereses difusos:

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93 a 95.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción.”

60. Tal modificación versó sobre quiénes tienen legitimación para obrar en la defensa de tales intereses, dándose el caso que a la fecha de la interposición de la demanda, la norma procesal le otorgaba tales facultades al Ministerio Público y a las asociaciones o

instituciones sin fines de lucro; en tanto que la norma modificada amplía el espectro de instituciones legitimadas para tal fin. El caso es que ni en el texto anterior ni en el actual se contempla la posibilidad de que la acción pueda ser ejercida por una persona natural sino tan solo por entes que cuenten con personería jurídica.

61. Al respecto, Juan Montero Aroca nos dice que frente a los intereses colectivos, los intereses difusos se caracterizan porque corresponden a una serie de personas que están absolutamente indeterminadas, no existiendo entre ellas vínculo jurídico alguno, de modo que la afectación de todas ellas deriva solo de razones de hecho contingentes, como ser consumidores de un producto, vivir en una misma ciudad o ser destinatarios de una misma campaña publicitaria. Acotando que por ello se está, sin duda, ante un caso de legitimación extraordinaria. La asociación representativa no es, desde luego, titular del interés difuso, pero tiene por ley la legitimación para defenderlo en juicio⁵⁵.

62. En sede nacional Giovanni Priori comenta que en el caso de los intereses difusos nos encontramos frente a un problema de acceso a la jurisdicción; por ello, en la medida que es imposible o sumamente difícil precisar la titularidad del derecho –y por ende la legitimación para obrar activa- la ley habilita a determinadas personas o instituciones para que actuando en nombre propio inicien los procesos tendientes a la tutela de estos derechos que, en principio, no les corresponden, debido a que la titularidad se encuentra atribuida a un conjunto indeterminado de personas y no a éstas individualmente consideradas. En ese sentido, esta habilitación legal tiene por finalidad superar el problema que el carácter difuso de la titularidad trae a la determinación de quién se encuentra habilitado para iniciar válidamente un proceso, problema que no se supera otorgando representación, ya que en este caso la dispersión de la legitimación se mantiene.⁵⁶

63. Por tanto, en lo que concierne a la denuncia referida al amparo de la Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar de la demandante respecto al daño ambiental, no vislumbramos, en primer lugar, contradicción alguna en las decisiones de ambas Salas Civiles, puesto que concuerdan, como lo hace este Pleno, que la legitimación únicamente les corresponde de manera exclusiva y excluyente a las entidades que se mencionan en el artículo 82° del Código Procesal Civil; por ende no puede ser ejercida por una persona natural, salvo que represente a una de las entidades señaladas en el mencionado artículo, tanto en su versión original como en su versión modificada.

64. En cuanto a la alusión que hace la accionante respecto a la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0221-1997- AA/TC, donde se hace mención que la legitimación en la defensa de los intereses difusos alcanza también a las personas naturales, cabe precisarse que tanto el artículo 26° de la Ley N° 23506, como

⁵⁵ Cf. **Montero Aroca, Juan**, *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 413 y 432.

⁵⁶ Cf. **Priori Posada, Giovanni**, *La tutela jurisdiccional de los procesos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional*, en: Apuntes de derecho procesal (Giovanni Priori Posada y Reynaldo Bustamante Alarcón), Lima, Ara editores, 1997, p. 38.

el artículo 40° del Código Procesal Constitucional vigente le otorgan legitimación a cualquier persona para interponer demanda de Amparo, lo cual debe entenderse que es para efectos de solicitar esa garantía constitucional en defensa de los intereses difusos, pero ello no nos puede llevar a colegir que así como en el Amparo también en la vía ordinaria la legitimación es irrestricta para la defensa de los intereses difusos; por lo que se debe diferenciar el ejercicio de una acción de Amparo frente a una acción ordinaria, puesto que en uno y otro caso se persiguen fines totalmente diferentes; en consecuencia, lo alegado por la recurrente carece de sustento jurídico, siendo correcta la decisión de la Sala Civil de Cajamarca al confirmar el auto apelado que declara fundada la excepción propuesta sobre esta materia de legitimación activa en la defensa de intereses difusos.

I. SOBRE LA INAPLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO MATERIAL

i.1. Validez de las transacciones:

i.1.1. Sobre el daño a la salud

65. De la demanda que en copia corre de fojas 1101 a 1118 del tomo II de la presente causa, se advierte que en ninguna parte del citado documento se hace mención a la celebración de transacciones extrajudiciales entre la accionante (así como sus menores hijos) con la empresa demandada, tampoco se hace alusión a invalidez alguna de dichos negocios jurídicos que pueda sustentar la interposición de la demanda.

66. De ello emergen dos hechos evidentes, el primero referido a que la actora *exprofesamente* guardó silencio respecto a la celebración de las transacciones extrajudiciales; el segundo relacionado con que no ha cuestionado la validez de las mismas para poder incoar la demanda de indemnización; es más, tampoco es sustento de la demanda el mayor valor de los montos indemnizatorios que los fijados en las respectivas transacciones extrajudiciales.

67. Al momento de absolver las excepciones deducidas por la empresa minera demandada (ver fojas 261 a 264 del tomo I), recién la accionante procede a cuestionar la validez de dichas transacciones; en primer lugar señala que las mismas no son oponibles por no ajustarse a los supuestos previstos por el Código Procesal Civil, al no haber dado fin a un proceso judicial anterior y tampoco han sido homologadas por ningún juez; además que serían nulas de pleno derecho al haberse transigido sobre derechos extrapatrimoniales y, finalmente, en el fondo éstas resultan lesivas si es que se tiene en cuenta la enorme diferencia entre las partes y el grado apremiante de necesidad en que se encontraban los afectados. No obstante, la demandante no presentó cuestiones probatorias contra las transacciones ofrecidas por la empresa excepcionante como sustento de su defensa de forma⁵⁷.

⁵⁷ El artículo 300° del Código Procesal Civil, prescribe que se pueden presentar tachas contra testigos y documentos, en tanto que el artículo 243° del mismo Código regula que si un documento es nulo carecerá de eficacia, cuya declaración podrá ser de oficio o como resultado de una tacha fundada.

En este caso las instancias de mérito que tuvieron competencia para fijar los hechos no consideraron que debían de enjuiciar oficiosamente la invalidez o ineficacia de dichos contratos transaccionales, con lo cual se colige que los reputaron plenamente válidos y eficaces.

68. Respecto a la oponibilidad de la transacción extrajudicial como defensa de forma (esto es como Excepción procesal), los fundamentos de su procedencia corren en los considerandos precedentes.

Lo mismo ocurre en lo atinente a lo alegado a la supuesta lesividad de la transacción celebrada, supuesto que también ya ha merecido pronunciamiento en los considerandos pertinentes.

Corresponde analizar si es que las transacciones celebradas son inválidas por haber versado supuestamente sobre derechos extrapatrimoniales. Del mismo modo, se estudiará el extremo concerniente a las autorizaciones judiciales y su temporalidad con relación a la celebración de las transacciones extrajudiciales de los menores de edad.

69. El cuestionamiento que se hace de tales negocios jurídicos es que se ha transado sobre derechos extrapatrimoniales como, por ejemplo, el derecho a la salud.

De acuerdo a lo dispuesto por el Código Civil vigente, lo que en realidad se transó en el caso *sub judice*, no es sobre la salud sino sobre los daños que se ocasionaron a la salud como consecuencia de la exposición y manipulación del mercurio que sufrieron la accionante y sus menores hijos, al igual como ocurrió con otros pobladores del lugar.

70. Los daños extracontractuales pueden ser de orden patrimonial o extrapatrimonial, por ello se habla, respecto a los primeros, del daño emergente y del lucro cesante, en tanto que con relación al daño extrapatrimonial nos estamos refiriendo a los daños a la persona y el daño moral. Inclusive, de acuerdo al artículo 1306° del Código Civil, se puede transar sobre responsabilidad civil proveniente de delito, es decir, se puede pactar sobre la reparación de un daño causado por un hecho doloso; ergo, con mayor razón se puede transar sobre daños provenientes de actos culposos.

De la prescrito por el artículo 1985° de nuestro Código Civil, se colige que estos dos tipos de daños, patrimoniales y extrapatrimoniales, se pueden reparar patrimonialmente, es decir son indemnizables ya sea con una suma de dinero o con cualquier otra obligación que conlleve a resarcir el daño causado, de otro modo no habría manera de indemnizar.

En suma, cuando se menciona que se indemniza un daño, lo que se está haciendo es patrimonializar el mismo, sean de naturaleza personal, material o moral.

71. A lo que se refiere el artículo 1305° del Código Civil, al indicar que no se puede transar sobre derechos extrapatrimoniales, es a todos aquellos derechos que no pueden ser apreciados o valorizados en dinero, por ello se dice que no se puede transar sobre derechos familiares, esto es, por ejemplo, nadie puede ser hijo o pariente de otro por transacción, tampoco se puede instituir heredero forzoso vía transacción, así como no se puede convalidar un matrimonio nulo por transacción, o tampoco se puede transar con alguien para que se deje inocular el virus del VIH.

En este último ejemplo sí se estaría atentando contra la salud, la misma que es entendida como una condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo, siendo su protección de interés público, razón por la cual toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley, siendo irrenunciable el derecho a su protección, conforme lo expresan los artículos I a II del Título Preliminar de la Ley General de Salud, Ley N° 26842.

72. En el caso de autos no se ha transado sobre la salud en sí misma, porque las partes no han acordado que la una tenga el derecho de dañar a la otra, sino que se ha acordado en reparar ese daño causado a través de un monto dinerario, tal cual ocurre cuando, por ejemplo, a raíz de un accidente de tránsito, la parte culpable indemniza a la parte afectada o a sus herederos y no es que estén autorizándola a hierirla o matarla, sino que se está tratando de reparar las consecuencias de ese daño causado. De lo expuesto, queda descartada toda vulneración a los artículos 5° y 1305° del Código Civil, por ende las transacciones celebradas tienen plena validez.

73. Estando a las consideraciones precedentes, con las cuales se han desestimado las denuncias de infracciones de orden procesal, puesto que se ha concluido que sí resulta procedente la interposición de la Excepción por Transacción Extrajudicial, dichos argumentos se hacen extensivos al presente análisis, toda vez que en las transacciones celebradas entre las partes no se advierte que la accionante o sus menores hijos hayan renunciado a alguno de sus derechos fundamentales referidos a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana.

74. En efecto, si bien es cierto que con el derrame de mercurio se creó una situación de riesgo para los lugareños, quienes se expusieron a daños físicos al manipular el metal, no es menos cierto que para efectos indemnizatorios, ese daño debe ser cuantificable, de lo contrario no habría manera de poder resarcirse el mismo.

75. En su escrito que contiene el recurso de Casación, admite la actora que los derechos “personalísimos y extrapatrimoniales” sí pueden ser cuantificados patrimonialmente y por ende materia de transacción, como en efecto ocurrió así y se consignó en las respectivas transacciones que se estaba indemnizando por el daño causado, el cual comprendía el daño emergente, lucro cesante, daño físico o moral y cualquier otro daño sufrido. En consecuencia, no se puede argüir que se han afectado los derechos señalados por el artículo 5° del Código Civil o que se ha infringido lo dispuesto por el artículo 1305° del mismo cuerpo legal.

76. Los jueces que autorizaron la celebración de las transacciones a favor de los hijos menores de edad de la accionante, tuvieron a la vista las documentales que las contenían, así como sus respectivas addenda, conforme se verifica de las pruebas anejadas en autos; resoluciones judiciales que no pueden cuestionarse en este estado procesal.

77. Concluyendo, no se debe confundir el derecho afectado, que puede ser de orden patrimonial o extrapatrimonial, con el resultado indemnizatorio del mismo; al final de

cuentas todos los derechos, cuando se trata de indemnizarlos, deben ser cuantificados patrimonialmente; en consecuencia no se advierte que se haya inaplicado, al caso *sub judice*, ni el artículo 5° ni el artículo 1305° del Código Civil, por lo que esta denuncia también deviene en infundada.

i.1.2. De la transacción sobre derechos de menores de edad

78. Finalmente, corresponde analizar sobre la validez de las transacciones celebradas por la accionante en nombre de sus menores hijos, esto es si las autorizaciones judiciales realmente tuvieron efectos autoritativos para que las transacciones sean válidas.

Se ha constatado que la señora Giovanna Quiroz Villaty nunca cuestionó, en su demanda de indemnización, la validez y eficacia de las transacciones celebradas a favor de sus menores hijos antes de contar con la autorización judicial, así como tampoco lo ha hecho cuando absolvió las excepciones propuestas y menos en el recurso de casación interpuesto, salvo en el recurso de apelación que interpusiera contra la resolución de primera instancia que amparó la excepción de conclusión del proceso por transacción referente a los menores de edad.

79. En la citada apelación se dice que no se ha contado con autorización judicial previa para celebrar las transacciones a favor de sus menores hijos de acuerdo a lo normado por el artículo 448, inciso 3, del Código Civil y por lo tanto dichos actos jurídicos no tienen “...validez, son nulos, inexistentes y por ende no surten efectos...” (el citado recurso de apelación corre de fojas 1244 a 1254 del tomo III).

80. En realidad es el artículo anterior, 447° del Código Civil, el que prescribe que para enajenar, gravar o contraer obligaciones a nombre de los hijos por sus padres se requiere de previa autorización judicial; seguidamente el artículo 448° mencionado, prevé una serie de supuestos que también requieren de autorización judicial, porque son actos jurídicos o procesales que van a repercutir en la esfera jurídica del menor de edad. No obstante ello, el artículo 1307° del mismo cuerpo civil señala que:

“Artículo 1307°. Transacción del ausente o incapaz: Los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir *con aprobación del juez*, quien para este efecto oirá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente.” (El subrayado y cursiva son nuestras)

Conforme a lo prescrito por dichos dispositivos legales, en uno y otro caso se usan términos diferentes, si bien en el artículo 447° se dice que se requiere contar con **previa autorización judicial**, por su parte el artículo

1307° preceptúa que se debe contar con **la aprobación del juez**, no indicando si esta debe ser anterior o posterior a la celebración transacción. Es más, el artículo 447° no sanciona con nulidad cuando se ha realizado alguno de los actos jurídicos que señala sin contar con la autorización previa, por tanto bien se puede tener dicha autorización posteriormente.

Caso distinto es el de la transacción, donde no se menciona que la aprobación del juez debe ser necesariamente anterior a su celebración, con lo cual se concluye que ella puede ser posterior a su realización. El hecho concreto es que debe de contarse con tal aprobación, como en efecto aconteció en el caso de autos.

81. Para concluir, es menester tener en cuenta que los jueces de familia que otorgaron las respectivas aprobaciones para la celebración de las transacciones judiciales, respecto a los hijos menores de edad de la demandante, tuvieron a la vista los documentos pertinentes, incluyendo las addenda, por lo que al verificar la legalidad de las mismas procedieron a su aprobación, de lo contrario no hubieran dictado las respectivas resoluciones en sentido positivo.

VI. EFECTOS DE LA SENTENCIA

82. Resta hacer una precisión final, y es respecto a los efectos de la presente decisión.

Como la misma no tiene efectos *ex tunc*, sino por el contrario tiene efectos *ex nunc*, los procesos resueltos con anterioridad a esta decisión bajo criterios diferentes mantienen plena vigencia al estar protegidas dentro del marco de la autoridad de la Cosa Juzgada, en tanto que el caso presente así como los demás que están pendientes de resolverse por ambas Salas Supremas Civiles, donde se esté discutiendo iguales hechos e iguales razones, deberán ajustarse al precedente vinculante trazado en la presente sentencia, en mérito a lo dispuesto por el artículo 400° del Código Procesal Civil.

En la Razón emitida por la señora Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República, se hace alusión que se han remitido juntamente con este proceso las casaciones N° 1463-2007, seguido por Bartolomé Pérez Lozano y otros contra la Minera Yanacocha S. R. L, Ransa Comercial S. A. y Arturo Blanco Bar; N° 1811-2007, seguido por José Azañero Chuquiruna y otros contra los mismos demandados, y N°

1813-2007, seguido por Margarita Cabanillas Miranda y otros, también contra las mismas partes, expedientes que deben devolverse a su Sala de origen para que procedan de acuerdo al precedente fijado en este Pleno Casatorio.

VII. CONSTITUCIONALIDAD DEL PLENO CASATORIO

1. La Constitución Política del Estado, dispone en su artículo 141° que: “Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley...”.

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) señala en su artículo 26°, inciso 1, que son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, entre otros: La Corte Suprema de Justicia de la República; acotando en su artículo 30° que el trabajo jurisdiccional de la Corte Suprema se distribuye en Salas Especializadas Permanentes y Transitorias; en tanto que en el artículo 32° indica que la Corte Suprema conoce de los procesos en vía de casación con arreglo a lo establecido en la ley procesal respectiva.

2. De igual manera, la Vigésima Tercera Disposición Final y Transitoria de la misma Ley Orgánica, precisa que las disposiciones de carácter procesal contenidas en esta Ley son de aplicación supletoria a las normas procesales específicas, dispositivo que debe ser concordado con la Décima Disposición Final del Código Procesal Civil, la cual prescribe que: “De conformidad con la Vigésimo Quinta Disposición Final de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Legislativo 767), las normas del Código Procesal Civil se aplican preferentemente respecto de las de aquélla.”

La 25ª Disposición Final a que se hace referencia es al orden original que tenía el D. Leg. 767, que luego pasó a ser la 23ª Disposición Final y Transitoria del TUO de la LOPJ, aprobado por D. S. N° 017-93-JUS del 28 de mayo de 1993.

3. Es más el artículo 51° de la Constitución Política dice que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.”

Por lo tanto, en primer lugar, nuestro ordenamiento constitucional no sostiene que una Ley Orgánica tenga mayor jerarquía que una ley ordinaria; en segundo lugar, aún siendo así, no existe prohibición alguna para que una Ley Orgánica precise que la competencia para resolver los recursos de casación no puedan ser regulados por una ley ordinaria de orden procesal como es el Código Procesal Civil aprobado por Decreto Legislativo (esto es por delegación de funciones del Poder Legislativo al Ejecutivo); tanto más si el mismo artículo 32° de la LOPJ es meridianamente claro al precisar que los procesos que se encuentren en vía de casación se resuelven de acuerdo a la norma procesal respectiva, y esa norma no es otra que el artículo 400° del Código Procesal Civil.

4. En consecuencia, no existe vulneración constitucional alguna, tampoco conflicto normativo por jerarquía de leyes y menos avocación indebida de esta Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, al no existir desviación de la jurisdicción predeterminada por ley, puesto que antes de que se iniciaran este y los otros procesos judiciales, ya existían las normas legales citadas, cuya constitucionalidad ha sido referida líneas arriba.

5. Finalmente, este Pleno Casatorio considera que el recurso de Casación no está solamente al servicio del *ius litigatoris*, puesto que la Casación deviene en un particular juicio de legitimidad, donde el acento debe ponerse en la existencia de una violación o aplicación incorrecta de la norma jurídica y por tal razón, más que centrarse en la motivación misma de la resolución de origen y el razonamiento que lleva a ella, debe hacerlo en el alcance que se da en dicha resolución a la norma legal que se ha aplicado al supuesto fáctico de origen. En consecuencia, la sentencia de casación debe tratar de la justicia o legalidad de la solución del caso, pero no debe prescindir de su tarea mediata uniformadora de la jurisprudencia, pues solo así el tribunal de casación podrá cumplir la función que le es propia como órgano supremo de justicia, con lo cual estará favoreciendo la seguridad jurídica.

6. Al establecerse precedentes vinculantes por medio de esta sentenciacasatoria, no se está, en modo alguno, vulnerado la independencia judicial, puesto que el precedente es, en esencia, el que realiza los valores de igualdad, de coherencia y de continuidad del ordenamiento, permitiendo la inserción de las decisiones individuales en contextos más amplios.

Como bien se sostiene, la casación constituye, en definitiva, un límite fáctico de la libertad del juez en tanto y en cuanto atribuye un significado general a una norma aplicable para casos futuros similares. Significado que es necesario para proporcionar la certeza, previsibilidad e igualdad en la aplicación del Derecho que reclama todo Estado de Derecho⁵⁸. Por lo tanto, se está ante un límite legítimo del principio de independencia judicial que, de otro modo, permitiría interpretaciones diferentes de las normas por parte de los diversos órganos jurisdiccionales, no obstante la existencia de igualdad o similitud de los supuestos de hecho tenidos en cuenta en procesos judiciales semejantes.

Siendo así, no se está infringiendo lo dispuesto por el artículo 16° de nuestra LOPJ, porque el valor normativo de la jurisprudencia no es más que el presupuesto que da sentido a la casación misma y no el contenido de una actividad extrajudicial del Tribunal Supremo⁵⁹.

7. Del mismo modo, por medio del precedente se realiza la armonización entre las exigencias de la flexibilidad del Derecho y de apertura y adaptabilidad al cambio, que caracterizan la dinámica de los sistemas jurídicos actuales⁶⁰, de lo contrario, bajo el supuesto respeto a la independencia del juez, sería imposible que se sienten criterios rectores para la solución uniforme de casos idénticos o similares, conllevando a que se emitan decisiones contradictorias en perjuicio de los litigantes y dejando de lado la predictibilidad que se espera en las decisiones de los jueces, evidenciando con ello una clara afectación a sus deberes de velar por la seguridad jurídica y el respeto al principio de igualdad, que como integrantes de un Poder del Estado de Derecho están obligados a respetar.

VIII. CONCLUSIONES

Estando a las consideraciones expuestas, estimamos que el recurso de casación es infundado al haberse dictado el auto de vista de acuerdo a Derecho, por lo que:

1. No hay contravención a las normas que garantizan el debido proceso conforme ha alegado la recurrente, consiguientemente, la resolución impugnada se ajusta a

⁵⁸ Un Estado de Derecho, es aquel en el que los ciudadanos pueden calcular anticipadamente qué ocurrirá en el futuro en un sentido específico, es decir, cómo se comportarán otro individuos y cómo lo hará también el Estado mismo, sobre todo como garante de la eficacia del Derecho.

Cf. **Bacigalupo Zapater, Enrique**, "Jurisprudencia y seguridad jurídica" en: Estudios de Derecho Judicial, N° 31, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 129-130.

⁵⁹ Cf. **Martínez Alarcón, María Luz**, *La independencia judicial*, Madrid, CEPC, 2004, pp.194-195.

⁶⁰ Cf. **Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel**, Ob. cit., pp. 176-177, también: **Taruffo, Michele**, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, trad. de Beatriz Quintero, Temis, Bogotá, 2006, p. 192.

Derecho, dado que al ampararse las excepciones de conclusión del proceso por transacción, propuestas por los demandados, no se ha hecho otra cosa que reconocer los plenos efectos de actos jurídicos que pusieron fin a las discrepancias que se suscitaron entre las partes como consecuencia de los daños causados por el derrame de mercurio, las que se finiquitaron celebrando transacciones extrajudiciales.

2. No ha existido inaplicación de los artículos 5° y 1305° del Código Civil, puesto que bajo esta última argumentación, a juicio de este Pleno Casatorio, sería imposible que se indemnice un daño causado, pues para que pueda repararse cualquier perjuicio es menester que se patrimonialice el mismo, conforme se ha demostrado en los considerandos correspondientes. Asimismo, no pueden alegarse supuestas nulidades o ineficacias de actos jurídicos sin haberse solicitado su declaración expresa, previa o concurrentemente a la pretensión indemnizatoria, así como tampoco se formularon cuestiones probatorias en ningún estado del presente proceso contra las citadas transacciones, lo que abona a favor de su legalidad.

3. Respecto a la legitimación para obrar activa por daño ambiental, esto es en la protección de intereses difusos, no ha existido mayor discrepancia entre la dos salas supremas civiles, habida cuenta que ambas han venido resolviendo concordadamente en el sentido que las personas naturales no están legitimadas por ley para solicitar pretensiones indemnizatorias sino tan solo aquellas instituciones señaladas en el artículo 82° del Código Procesal Civil.

4. Como se indicará en la parte resolutive, este Pleno Casatorio ha adoptado decisión por unanimidad respecto a la legitimación activa para promover procesos judiciales de acuerdo a lo normado por el artículo 82° del Código Procesal Civil, en tanto que por mayoría ha decidido que resulta procedente deducir la transacción extrajudicial como excepción procesal, siendo de aplicación, por interpretación sistemática, los artículos 446°, inciso 10°, y 453°, inciso 4, del mismo cuerpo legal.

X. FALLO

Por tales razones, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400° del Código Procesal Civil, por mayoría:

a) Declara **INFUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz y Walker Steve Cuenca Quiroz, en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista, su fecha 27 de diciembre de 2006, expedida por la Sala Civil de Cajamarca; asimismo,

b) **DECLARA QUE CONSTITUYEN DOCTRINA JURISPRUDENCIAL** los siguientes precedentes vinculantes:

1. La Transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como Excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446°

e inciso 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la Transacción.

Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el Juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley, (**voto en mayoría**).

2. La legitimación para obrar activa, en defensa de los intereses difusos, únicamente puede ser ejercida por las entidades señaladas expresamente en el artículo 82° del Código Procesal Civil, (**voto por unanimidad**).

SE ORDENA la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial “El Peruano”, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicidad. **Interviniendo como Vocal Ponente el señor Vásquez Vejarano.SS.**

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA

WALTER VÁSQUEZ VEJARANO

ANTONIO PAJARES PAREDES

ROGER H. SALAS GAMBOA

MANUEL SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA

HUGO SIVINA HURTADO

JAVIER ROMÁN SANTISTEBAN

ELCIRA VÁSQUEZ CORTEZ

VÍCTOR TICONA POSTIGO

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

JAVIER VILLA STEIN

VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA

DUBERLI RODRÍGUEZ TINEO

JORGE SOLÍS ESPINOZA

JACINTO RODRÍGUEZ MENDOZA

JOSÉ LECAROS CORNEJO

María del Carmen Rita Gallardo Neyra

Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República

La Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República certifica que el voto en minoría de los señores vocales supremos Antonio Pajares Paredes, Hugo Sivina Hurtado, Víctor Ticona Postigo, Jorge Solís Espinoza, José Lecaros Cornejo y Jacinto Rodríguez Mendoza, en cuanto al extremo referido a la improcedencia de proponer la Transacción Extrajudicial como excepción procesal es como sigue:

I. DEL PROCESO

La demanda fue presentada ante el Juez del Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Santa Apolonia, conforme aparece a fojas 190 del cuaderno de excepciones acumulado; fue calificada positivamente y admitida a trámite mediante auto de fecha cuatro de junio del dos mil dos corriente a fojas 207 del mismo cuaderno, en la vía procedimental de conocimiento conforme al Código Procesal Civil vigente (en adelante, cuando no se indique el cuerpo legal al que corresponde se entenderá que la norma corresponde al C.P.C.); los actos postulatorios de las partes están configurados del siguiente modo:

1. Demanda. Según escrito copiado a fojas 190 Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, y Walter Steve Cuenca Quiroz, demanda el pago de una indemnización ascendente a US\$1'800,000.00 por los daños ocasionados por el derrame de mercurio, que incluye el daño a la persona (daño a la salud), daño moral y daño al medio ambiente, para lo cual emplaza a Minera Yanacocha S.R.L. en su calidad de propietaria del mercurio.

Desglosa la pretensión indemnizatoria del siguiente modo: US\$400,000.00 a favor de Giovanna Angélica Quiroz Villaty, US\$500,000.00 a favor de Walter Steve Cuenca Quiroz, US\$500,000.00 a favor de Euler Jonathan Mendoza Quiroz, y US\$400,000.00 a favor de José Ronny Mendoza Quiroz.

Sostiene que el 02 de junio del 2000, a las 3:20 p.m. aproximadamente, en circunstancias de que el chofer de la empresa Ransa Comercial S.A., Esteban Arturo Blanco Bar, transportaba mercurio de propiedad de Minera Yanacocha S.R.L., se produjo un primer derrame de mercurio a la altura de la Quebrada de Chotén.

Entre las 5:30 y 5:40 p.m. del mismo día, del mismo camión de la empresa Ransa Comercial S.A. se produjo otro derrame de 152 Kg de mercurio, en las localidades de San Juan, La Calera, el Tingo, Magdalena (de donde proviene la demandante), y el Centro Poblado Menor de San Sebastián de Choropampa. Por su brillo, forma e ignorando que se trataba de una sustancia tóxica, los pobladores comenzaron a recoger el mercurio hasta altas horas de la madrugada, empleando para dicha recolección sus manos e incluso su boca como medio de aspiración. Al guardar el mercurio en sus hogares, los familiares quienes recogieron el mercurio también se intoxicaron debido a los gases que emana la sustancia.

La demandante refiere que Yanacocha no hizo caso a sus peticiones de ayuda médica y no contaban con un plan maestro de contingencias, siendo que por el contrario propició un mayor nivel de intoxicación, al pretender comprar el mercurio derramado a quien lo hubieran recogido. Igualmente señala que existió un nivel deficiente de embalaje, transporte y tratamiento del mercurio por parte de la Minera, conforme ha declarado el chofer del camión.

2. Contestación. Según escrito copiado a fojas 765, Minera Yanacocha S.R.L. sostiene que no fue informada oportunamente por el chofer de la empresa Ransa Comercial S.A. (encargada del transporte) respecto del derrame de mercurio, pero una vez tomó

conocimiento del mismo, adoptó las medidas necesarias para evitar perjuicios, informando sobre la toxicidad del producto, pero con poco éxito debido a la negativa de los pobladores de devolver el mercurio que recogieron y guardaron en sus hogares; en otras palabras, sostiene que la causa determinante de la exposición y elevación del nivel de mercurio en el organismo de los pobladores afectados fue su propia imprudencia. Asimismo, manifiesta que el hecho de que la demandante y sus menores hijos hayan presentado niveles de mercurio mayores a los normales en su organismo a consecuencia del derrame producido, no necesariamente implica que éstos hayan sido intoxicados por dicho elemento ni mucho menos que éstos hayan sufrido daño como consecuencia de tal exposición. Por lo demás, ha suscrito con la demandante -en su nombre y en representación de sus hijos- sendas transacciones extrajudiciales, las mismas que, a tenor del Art. 1302 del C.C. tienen calidad de cosa juzgada, resultando la demanda interpuesta manifiestamente improcedente.

En escrito aparte, que obra copiado a fojas 687, Minera Yanacocha S.R.L. formula denuncia civil contra Ransa Comercial S.A., por ser aquella la empresa encargada del transporte del mercurio el día en que ocurrieron los hechos. Posteriormente, por resolución copiada a fojas 1123, el Juez incorpora de oficio a Esteban Arturo Blanco Bar como litisconsorte necesario pasivo, por ser el chofer que conducía la unidad móvil que transportaba el mercurio.

Tanto Ransa Comercial S.A. como Esteban Arturo Blanco Bar, luego de ponerse a derecho, sostienen que se limitaron a transportar los balones conteniendo mercurio, y que fue Minera Yanacocha S.R.L. quien no cumplió con entregar la mercadería al transportista en condiciones adecuadas para un transporte seguro. Además, sostienen que se ha presentado el supuesto de fractura causal por el hecho propio de la víctima, pues no fue el derrame de mercurio lo que ocasionó daños a la demandante, sino lo fue su negligencia al manipular el citado mineral, llevarlo a su hogar y exponer a su familia a los gases tóxicos.

II. DE LAS EXCEPCIONES

1. De la demandada Minera Yanacocha S.R.L. (fojas 248)

Esta demandada, como defensas de forma, propone las siguientes:

A. Excepción de prescripción extintiva: El derrame de mercurio tuvo lugar el 02 de junio del 2000, por lo que la responsabilidad extracontractual regulada en el inc. 4° del Art. 2001 del C.C. prescribió el 02 de junio del 2002, teniendo en cuenta lo normado en el Art. 1993 del citado Código, según el cual el plazo comienza a computarse a partir de la fecha en que tuvo lugar el hecho que habría causado el daño; sin embargo el emplazamiento a su parte ha tenido lugar vencido dicho plazo, sin que ninguno de los demandantes haya realizado algún acto que interrumpa el cómputo.

B. Excepción de conclusión del proceso por transacción: Para poner fin a cualquier conflicto que surja con respecto al derecho indemnizatorio, el 02 de setiembre del 2000 Minera Yanacocha S.R.L. celebró tres transacciones extrajudiciales: **b.1)** la pri-

mera únicamente con la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio, a quien se le hizo entrega de la suma de S/.10,500.00; **b.2)** la segunda con la demandante y con José Gilmer Mendoza Saldaña, en representación del derecho indemnizatorio de sus menores hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, a quienes se le hizo entrega de la suma de S/. 7,875.00; **b.3.)** la tercera con la demandante, en representación del derecho indemnizatorio de su hijo Walker Steve Cuenca Quiroz, en la que se transó por la suma de S/. 5,625.00. En los tres casos, se suscribieron Addedums el 04 de noviembre del mismo año, en los cuales las partes acordaron duplicar la suma entregada a cada uno de los indemnizados. Conforme lo dispone el Art. 1032 del C.C., las transacciones antes mencionadas tiene el valor de cosa juzgada, por lo que la pretensión de indemnización de los demandantes no puede ser revisada en sede judicial.

C. Excepción de falta de legitimidad para obrar de Minera

Yanacocha S.R.L.: El derrame de mercurio se produjo mientras era transportado por un camión de Comercial Ransa S.A., por lo que su empresa no es responsable de los daños causados. Además, la parte demandante alega que la responsabilidad surge del ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, la misma que no fue realizada por su empresa. Igualmente, los accionantes señalan que no se les brindó la atención debida, pero su empresa no tuvo ninguna participación en el diagnóstico y tratamiento de los afectados, sino que el mismo fue dispuesto por los médicos del puesto de salud de Choropampa y el Hospital Regional de Cajamarca, en coordinación con CICOTOX.

D. Excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes con relación a la pretensión de indemnización por daño ambiental

Tratándose de intereses difusos, solo pueden demandar el Ministerio Público, las asociaciones o instituciones sin fines de lucro, los gobiernos locales, etc., conforme lo establece el Art. 82 del Código Procesal Civil, por lo que los demandantes por sí solos no pueden promover la presente causa.

2. De la denunciada civil Ransa Comercial S.A. (fojas 752)

A. Excepción de falta de legitimidad para obrar de Ransa Comercial S.A.: Pues cuando ocurrieron los hechos se desempeñaba como Agente de Transporte de Minera Yanacocha S.R.L., y los balones que contenían mercurio eran de propiedad exclusiva de dicha minera, quien fue quien no los envasó adecuadamente, lo que trajo consigo el derrame. Es más, en todo momento el mercurio fue manipulado en su estiba y aseguramiento en la plataforma del vehículo por personal de la citada minera. Solicita se tenga en cuenta el Dictamen Pericial del Examen Físico Químico emitido por la Dirección Nacional de Criminalística de la Policía Nacional, de fecha 18 de junio del 2000, en el que se concluyó que la responsabilidad por el derrame del mercurio se debió a la imprudencia y negligencia en su envasado.

B. Excepción de prescripción extintiva: Alega similares fundamentos de la misma excepción de Minera Yanacocha S.R.L.

C. Excepción de conclusión del proceso por transacción: Se sustenta en las transacciones celebradas por Minera Yanacocha S.R.L. con la parte demandante.

3. Del litisconsorte necesario pasivo Esteban Arturo Blanco Bar (fojas 1173)

A. Excepción de prescripción extintiva: Alega similares fundamentos de la misma excepción de Minera Yanacocha S.R.L.

B. Excepción de conclusión del proceso por transacción: Se sustenta en las transacciones celebradas por Minera Yanacocha S.R.L. con la parte demandante

C. Excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes con relación a la pretensión de indemnización por daño ambiental: Alega similares fundamentos de Minera Yanacocha S.R.L. respecto de la misma excepción.

4. Resolución de Excepciones

4.1. En primera instancia. Resolución N° 03, dictada en Audiencia de Saneamiento Procesal del 08 de enero del 2004, cuya acta corre a fojas 303, repetida a fojas 861 y 1234: declara: INFUNDADA la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty que deducen Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar; FUNDADA la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a los menores Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz y Walker Steve Cuenca Quiroz que deducen Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, en consecuencia, nulo todo lo actuado; INFUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandados que deducen Minera Yanacocha S.R.L. y Ransa Comercial S.A.; INFUNDADA la excepción de prescripción extintiva que deducen Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar; FUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar respecto de la pretensión indemnizatoria por daño ambiental que deducen Minera Yanacocha S.R.L. y Esteban Arturo Blanco Bar, en consecuencia, anúlese todo lo actuado en este extremo: **a)** en cuanto a la excepción de conclusión del proceso por transacción, debe estarse a lo establecido en los Arts. 446° y 453° del C.P.C., según las cuales corresponde amparar esta excepción cuando se inicie un proceso idéntico a otro, esto es, debe existir una transacción homologada en un proceso anterior, vale decir, una transacción extrajudicial que se convierta en judicial (sic), siendo que en el caso de Giovanna Angélica Villaty no se cumple con este requisito, pero en el caso de sus menores hijos sí, pues las transacciones que celebró en representación de los mismos cuentan con autorización judicial; **b)** en cuanto a la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandados que dedujeron Minera Yanacocha S.R.L. y Ransa Comercial S.A., debe tenerse en cuenta la responsabilidad de los emplazados o la falta de ella respecto del evento dañoso deberá ser estimada al evaluar la prueba, al final del proceso; **c)** en cuanto a la excepción de prescripción extintiva, la acción civil derivada

de un hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal; **d)** en cuanto a la excepción de falta de legitimidad para obrar respecto de la pretensión indemnizatoria por daño ambiental, tratándose de intereses difusos solo están legitimados los sujetos precisados en el Art. 82 del C.P.C.

4.2. En segunda instancia. Auto de vista N° 746-2006-SEC del 27 de diciembre del 2006, de fojas 1358: REVOCA la resolución apelada en el extremo que declara infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, deducida por Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, y REFORMÁNDOLA declararon FUNDADA dicha excepción, anulándose lo actuado en dicho extremo; CONFIRMÁNDOSE la apelada en los demás extremos: conforme a lo señalado en el Art. 1302 del C.C., por la transacción las partes haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto litigioso o dudoso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado; en tal sentido, el argumento sostenido por el A quo en el sentido de que, para que se ampare la presente excepción, se requiere que la mencionada transacción haya puesto fin a un proceso anterior es incorrecto, como así lo ha establecido la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2383-2005 (Cajamarca).

III. PARTES DE LA RESOLUCIÓN DE VISTA IMPUGNADAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN

Extremos del auto de vista que son materia de recurso de casación:

Doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por intermedio de sus abogados Mario Vásquez Ramirez y Henry Vera Ortiz, mediante escrito de fojas 1395, interpone recurso de casación en contra del auto N° 746-2006-SEC de fecha 27 de diciembre del 2006 en la parte en que:

A) Confirma la resolución apelada que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de los demandantes menores Walker Cuenca Quiroz, Euler Mendoza Quiroz y José Mendoza Quiroz, propuesta por las demandadas Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar;

B) Confirma el auto impugnado en cuanto declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes respecto de la pretensión impugnatoria por daño ambiental formulada por los demandados Minera Yanacocha S.R.L. y Esteban Arturo Blanco Bar;

C) Revoca el auto apelado en el extremo que declara infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty y, reformándola declara fundada dicha excepción, propuesta por Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar.

Como pretensión impugnatoria, la recurrente solicita que se declare fundado su recurso de casación y, en sede de instancia, que la Corte Suprema declare infundadas las mencio-

nadas excepciones de conclusión del proceso por transacción y de falta de legitimidad para obrar de los demandantes.

La demandante ha cumplido con los requisitos de forma y de fondo de la casación que exigen los Arts. 387 y 388, por cuya razón el recurso fue declarado procedente por resolución de fecha 02 de noviembre del 2005.

IV. CAUSALES DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS

1. Respecto de la excepción de conclusión del proceso por transacción

Se propone dos causales:

a) Inaplicación de normas de derecho material. Inaplicación de las normas contenidas en los Arts 5 y 1305 del Código Civil, en cuanto regulan los derechos inalienables e irrenunciables como el derecho a la vida, a la integridad física, la libertad, el honor y demás inherentes a la persona humana. Precisa además que no se analizó si la transacción extrajudicial se ha realizado conforme al ordenamiento legal, pues se ha transigido sobre daños a la salud de los afectados por derrame de mercurio; derechos que no pueden ser materia de renuncia o cesión alguna por tratarse de derechos extramatrimoniales y que no pueden ser materia de transacción, salvo el caso en que hayan sido cuantificados patrimonialmente y la afectante reconozca la indemnización que se requiere; por tanto, las transacciones no son válidas porque su objeto no está permitido por ley.

b) Contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso. Argumenta la recurrente que conforme al inciso 10° del Art. 446° solo se puede proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción si se llega a establecer que la misma solo ampara la transacción que haya puesto fin a un proceso judicial, esto es, la existencia previa de un proceso en el cual las partes hayan transigido dando por finalizado el proceso. Asimismo, conforme al Art. 453 inc. 4° se requiere de la existencia de procesos idénticos, uno de los cuales haya terminado por transacción, supuesto que no se da en el presente caso. Además, la transacción presentada no ha sido homologada por juez alguno, por tanto no tiene naturaleza de cosa juzgada. Agrega que se ha contravenido principios establecidos por la Corte Suprema, contenidos en la Casación número 730-2005, en el sentido de que la excepción de conclusión del proceso por transacción solo será amparable si se presenta una transacción que hubiera puesto fin a un anterior proceso.

2. Respecto de la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte demandante.

Esta defensa de forma de los emplazados Minera Yanacocha S.R.L. y Esteban Arturo Blanco Bar, fue propuesta contra la pretensión indemnizatoria por daño al medio ambiente. La recurrente Quiroz Villaty **invoca la causal de contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**, argumentando para tal efecto que siendo los principales afectados, tienen la titularidad para reclamar por los daños ambientales; así lo dispone el Art. 82, norma que además establece que las instituciones

señaladas “pueden” promover o intervenir en este tipo de procesos, lo que significa que no les da exclusividad sino solamente una potestad, lo que implica que no son los únicos legitimados para accionar; en todo caso, para la entidades se concede legitimidad para obrar extraordinaria, mientras que para las personas naturales afectadas se les concede legitimidad ordinaria. Por otro lado, el término “pueden”, importa que otras partes han iniciado el proceso y tales entidades pueden intervenir. Finalmente, según la jurisprudencia vinculante contenida en la resolución de fecha 27 de octubre de 1997, Expediente N° 221-97-AA/TC se ha establecido que “...frente a los derechos de incidencia colectiva a los que la doctrina conoce con el nombre de intereses difusos o colectivos, principalmente vinculados con la defensa del medio ambiente; cuyos valores puestos en juego afectan prácticamente a todos... se reconoce la legitimatio ad causam a cualquier persona, aún cuando la violación o amenaza no le afecte directamente”.

En el auto de calificación del recurso, no se ha desestimado explícitamente la casación en cuanto se refiere a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante; en cambio, de advierte que existe en este extremo una calificación genérica, por cuanto en el tercer considerando se expresa que “las causales invocadas satisfacen los requisitos de fondo para su procedencia, prevista en los acápite 2.2. y 2.3. del artículo 388° del Código Procesal Civil”. Si bien esta forma de calificación puede ser considerada como genérica e irregular, se ha producido la convalidación toda vez que según el Art. 172, tercer párrafo, se admite la convalidación tácita cuando el facultado para pedir la nulidad no la formula en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo; y en el presente caso las partes no han formulado articulación alguna al respecto. Por otra parte, del dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Civil aparece que la representante del Ministerio Público se ha pronunciado sobre todos los extremos de la casación, incluso sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar activa. Las partes han sido citadas para este pleno casatorio, en donde los abogados han informado y se han pronunciado sobre todos los fundamentos del recurso, por tanto se ha producido el contradictorio también sobre estos aspectos de la casación, quedando incólume el derecho de defensa de las partes y, particularmente, de las emplazadas. Así mismo, hay convalidación en virtud de que el auto de calificación, no obstante carecer de un requisito formal, ha logrado la finalidad para el que estaba destinado (Art. 172 segundo párrafo). En consecuencia, es viable emitir pronunciamiento casatorio de fondo sobre todos los extremos del recurso extraordinario.

V. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Motivación y argumentación jurídica: La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional (Art. 139 incs. 3° y 5°); por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente. En este orden de ideas, la consistencia argumentativa de la doctrina jurisprudencial que se establece a través de la presente, es un factor importante para su fuerza vinculatoria. Esto explica también la necesidad de estas consideraciones previas referidas a los fines de la casación, de la doctrina jurisprudencial, del derecho de contradicción y de los medios de defensa, de

los presupuestos procesales y de las condiciones de ejercicio válido de la acción, de las defensas de forma y las defensas de fondo.

Por otra parte, la necesidad de una argumentación persuasiva y sólida se justifica desde que el caso sub júdice representa lo que la doctrina ha denominado un caso difícil, en donde puede identificarse problemas de relevancia jurídica (elección de una norma o grupo de normas aplicables al caso) así como de interpretación e integración jurídicas; todo lo cual trae consigo la necesidad de formular hipótesis de solución con su debida justificación para llegar a la conclusión final que dará contenido a la decisión casatoria.

2. De los fines de la casación: Nuestro ordenamiento procesal civil, desde una concepción clásica del recurso, reconoce como fines de la casación la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo, esto es, la función nomofiláctica así como la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema (Art. 384). Ambas finalidades se complementan, no obstante que históricamente no surgieron simultáneamente:

“Estos dos aspectos de la función ejercida por la Casación no aparecieron simultáneamente en el desarrollo histórico del instituto y, como consecuencia, no han sido simultáneamente apreciados y puestos en claro por la doctrina (...) y que la función de unificación debe considerarse también hoy en día en relación a la función de nomofilaquia, que la aclara y la integra (...) la sola finalidad de la uniformidad de la jurisprudencia no es suficiente para explicar el funcionamiento del órgano de casación...”⁶¹

El recurso de casación materia de pronunciamiento, esencialmente se refiere a aspectos materiales y procesales vinculados a las excepciones; pues, se ha denunciado la inaplicación de normas de derecho material y contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso al amparo de los incs. 2º y 3º del Art. 386º.

3. De la Doctrina Jurisprudencial: La doctrina jurisprudencial, en términos generales, es la jurisprudencia de los Tribunales y Corte de Casación de un Estado. Esta jurisprudencia, bajo ciertas condiciones, puede ser vinculante. Para nuestro sistema casatorio, la doctrina jurisprudencial tiene el carácter de vinculante, y por tanto, es de observancia obligatoria para todos los jueces y tribunales de la República cuando resuelvan casos similares.

En esta perspectiva el Código (Art. 400) reconoce dos vías para llevar a cabo el pleno casatorio: **a)** cuando una de las salas lo solicite, atendiendo a la naturaleza de la decisión a tomarse en un caso concreto, se reunirán los Vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo, **b)** será obligatorio el pleno casatorio cuando se conozca que otra sala suprema está interpretando o aplicando una norma en un sentido que resulta contradictorio al criterio ya establecido.

En el caso sub júdice se hace obligatorio el pleno casatorio, desde que dos Salas de la Corte Suprema (Civil Permanente y Civil Transitoria) han adoptado líneas jurisdic-

⁶¹ **Calamandrei, Piero.** *La Casación Civil*; T. II. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 102 a 104.

ciales contradictorias referidas a la procedibilidad y fundabilidad de la excepción de conclusión del proceso por transacción, cuando ella se sustenta en la transacción celebrada extrajudicialmente.

La doctrina jurisprudencial así establecida es vinculante y se convierte de este modo en una fuente formal del derecho nacional, pues a partir de sus principios y alcances de carácter general, tiene vocación de regular relaciones jurídicas, fuera y dentro del proceso. La defensa del derecho objetivo a través de la casación no solamente comprende a la ley o normas de igual jerarquía, sino, y sobre todo, a la Constitución. No obstante que el juez ordinario en un Estado Constitucional de Derecho tiene una doble vinculación, con la Constitución y con la ley, es esencialmente el supremo intérprete de la ley y de normas con el mismo rango.

4. El derecho de contradicción y los medios de defensa: La discusión jurídica en esta instancia casatoria se podría sintetizar en dos preguntas, de la siguiente manera: ¿Puede la transacción extrajudicial servir de sustento jurídico para el éxito de la excepción de conclusión del proceso por transacción entre las mismas partes? o bien, ¿la transacción extrajudicial solamente puede proponerse como defensa de fondo en el escrito de contestación de la demanda?

Las excepciones son medios de defensa de forma y tienen su fundamento en el derecho de contradicción, del que es titular el demandado. Por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por la Constitución Política del Estado (Art. 139 inc. 3º), el demandado tiene expedito su derecho de contradicción por la sola circunstancia de haber sido comprendido como demandado o sujeto pasivo de la pretensión procesal, y por esta razón, tiene derecho a ejercitar su defensa y particularmente a contradecir la pretensión proponiendo sus defensas de fondo, de forma y defensas previas; y, también por el solo emplazamiento tiene necesidad de tutela jurisdiccional, concreta y actual.

Se ha definido el derecho de contradicción como un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo, ejercitable ante el Estado y del que es titular todo demandado para ser oído en el proceso en donde ha sido emplazado, y para disfrutar de la oportunidad de proponer -en su caso- defensas.⁶²

El derecho de contradicción es un derecho abstracto, porque no requiere necesariamente para su configuración de una defensa o derecho material o de un contenido concreto; es simplemente el derecho a defenderse en un proceso; por eso se dice que estando emplazada una persona en un proceso, por solo ese hecho tiene derecho a defenderse, a ejercitar efectivamente su derecho de defensa o a dejarlo de hacer. Eduardo Couture destacaba este aspecto abstracto del derecho de defensa, señalando:

⁶² **Peyrano, Jorge W. y Chiappini, Julio O.** *El Proceso Atípico*, segunda parte. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, p. 137).

“Pero conviene reparar, desde ya, en que lo que se da al demandado es *la eventualidad* de la defensa. Esta defensa, en cuanto a su contenido, podrá ser acogida o ser rechazada en la sentencia. El orden jurídico no pregunta si el demandado tiene o no buenas razones para oponerse. Solo quiere dar a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere. El derecho de defensa en juicio no es el derecho *sustancial* de la defensa; sino el puro derecho *procesal* de defenderse”.⁶³

En consecuencia, proponga o no el demandado excepciones o medios de defensa en general, es siempre titular del derecho de contradicción, incluso es suficiente que se le dé la oportunidad, en cualquier estado y grado del proceso, de defenderse, bajo las formas y condiciones establecidas por la ley.

El derecho de contradicción, al igual que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cual deriva, es uno de configuración legal, toda vez que, aún cuando está reconocido como un derecho fundamental, su contenido y forma de ejercitarse en un proceso, es determinado por el legislador ordinario, quien establece los requisitos, oportunidad, las formalidades y demás condiciones en que puede hacerse efectivo⁶⁴. En esta misma línea de pensamiento Javier Jiménez Campo ha sostenido que los derechos de configuración legal, como los derechos en todo o en parte prestacionales, son:

“aquellos atribuidos a los individuos por la Constitución en términos de una titularidad abstracta o potencial capacidad de derecho fundamental...que se concretará solo en conexión con la ley. Se trata de derechos cuya delimitación jurídica es esencialmente legislativa, donde la titularidad del derecho subjetivo fundamental surge solo, como realidad práctica y actual, de la convergencia y conexión entre el enunciado abstracto de la Constitución y la ordenación legal de los procedimientos y condiciones que delimitan el derecho”.⁶⁵

No cabe duda que la transacción, sea judicial o extrajudicial, es un medio de defensa que tiene sustento en el derecho de contradicción. Sin embargo, es necesario establecerse nítidamente, entre otros aspectos, si la transacción extrajudicial puede invocarse como defensa de forma, en cuyo caso será resuelta en la etapa postulatoria, o bien, únicamente como defensa de fondo para ser resuelta en la sentencia junto con el principal.

5. De los presupuestos procesales y las condiciones del ejercicio válido de la acción:

En el presente caso, el tema casatorio se refiere a las excepciones y éstas por definición son defensas de forma en virtud de las cuales el demandado o, en su caso el reconvenido,

⁶³ Couture, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Tercera edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, p. 46.

⁶⁴ Cfr. Saraza Jimena, Rafael. *Doctrina Constitucional aplicable en materia civil y procesal civil*. Primera edición, Madrid, Editorial Civitas, 1994; p. 38 y 39.

⁶⁵ Citado por Correa Henao, Magdalena. *La Limitación de los Derechos Fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 100.

denuncia la ausencia o insuficiencia de uno de los presupuestos procesales o de una de las condiciones de ejercicio válido de la acción. En consecuencia, resulta necesario un previo análisis de estas categorías procesales.

5.1. Los presupuestos procesales. El análisis de las excepciones, particularmente las de conclusión del proceso por transacción y de falta de legitimidad para obrar del demandante, supone examinar si ellas están dirigidas a denunciar un presupuesto procesal o una de las condiciones de ejercicio válido de la acción, desde que las excepciones son defensas de forma. En la doctrina se ha concebido, en términos generales, que los presupuestos procesales son los elementos imprescindibles en los sujetos, en el objeto y en la causa de pedir de la pretensión procesal, con el fin de constituir y desarrollar válidamente la relación jurídica procesal⁶⁶. En el ámbito nacional, se ha definido este instituto procesal expresándose que los presupuestos procesales son los requisitos esenciales para la existencia de una relación jurídica procesal válida⁶⁷. Por tanto, los presupuestos procesales son los requisitos necesarios e imprescindibles para la constitución y desarrollo válido de la relación jurídica procesal; en consecuencia, estos requisitos no solamente deben estar presentes al momento de iniciarse el proceso sino también durante su desarrollo y hasta su total agotamiento, pues de sobrevenir la ausencia o deficiencia de uno de estos presupuestos, el proceso deviene en inválido y es susceptible de ser cuestionado y nulificado.

Para nuestro sistema procesal civil, puede afirmarse casi pacíficamente que los presupuestos procesales son tres: la competencia del Juez (salvo competencia territorial), la capacidad procesal de las partes y los requisitos esenciales de la demanda; por consiguiente, son requisitos de validez del proceso.

5.2. Las condiciones de ejercicio válido de la acción. Algunos autores como Chioyenda, Alsina, Vescovi, Ramos Méndez, Fábrega, postulan que las condiciones de la acción son tres: la norma jurídica, la legitimación para obrar y el interés para obrar. Estas condiciones, asimismo se sostiene, deben ser examinadas por el juez al expedir sentencia. Algunos autores, como Devis Echandía, sostienen que los presupuestos materiales de la sentencia de fondo son los requisitos para que el juez pueda, en la sentencia, resolver el fondo o mérito del litigio; y estos presupuestos están configurados por la legitimación en la causa, el interés sustancial, la correcta acumulación de pretensiones, la ausencia de cosa juzgada, transacción, desistimiento, litispendencia y caducidad. Nuestro Código procesal no acoge esta doctrina.

En otra corriente doctrinaria contemporánea, de orientación definitivamente publicista y de mayor auge en la actualidad en el derecho comparado, seguida entre otros por Liebman y Ugo Rocco, se sostiene que las condiciones de la acción son los requisitos necesarios para un pronunciamiento válido sobre el fondo de la pretensión y, estas condiciones son dos: la legitimidad para obrar y el interés para obrar (o interés procesal); requisitos

⁶⁶ Cfr.: **Oswaldo Alfredo Gozáni**. *Derecho Procesal Civil*, T.1. Buenos Aires, Ediar, 1992, p. 371.

⁶⁷ Cfr.: **Monroy Galvez, Juan**. *La Formación del Proceso Civil Peruano*. Lima, Comunidad, 2003, p. 180.

que deben ser examinados por el Juez desde el inicio del proceso, durante su desarrollo y aún al expedir sentencia. A esta corriente se adscribe nuestro Código Procesal Civil cuando, entre otras normas, establece que el proceso se promueve a instancia de parte, la que debe invocar el interés para obrar y la legitimidad para obrar (Art. IV del Título Preliminar); y, por otro lado, se dispone que el juez, al calificar la demanda, la declarará improcedente cuando el demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar o de interés para obrar (Art. 427 incs. 1º y 2º) y, aún excepcionalmente, puede pronunciarse sobre ellas en la sentencia (Art. 121º, último párrafo).

El interés para obrar es el estado de necesidad de tutela jurisdiccional, concreto y actual, en que se encuentra una persona luego de haber agotado los medios pertinentes para obtener la satisfacción de su pretensión material o porque el ordenamiento jurídico le indica la vía judicial como la única idónea para obtener una sentencia favorable a su pretensión; necesidad que determina a aquella persona a recurrir ante el juez a fin de proponer su pretensión procesal y obtener, por obra de la jurisdicción, la tutela del bien de la vida que pretende. Por consiguiente, el interés para obrar solamente puede ser satisfecho por el Estado a través de los órganos jurisdiccionales.

Por todo lo considerado, se concluye aquí que la presencia de los presupuestos procesales nos indica que el proceso es válido y, de otra parte, la verificación positiva de las condiciones de ejercicio válido de la acción nos persuade que se puede emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del litigio. Por consiguiente, las excepciones pueden denunciar, respectivamente, la ausencia de aquellos requisitos imprescindibles para la validez del proceso, o bien, la ausencia de aquellos requisitos para la validez de un pronunciamiento sobre el fondo de la litis; presupuestos y condiciones de la acción que son controlables de oficio y a instancia de parte; pero si la parte los hace valer, lo hará en la oportunidad y con las formalidades de ley.

La excepción de conclusión del proceso por transacción tiene sustento en la falta de interés para obrar del demandante, por cuanto se denuncia que el actor no tiene ya necesidad de tutela jurisdiccional, pues ésta fue satisfecha en el primer proceso idéntico en donde se celebró la transacción judicial. En consecuencia, en esta hipótesis, cuando se inicia el segundo proceso idéntico, el actor carece en forma actual y manifiesta de interés para obrar, razón por la cual el juez al calificar la demanda puede declararla improcedente liminarmente o, por su parte, el demandado puede oponer con éxito la excepción respectiva o, de oficio, al sanear el proceso, el juez puede declarar la nulidad de todo lo actuado y dar por concluido el proceso; finalmente, el juez está autorizado para pronunciarse excepcionalmente en la sentencia sobre este defecto y declarar improcedente la demanda. La doctrina italiana, con suficientes fundamentos, al tratar sobre el interés para obrar, sostiene que debe ser concreto y actual y que:

“...en cuanto a su carácter actual, con ese adjetivo se intenta decir que el interés para accionar no puede ser tomado en consideración sino en el momento en que la

acción es ejercitada, esto es que debe existir en el momento en que, por medio de la citación, se inicia el ejercicio de la acción y se instaura la relación jurídica procesal”.⁶⁸

Por otra parte, la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte demandante, propuesta en este proceso por la parte emplazada, está dirigida a denunciar la carencia de una de las condiciones de ejercicio válido de la acción: la falta de legitimidad para obrar activa. Y ésta, al igual que el interés para obrar del demandado, puede ser examinada al calificarse la demanda, al proponerse las excepciones y al momento del saneamiento del proceso; excepcionalmente, puede ser objeto de pronunciamiento en la misma sentencia, conforme lo autoriza la última parte del Art. 121º.

6. De las defensas de forma y las defensas de fondo: Cuando el demandado ejercita su derecho de contradicción, puede formular medios de defensa de forma, de defensa de fondo o defensas previas. Si el demandado al contestar la demanda propone defensas de fondo, lo que hace es discutir la relación jurídica material que da sustento al derecho invocado por el actor; tales defensas pueden estar configuradas por el pago, la condonación, la excepción de contrato no cumplido, entre otras. Por tanto, además de pronunciarse sobre todos y cada uno de los hechos esenciales que fundamentan la pretensión, el demandado puede cuestionar y discutir el derecho que invoca el actor en su demanda como respaldo de la pretensión, proponiendo sus defensas de fondo; y como consecuencia de ello asume la carga procesal de sustentarlas fácticamente y de probar los hechos correspondientes en el principal y en la etapa correspondiente del proceso.

Si el emplazado utiliza estas defensas de fondo:

“...la actividad defensiva del demandado se encarrilará a discutir la existencia del derecho sustancial del actor que, a base de los hechos invocados en la demanda, aduce tener”.⁶⁹

Mientras las defensas de forma -excepciones- están orientadas a denunciar la ausencia o insuficiencia de los presupuestos procesales y de las condiciones de ejercicio válido de la acción; las defensas de fondo están dirigidas a discutir la relación o situación jurídica material invocada en la demanda por el actor, y de la cual emerge el derecho que este alega.

Nuestro Código Civil ha regulado distintos modos de extinguir las obligaciones, tales como el pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación, la transacción, el mutuo disenso. Estos modos extintivos pueden ser alegados para sustentar las defensas de fondo que haga valer el demandado al contestar la demanda. En la hipótesis que el demandado afirmara haber pagado la obligación cuyo cumplimiento se le demanda, lo que hace es afirmar que si bien asumió la obligación demandada, sin embargo la

⁶⁸ **Rocco, Ugo.** *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. 1. Segunda reimpresión, Bogotá - Buenos Aires, Temis - Depalma, 1983, p. 345 y 346.

⁶⁹ **Benaventos, Omar A.** *Excepciones y Defensas Procesales*. Primera reimpresión, Santa Fe Argentina, Editorial Juris, 1999, p. 16.

pagó en la forma pactada o señalada por la ley. Entonces, el pago es una defensa de fondo que el demandado debe invocar en el escrito de contestación de la demanda. Esta defensa, empero, determina que el demandado tenga la carga de probarla, y en tal sentido nuestro Código Civil vigente (Art. 1229º) establece que “La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado”.

En este mismo orden de ideas, si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y en calidad de defensa de fondo, para que el Juez se pronuncie sobre ella en la sentencia. En ésta se determinará si efectivamente aquella transacción extinguió la obligación que se reclama en la demanda. De lo expuesto, puede concluirse en este extremo que, la excepción de conclusión del proceso por transacción solo puede sustentarse en la transacción judicial celebrada entre las mismas partes en el primer proceso idéntico; mientras que la transacción extrajudicial únicamente puede proponerse como defensa de fondo en el escrito de contestación de la demanda.

VI. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES CONTRADICTORIAS DE LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA

1. Razón de relatoría y convocatoria al Pleno Casatorio

Mediante razón que obra a fojas 123-A del cuadernillo de casación, la señora Relatora de la Sala Civil Permanente informó al Presidente de dicha Sala la existencia de pronunciamientos contradictorios en torno a la resolución de los casos seguidos contra Minera Yanacocha S.R.L. y Otros en materia de indemnización de daños y perjuicios, con relación a los fallos que emite sobre el mismo tema la Sala Civil Transitoria, por lo que mediante resolución del 29 de noviembre del 2007, el Colegiado de la Sala Civil Permanente solicitó al Presidente de la Corte Suprema de Justicia citar a Pleno Casatorio, pedido que es acogido mediante Resolución N° 01-2007-I Pleno Casatorio-P-CS-PJ del 04 de diciembre del 2007, convocándose a Sala Plena a realizarse el 18 de diciembre del 2007, designándose como ponentes a los señores Walter Humberto Vásquez Vejarano y Víctor Lucas Ticona Postigo.

2. Criterio jurisprudencial de la Sala Civil Permanente

La Sala Civil Permanente ha resuelto casos similares al presente (como las Casaciones N° 2383-2005 y 2163-2006), referidos a la excepción de conclusión del proceso por transacción, con el argumento de que las transacciones extrajudiciales celebradas por la demandada Minera Yanacocha S.R.L. con otros damnificados por el derrame de mercurio el día 02 de junio del año 2000, sí pueden sustentar la mencionada defensa de forma.

En el documento remitido por dicha Sala a este pleno casatorio, adjuntando el criterio adoptado por el Colegiado Supremo en mayoría (4 votos) respecto al sentido y alcances jurídicos de la transacción extrajudicial, se ha argumentado esencialmente que:

“...si bien el inc.10º del Art. 446 y el Art. 453 del Código Procesal Civil no hace alusión directa a la transacción extrajudicial, es evidente que la ley procesal no la prohíbe, circunstancia que determina la tarea interpretativa y sistemática del juzgador; sin

perdersé de vista que otro de los efectos de la transacción extrajudicial es equiparar su valor al de la cosa juzgada conforme aparece del citado artículo 1302 del Código Sustantivo y cuya ejecución se efectúa en el cauce procesal previsto por el Art. 697 del Código Adjetivo referido a la ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer, siendo necesario considerar, al respecto, la terminante disposición contenida en el Art. 1312 del citado Código Civil. Por estas razones, conclúyase que el demandado estuvo en aptitud jurídica de proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción extrajudicial contra la acción indemnizatoria por haberla celebrado con las formalidades de ley antes de la demanda, haciéndose concesiones recíprocas en el ámbito patrimonial, por cuya razón no se advierte contravención a normas que garantizan el derecho a un debido proceso ni a formas sustanciales para la validez y eficacia de los actos procesales...”

En sustancia, el argumento principal de la Sala Civil Permanente es que los Arts. 446 inc.10º y 453 del C.P.C. no prohíben sustentar la excepción sub examen en la transacción extrajudicial y, por tanto debe admitirse la excepción; para ello debe acudirse a la tarea interpretativa y sistemática del juzgador y que la referida transacción equipara su valor al de la cosa juzgada.

3. Criterio jurisprudencial de la Sala Civil Transitoria

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha desestimado la misma excepción en casos similares (como en las Casaciones N° 2882-2006, 2942-2006, 2162-2006 y 2158-2006) con el argumento esencial de que la transacción extrajudicial es un medio o modo extintivo de obligaciones, al igual que el pago o la condonación, regulado por el Código Civil vigente, y en tal virtud debe ser propuesta como defensa de fondo en el escrito de contestación de la demanda y debe ser resuelto por el juez en la sentencia. La transacción judicial, en cambio, sí puede sustentar la excepción de conclusión del proceso por transacción en razón de que, siendo un modo especial de terminación del proceso, cumple con los requisitos de procedencia exigidos por el Art. 453, pues, al ser formulada en un segundo proceso idéntico, el demandado puede oponerla con éxito, al haber terminado el primer proceso por transacción, seguido entre las mismas partes, con los mismos petitorios e interés para obrar.

FUNDAMENTOS SOBRE LAS EXCEPCIONES DE CONCLUSIÓN DE PROCESO POR TRANSACCIÓN Y DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA PARTE DEMANDANTE

VII. FUNDAMENTOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO POR TRANSACCIÓN

1. Sobre la transacción

La transacción siempre ha sido objeto de distinción en cuanto a su origen (contrato o modo de extinción de obligaciones), a su formalidad (por escrito sin homologación o

por escrito homologado por el juez), a sus efectos (con mérito ejecutivo o como mérito de ejecución) y a su forma de hacerla valer dentro de un proceso (como defensa de forma o defensa de fondo).

Tanto en el derecho positivo como en la doctrina, las definiciones que se han formulado sobre la transacción siempre han comprendido y distinguido dos fuentes de origen: el “asunto dudoso” y el “asunto litigioso”, o entre derechos dudosos y derechos litigiosos. Veamos las siguientes definiciones que ponen de relieve tal distinción de origen:

1.1. En el Derecho Romano:

En el Derecho Romano la transacción era una convención sinalagmática en virtud de la cual las partes celebrantes haciéndose concesiones recíprocas fijaban sus derechos dudosos o litigiosos. Se exigían dos requisitos: que se refiera a un derecho **dudoso o litigioso** y que los celebrantes sacrificaran alguna porción de su derecho⁷⁰.

1.2. En el C. C. Francés:

El Art. 2044 define a esta figura como un contrato con el siguiente texto:

“La transacción es un contrato por medio del cual las partes terminan una controversia surgida, o previenen una controversia por surgir. Este contrato debe ser redactado por escrito”.

1.3. En el C.C. Alemán:

El Art. 779 define a la transacción como un contrato:

“por el cual mediante recíprocas concesiones se elimina el pleito o la incertidumbre de las partes sobre una relación litigiosa”.

1.4. En el C.C. Argentino:

El código argentino, define a la institución sub análisis del siguiente:

“La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones **litigiosas o dudosas**”.

1.5. En nuestro Código Civil de 1852, en el Art. 1702 se definía así:

“Transacción es un contrato por el que dos o más personas, decidiendo de común acuerdo sobre algún punto **dudoso o litigioso**, evitan el pleito que podía promoverse, o finalizan el que está principiando”.

⁷⁰ Cfr. **Castro Gallo, Mario**. *La Transacción*. Lima, Diálogo S.A., 2003, p.11.

1.6. En nuestro Código Civil de 1936, en su Art. 1307, sin contemplar las concesiones recíprocas expresaba:

“Por la transacción dos o más personas deciden sobre algún punto **dudoso o litigioso**, evitando el pleito de podría promoverse, o finalizando el que está promovido”.

1.7. En nuestro vigente Código Civil de 1984.

En su Art. 1302, primer párrafo, incorpora el requisito de las concesiones recíprocas y reitera las dos fuentes de origen:

“Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto **dudoso o litigioso**, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado”.

2. Clases de transacción

Las dos fuentes de origen, a partir de un asunto dudoso o asunto litigioso, han dado lugar a la distinción entre transacción extrajudicial y transacción judicial.

Si la transacción se celebra para poner término a un asunto o derechos dudosos o inciertos, que aún no son materia de proceso judicial alguno, se denomina transacción extrajudicial. Empero, si la transacción se celebra sobre la materia controvertida en un proceso judicial, entonces recibe la denominación de transacción judicial.

2.1. Transacción Extrajudicial

Decíamos que esta transacción tiene lugar cuando existen obligaciones dudosas o inciertas que las partes pretenden finiquitar. Entendemos por asunto dudoso a aquél no sometido a debate judicial que produce incertidumbre en las partes en cuanto a la extensión de sus derechos u obligaciones⁷¹. Al referirse a la transacción extrajudicial, Roberto Valdés Sánchez sostiene que puede presentarse cuando las partes se encuentran frente a un conflicto de intereses sustentada en una situación de duda -sea de ambas partes o de una de ellas- sobre aspectos de la relación, duda que puede ser meramente subjetiva pero que encierra razonables elementos de incertidumbre⁷². Fornaciari coincide al señalar que la duda o incertidumbre se genera solo en la esfera subjetiva de las partes y refiere:

“Predomina aquí el criterio subjetivo. La duda generadora del conflicto es la que razonable y seriamente puedan tener los interesados, aunque la cuestión fuese clara

⁷¹ Cfr.: **Castro Gallo, Mario**. *La Transacción*. p. 19.

⁷² Cfr.: **Valdés Sánchez, Roberto**. *La Transacción, solución alternativa de conflictos*. Segunda edición, Colombia, Legis, 1998; p. 97.

e indubitable para una persona versada en derecho. Basta para configurar este requisito la creencia de las partes en lo dudoso de las obligaciones”.⁷³

El Art. 1304° del C.C. exige como formalidad que la transacción (extrajudicial) se haga por escrito, bajo sanción de nulidad, no requiriendo de mayores solemnidades, como sí se requieren en el caso de la transacción judicial, como veremos a continuación.

2.2. Transacción Judicial

La transacción judicial, como ya se dijo, es la que tiene lugar respecto de un asunto litigioso, esto es, uno que las partes han sometido a consideración del órgano jurisdiccional. En otras palabras, el elemento que genera controversia en la relación entre las partes dejó de pertenecer a la esfera subjetiva de las mismas y fue sometido al criterio del juez, con la intención que sea éste quien de solución definitiva al conflicto; en tal sentido, la transacción persigue concluir el litigio antes que en el proceso judicial se emita una decisión final.

A diferencia de la transacción extrajudicial, la judicial se configura bajo determinadas formalidades *ad solemnitatem*: no basta con que conste por escrito, sino que debe pedirse expresamente al Juez que conoce el proceso para que proceda a su homologación.

En este caso, la transacción deberá contar con la firma legalizada de las partes ante el Secretario respectivo, requisito del cual puede prescindirse si el documento que se presenta consta por escritura pública o cuenta con firmas legalizadas, tal como se establece en el Art. 335° del C.P.C. La transacción judicial pone fin al proceso y tiene autoridad de cosa juzgada (Art. 337).

3. Efectos distintos según se trate de transacción extrajudicial o de transacción judicial.

3.1. Efectos de la Transacción Extrajudicial

El último párrafo del Art. 1302° del C.C. establece en forma genérica que la transacción tiene autoridad de cosa juzgada⁷⁴. Sin embargo, en el caso de la transacción extrajudicial, tal característica no puede ser equiparada o asimilada al de una sentencia, pues existen diferencias esenciales entre ambas, como es el hecho, por ejemplo, que una transacción extrajudicial puede ser atacada por adolecer de vicios de voluntad o que carezca de la fuerza compulsiva que caracteriza a un mandato judicial. Por ello, Jorge Joaquín Llam-bías afirma con acierto:

⁷³ **Forniciari, Mario Alberto.** *Modos Anormales de Terminación del proceso*; Tomo II. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988; p. 27

⁷⁴ Este punto será desarrollado más profusamente en el punto 4 subsiguiente.

“(...) la autoridad de cosa juzgada de la transacción está supeditada a la homologación judicial que pueda recaer sobre ella”.⁷⁵

El Art. 1312° del C.C. se encarga de zanjar la diferencia que caracteriza a la transacción extrajudicial, precisando que ésta se ejecuta en la vía ejecutiva, mientras que la transacción judicial de la misma forma que una sentencia.

En tal sentido, la transacción extrajudicial viene a constituir un título ejecutivo, según lo dispone el inc. 5 del Art. 693 y, como tal, solo puede compelerse a su cumplimiento mediante proceso ejecutivo, en cuyo caso puede ser materia de contradicción e incluso cuestionamiento sobre su validez. Mientras no se expida sentencia en tal proceso ejecutivo que resuelva en definitiva si procede o no llevar adelante su ejecución, las obligaciones contenidas en ella no pueden ser exigibles compulsivamente al presunto deudor.

Por ello, al adolecer de la característica de inmutabilidad inherente a la cosa juzgada, la existencia de una transacción extrajudicial celebrada entre las partes solo puede ser opuesta como defensa de fondo, esto es, como un argumento más de la defensa del emplazado vinculada a la extinción previa de derechos dudosos⁷⁶, en cuya hipótesis el juez debe pronunciarse en la sentencia y determinar si aquélla extinguió el derecho invocado en la demanda.

3.2. Efectos de la Transacción Judicial

La transacción judicial, según expresamos, se equipara a una sentencia, y si esto es así, tendrá los mismos efectos de aquella como es, entre otros, fuerza ejecutoria, poniendo así fin a cualquier intención de las partes de revivir el derecho litigioso al que la transacción homologada puso fin. Una transacción así, con carácter de sentencia, es la que se equipara en definitiva a la cosa juzgada, pues cumple con el requisito de la inmutabilidad.

La transacción judicial, por ser precisamente cosa juzgada, es ejecutable a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales, conforme a lo normado en el inc. 3° del Art. 713. En este tipo de procesos, la contradicción solo puede sustentarse en el cumplimiento de la obligación o su extinción (Art. 718), sin que le sea conferido al emplazado la facultad de cuestionar la validez de la transacción.

En tal sentido, la sola existencia de la transacción judicial permite liquidar el proceso idéntico en su etapa postulatoria que se hubiera iniciado sin necesidad de llegar al debate del fondo del asunto; por ello, se admite que la transacción judicial pueda ser empleada para sustentar una defensa de forma (excepción de conclusión del proceso por transacción), tal como se desarrollará y sustentará en los párrafos siguientes.

⁷⁵ **Llambías, Jorge Joaquín.** *Código Civil Anotado*; Tomo II-A. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1983, p. 396.

⁷⁶ Cfr.: **Vargas, Abraham Luis.** *Excepción de Transacción*. En: **Peyrano, Jorge W.; Costantino, Juan; De los Santos, Mabel, y Otros.** *Excepciones Procesales*. Segunda edición, Santa Fe, Editorial Jurídica Panamericana, 2006; p. 580.

4. Diferencias entre la Transacción y la Cosa Juzgada.

Nuestro Código Civil regula la transacción y precisa que por la transacción, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado, asignándose el carácter de cosa juzgada (Art. 1302). Para este cuerpo legal, siguiendo el mismo criterio del C.C. de 1936, la transacción es un modo o medio de extinguir obligaciones, pues la finalidad principal no es crear, regular o modificar una relación jurídica patrimonial sino la de poner fin a un asunto dudoso o litigioso, mediando concesiones recíprocas. La doctrina nacional, poniendo de relieve este carácter extintivo, ha precisado que:

“En otras palabras, lo que destaca, el eje central de esta figura -se refiere a la transacción- reside en una extinción de obligaciones recíprocas, en una renuncia o concesión de cada una de las partes a su pretensión original. De esta forma se zanja la discrepancia surgida al interior de una relación jurídica obligacional. Por esta razón se le ubica dentro de un medio extintivo de obligaciones...”⁷⁷

Se ha cuestionado por una parte de la doctrina que a la transacción se le asigne efectos de la cosa juzgada, o equivalente a cosa juzgada. Se ha dicho, con mucha propiedad, que lo que en esencia significa esta equivalencia, es que las partes dan por concluido un asunto dudoso o litigioso, conforme a la naturaleza de un contrato que tiene por efecto extinguir obligaciones, pero nunca en el sentido de que adquiere la autoridad de cosa juzgada con las características de inmutabilidad, inimpugnabilidad y coercibilidad, como lo es una sentencia firme que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada material. En esta línea de pensamiento, Lino Enrique Palacio, compartiendo criterios con Leo Rosenberg y Augusto Morello, advierte claramente que:

“...De conformidad con lo dispuesto en el Art. 850 del Cód. Civ. la transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para ellas la autoridad de cosa juzgada. Ello no implica, sin embargo, que la transacción en sí misma equivalga a una sentencia, **pues la autoridad de cosa juzgada que la ley le atribuye debe entenderse en el sentido de que el acto tiene por efecto provocar una nueva regulación de las relaciones jurídicas de las partes** -se resalta las negrillas-, quienes no pueden reclamar en lo sucesivo el cumplimiento de los derechos y obligaciones renunciados.”⁷⁸

El efecto esencial de la transacción no es su equivalencia a la cosa juzgada, sino la extinción de obligaciones, así como los derechos subsecuentes que se originan a partir de su celebración y formalización. La doctrina ha establecido diferencias y semejanzas entre la transacción y la cosa juzgada, siendo preponderantes las primeras. En este sentido,

⁷⁷ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, T.IX, segunda edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 447.

⁷⁸ Palacio, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*, Tomo V. Cuarta reimpression, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993; p. 555.

se ha dicho que las semejanzas esenciales son dos: no pueden ser rescindidas por error de derecho y ambas producen efectos declarativos. Como diferencias esenciales se ha señalado a las siguientes: **a)** las sentencias pueden ser modificadas en parte y subsistir el resto, en tanto que la transacción es indivisible, pues de anularse una parte sobreviene la nulidad de toda ella; **b)** sus formalidades son totalmente distintas; **c)** la sentencia se dicta cuando ya hay un conflicto de intereses, mientras que la transacción puede celebrarse para prevenir un conflicto de intereses; **d)** las sentencias no pueden ser impugnadas por vicios de la voluntad, en tanto que la transacción puede ser susceptible de ser anulada por tales vicios; y **e)** la sentencia es impugnable solo a través de los recursos establecidos en el ordenamiento procesal, mientras que la transacción es impugnable por vía de acción de nulidad.⁷⁹

Un gran sector de la doctrina niega a la transacción la eficacia de la cosa juzgada, precisamente por carecer de la característica de la inmutabilidad. Es más, Gómez Orbaneja y Albaladejo afirman que se trata de una metáfora secular y que solamente ha cumplido el cometido de subrayar el carácter meramente declarativo del contrato; tan cierto es aquello que el propio Código sustantivo contradice tal equivalencia con la cosa juzgada por cuanto admite la posibilidad de conceder las acciones de nulidad y de anulabilidad de la transacción (Arts. 1308 y 1310 del C.C.). También Cortés Domínguez niega esta equivalencia señalando que:

“...A pesar de lo que se establece en el Art. 1,816 del Código Civil la transacción judicial no produce los efectos de cosa juzgada; en primer lugar, porque dicha eficacia está reservada a los actos judiciales decisorios en el fondo, y en último extremo, porque al estar sometida la transacción a la acción de nulidad...no tiene un carácter inmutable y permanente”.⁸⁰

La transacción, y especialmente la extrajudicial, carece de la autoridad y de la eficacia de la cosa juzgada. En cuanto a lo primero, porque no tiene el *imperium* (poder de mando) que si tiene la sentencia firme; y, en cuanto a lo segundo, no tiene la eficacia (orden impartida del que tiene poder de mando) de la sentencia firme porque no es inmutable (pues es atacable de nulidad y de anulabilidad). Tampoco es inimpugnable, porque en el caso de la transacción extrajudicial no existe proceso alguno donde pueda operar esta cualidad; y, finalmente solo es coercible en tanto puede ser susceptible de pedirse su ejecución en la vía correspondiente, sea ejecutiva o de ejecución, según se trate de la transacción extrajudicial o judicial, respectivamente.

En todo caso, la transacción extrajudicial, se hace valer ante el juez como un acto jurídico que contiene una nueva regulación de las relaciones jurídicas sustanciales de las

⁷⁹ Cfr.: **De Gásperi, Luís**. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo III. Buenos Aires, Tipográfica.

⁸⁰ Citado por **Peláez, Francisco J.** *La Transacción, su eficacia procesal*. Barcelona, Bosch - Casa Editorial S.A. 1987, p. 162.

partes celebrantes pero nunca como un acto revestido de “imperium”. Carreras Llansana resume la esencia de la transacción señalando que:

“Un sector importante de la doctrina creo que acierta a ver la esencia del instituto. La eficacia de la transacción no es la invulnerabilidad o inmutabilidad, en cuanto puede ser rescindida o anulada, sino poner término a una incertidumbre psicológica y a una litigiosidad objetiva. Y esta definición de lo incierto y litigioso se impone al juez como un hecho jurídico, pero no como acto revestido de *imperium*, que solo tienen la sentencia y el laudo arbitral”.⁸¹

Por otra parte, el Código Procesal Civil regula a la transacción judicial como un modo especial de conclusión del proceso, la misma que puede ser presentada por las partes en cualquier estado del proceso, incluso en el curso del trámite del recurso de casación y aún cuando la causa esté al voto o en discordia (Art. 334).

En esta parte se puede concluir que, en el caso sub júdice, las tres transacciones celebradas por Minera Yanacocha S.R.L. y la parte demandante el 02 de setiembre del 2000 son evidentemente transacciones extrajudiciales, incluso las referidas a los menores Walker Cuenca Quiroz, así como Euler y José Mendoza Quiroz. Además, se advierte de los actuados que las tres transacciones, transcurridos dos meses (04 de noviembre), fueron objeto de nuevos actos jurídicos denominados “Addendum” en donde se duplicó el monto de las respectivas indemnizaciones.

Cabe hacer presente, además, que doña Giovanna Angélica Quiroz posteriormente tramitó y obtuvo autorizaciones judiciales para celebrar transacciones, respecto de sus tres menores hijos de edad (respecto del menor Walker el 05 de junio del 2001 y de los otros dos menores el 06 de febrero del mismo año).

5. De la excepción de conclusión del proceso por transacción

Esta excepción fue propuesta por los emplazados Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A., y Esteban Arturo Blanco Bar. La mencionada defensa de forma esencialmente se sustenta en que Minera Yanacocha S.R.L. celebró con fecha 2 de setiembre del 2000, tres actos jurídicos denominados “Transacción Extrajudicial Individual”, con sus respectivos “Addendum” del 04 de noviembre del mismo año, en virtud de los cuales Minera Yanacocha S.R.L. transigió con la demandante, por derecho propio, y además con ésta como representante legal de su menor hijo Walker Cuenca Quiroz, y finalmente la misma demandante junto a José Mendoza Saldaña, ambos en representación de sus dos menores hijos Euler y José Mendoza Quiroz. Es pertinente entonces analizar esta defensa de forma.

Para nuestro ordenamiento jurídico la transacción extrajudicial no puede hacerse valer como defensa de forma sino únicamente como defensa de fondo. De la interpretación

⁸¹ Citado por **Peláez, Francisco J.** *La Transacción*, pp. 168-169.

literal, sistemática, teleológica y sociológica de la normatividad pertinente así como del análisis doctrinario pertinente se puede establecer lo siguiente:

5.1. El Art. 446 inc. 10° dispone que el demandado solo puede proponer, entre otras, la excepción de conclusión del proceso por transacción.

5.2. En la parte pertinente del Art. 443 del mismo cuerpo legal previene que es fundada la excepción referida "...cuando se inicia un proceso idéntico a otro: 4° En que las partes... transigieron". En consecuencia, la procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos.

5.3. Por otro lado, hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellas deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos, según previsión normativa contenida en el Art. 452. Se requiere esta triple identidad entre el primer proceso transigido y el segundo en donde se hace valer la excepción.

5.4. Por tanto, esta excepción solamente es oponible cuando se inicia un segundo proceso, idéntico a otro anterior, en donde las mismas partes celebraron una transacción judicial. De tal modo que la transacción extrajudicial, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar proceso idéntico y menos aún puede servir de sustento a la excepción tantas veces mencionada.

5.5. Por consiguiente, para la procedencia de la excepción de conclusión del proceso por transacción, nuestro ordenamiento procesal civil exige los siguientes requisitos: **1)** que exista identidad de dos procesos, en donde las partes o quienes de ellas deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos; y, **2)** que el primer proceso haya terminado por transacción homologada por el juez. En el presente caso, no concurre ninguno de los dos requisitos, pues no se verifica la preexistencia de dos procesos idénticos y, por tanto, resulta imposible que la existencia de un primer proceso transigido entre las mismas partes.

5.6. En la doctrina se ha formulado la misma tesis, en el sentido de que únicamente la transacción judicial puede sustentar jurídica y válidamente la excepción bajo examen, en tanto que la transacción extrajudicial debe formularse como defensa de fondo. En esta misma dirección Alberto Hinostroza Minguez sostiene:

“Será amparable esta excepción tratándose de la transacción judicial. No ocurrirá lo propio con la transacción extrajudicial strictu sensu porque:

De la misma denominación de la excepción se determina como requisito de ella la existencia de una transacción que ponga fin al proceso, debiendo haber sido homologada por el Juez para que surta tal efecto.

El artículo 453 -inciso 4- hace referencia a dos procesos idénticos, uno de ellos terminado por transacción, y ello solo puede darse, como es obvio, con la transacción judicial.

La esencia de la excepción materia de nuestro análisis radica en el carácter de cosa juzgada que tiene la figura jurídica que se sirve de presupuesto, que hace inviable toda revisión del asunto sobre el cual recayó la transacción. Ahora bien, solo la transacción judicial (o la extrajudicial realizada fuera del proceso e incorporada a él por las partes y aprobada por el Juez, convirtiéndose en judicial) adquiere la calidad de cosa juzgada: segundo párrafo del Art. 337 del C.P.C.(...) **La transacción extrajudicial, no obstante de no servir de presupuesto a la excepción de conclusión del proceso por transacción, puede representar un medio de defensa de fondo** -se resalta las negrillas- valedero para fundar una resolución favorable a quien la alegue y acredite”.⁸²

En la misma línea interpretativa Mario Castro Gallo sostiene que la excepción bajo examen solo puede sustentarse en la transacción judicial; y así expresa:

“Pero si a pesar de la transacción celebrada y aprobada por el juzgado, una de las partes quisiera iniciar una acción sobre el mismo asunto, por el cual se transigió, ya sea por escritura pública o por petición ante el juez que conocía de la causa; el demandado tiene todo el derecho para oponer o deducir la excepción de transacción, contemplada en el artículo 446 del Código Procesal Civil. **Cabe señalar que, para que proceda esta excepción de transacción se requiere que los procesos sean idénticos**; y existe identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos”.⁸³

5.7. También en la doctrina nacional, Pedro Zumaeta Muñoz, luego de establecer las diferencias puntuales y efectos distintos entre la transacción judicial y la extrajudicial, puntualiza el carácter de medio de defensa de fondo de la transacción extrajudicial y, al respecto afirma: “Existen dos clases de transacción. La judicial y la extrajudicial. La primera se realiza dentro del proceso para finalizarlo; y la segunda se realiza para evitar el proceso que podría iniciarse. Para que esta **excepción sea amparada** -el resaltado en negrilla es nuestro-, deben concurrir las identidades de partes o de quienes se deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos, y que el proceso haya terminado por transacción judicial, más por la extrajudicial (...) Si se inicia un proceso con las partes que han transigido extrajudicialmente, se debe presentar el documento, como medio de defensa más no como excepción”.⁸⁴

5.8. El abrogado Código de Procedimientos Civiles de 1912 (Art. 317), disponía que para que la excepción de transacción sea admisible se requería triple identidad de partes, de acción y de cosa y, además: “1° Que las personas sea las mismas que

⁸² **Hinostrero Mínguez, Alberto.** *Formas Especiales de Conclusión del Proceso.* Primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 1998, pp. 165 y 166.

⁸³ **Castro Gallo, Mario.** *La Transacción,* p. 70.

⁸⁴ Temas de Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso, Lima, Jurista Editores, 2008, pp. 157-158.

transigieron el juicio -se resaltan las negrillas-, sea por derecho propio o transmitido legalmente”.

5.9. Comentando esta última norma procesal, Remigio Pino Carpio señalaba, desde la centuria pasada, que:

“...es evidente que la finiquitación de este -se refiere al proceso- se produce por decisión de ambas partes litigantes; siendo esto así, sus efectos tienen el mismo alcance que la excepción de cosa juzgada. Según esto, **la finalidad de la excepción que nos ocupa, no es otra que impedir que después de transigido un juicio, se le pueda remover (...)** -se resalta las negrillas-. Ahora bien, para que la transacción pueda dar lugar a la excepción de que nos ocupamos, necesariamente, debe haber incidido en juicio, porque si éste no ha existido, no se podría hablar de las identidades de objeto y de causa (cosa y acción según el Código), por más que del juicio iniciado después de la transacción se deduzca que tales identidades existen en el convenio transaccional. Por consiguiente, **si la transacción se ha llevado a cabo sin que antes hubiera existido juicio, no puede deducirse la excepción;** pues **lo que cabe en este caso es que el demandado oponga la transacción como un medio de defensa sustancial** -se resaltan las negrillas- lo que debe hacer al contestar la demanda”.⁸⁵

5.10. En la doctrina en general también se ha fijado una posición clara en el sentido de que la transacción extrajudicial solo puede sustentar una defensa de fondo mientras que la transacción judicial puede proponerse como excepción, como “excepción previa” o como defensa de forma. En esta línea de pensamiento, Abraham Luís Vargas apunta: “Recordemos que la transacción extrajudicial es la que confiere certidumbre a *derechos dudosos* que no han sido materia de un juicio o litigio (...) Sin embargo, mientras la transacción judicial permitiría oponer una *excepción previa* (artículo 347 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) la extrajudicial solo permite deducir una *excepción perentoria (o defensa de fondo)*, que resuelve el juez en la sentencia. Por eso se dice que la excepción previa de transacción tiene afinidad con la cosa juzgada; mientras que el acuerdo sobre derechos dudosos, sin que se haya promovido un juicio, guarda analogía con el pago”.⁸⁶

5.11. También abona a esta misma tesis, de que la transacción extrajudicial solo puede sustentar una defensa de fondo, María Guadalupe Lata, quien precisa que:

“La transacción extrajudicial es aquella que confiere certeza a derechos dudosos que no han sido objeto de análisis judicial. Tiene el mismo valor sustancial que la transacción judicial, pero solo en cuanto permite oponer en lo sucesivo la defensa vinculada a la extinción de los derechos inciertos. La diferencia está en que la tran-

⁸⁵ Pino Carpio, Remigio. Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles, T. II. Lima, Tipografía Peruana S.A., p. 72 y 73.

⁸⁶ Vargas, Abraham Luís. *Excepción de Transacción*, p. 580.

sacción judicial puede oponerse como defensa previa, es decir, como excepción; en cambio, la otra únicamente puede ser opuesta como defensa de fondo, que resuelve el juez en la sentencia”.⁸⁷

5.12. Igualmente, Lino Enrique Palacio considera que debe existir dos procesos idénticos como supuesto o requisito de la excepción de transacción, en razón a que la misma:

“...se funda en la existencia de actos anormales de conclusión procesal cuya eficacia equivale a la de cosa juzgada, [por lo que] resulta sin duda apropiado el tratamiento procesal al que se los ha sometido”.⁸⁸

5.13. En la doctrina, apelando a la clasificación de las excepciones entre sustanciales y procesales, igualmente se distingue entre el carácter material y el procesal de la excepción de transacción; y aún, se sostiene, con buen criterio, que la transacción extrajudicial es una excepción de carácter material o sustancial, mientras que la transacción judicial es un excepción de carácter procesal, y así con suma claridad Francisco J. Peláez afirma que la transacción extrajudicial:

“Es un contrato concluido por las partes de espaldas al proceso (...). Al utilizarla como fundamento de una excepción, será un hecho que aportan al proceso con la finalidad de hacer inaplicable a la pretensión del actor, contenida en la demanda, la norma invocada por éste. En consecuencia, **es una excepción de derecho material o de fondo** (...). Al ser una excepción perentoria material, el demandado tendrá que proponerla al contestar la demanda y el juez la resolverá al final del proceso, al dictar sentencia. Si el demandado logra probar la existencia de la transacción - documental- y el Juez la estima, le absolverá de forma definitiva en cuanto al fondo (...) En nuestro derecho vigente, sin identificarla, existe una gran similitud entre la excepción de cosa juzgada y la de *transactione finitae*. Las dos, impiden volver a conocer un pleito de nuevo, porque ya ha sido resuelto o por sentencia firme, en un caso, o por transacción judicial en el otro. Por este motivo tenemos que considerarla como **‘excepción de derecho procesal o de forma’**; el juez desestimaré la demanda sin llegar a examinar el derecho esgrimido por el actor, absolviendo de la instancia”.⁸⁹

5.14. Debe convenirse en que, si bien es cierto que existe cierta similitud entre la transacción extrajudicial y la judicial (es producto de un acuerdo de voluntades entre las partes, quienes se hacen concesiones recíprocas), las diferencias son ostensibles,

⁸⁷ Véase en: *Defensas y Excepciones*; **Oswaldo Alfredo Gozaíni** (Director). Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2007, pp. 308 y 309.

⁸⁸ **Palacio, Lino Enrique**. *Derecho Procesal Civil*, Tomo VI. Tercera reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990; p. 137.

⁸⁹ **Pelaez, Francisco J.** *La Transacción*. pp. 204-206.

las que van a determinar distintos efectos; así: **1)** en la transacción extrajudicial no hay homologación por parte del juez, en cambio la judicial requiere ser homologada; **2)** esta homologación importa un control y análisis por parte del juez, quien determina si se ha cumplido con las normas previstas en los Arts. 335 a 337, estando facultado el juez a rechazar la transacción que no cumpliera con tales requisitos; mientras que la transacción extrajudicial no está sujeta a ningún tipo de control judicial, y solamente está sometida a la plena autonomía de la voluntad de las partes, siendo que en la realidad se dan casos de inequidad y de abuso del derecho por la posición contractual dominante de una de las partes celebrantes; **3)** en la transacción extrajudicial con las concesiones recíprocas se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de la controversia entre las partes; en tanto que, con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso; **4)** ante el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la transacción, la ley concede mérito ejecutivo para la extrajudicial, y tratándose de la judicial se ejecuta de la misma forma que la sentencia firme (Art. 1312 del C.C.); **5)** por tanto, la transacción judicial se celebra en virtud a que previamente ha existido un objeto litigioso concretamente definido en el proceso, el mismo que por efecto de aquélla queda finalizado; sin embargo, en la extrajudicial, no hay una controversia objetivamente definida, sino que las partes considerando sus intereses opuestos y subjetivamente su contenido dudoso, acuerdan terminar la contienda; **6)** la transacción judicial, al tener un control judicial y requerir de más formalidades, ofrece una mayor certeza y seguridad jurídica que la transacción extrajudicial, de allí que el ordenamiento jurídico confiere a la primera el carácter de título de ejecución, mientras que a la segunda solamente mérito ejecutivo, en donde puede formularse contradicción, con más causales y medios probatorios que en la primera; en consecuencia, a distintas situaciones jurídicas es razonable que se apliquen normas jurídicas distintas y tengan efectos diversos; **7)** que, en todo caso, la transacción extrajudicial puede ser opuesta por el emplazado al contestar la demanda como defensa de fondo, en cuya hipótesis el juez debe pronunciarse en la sentencia y determinar si aquélla extinguió el derecho invocado en la demanda; **8)** como se ha expresado el interés para obrar es el estado de necesidad de tutela jurisdiccional, concreto y actual, que determina a una persona a recurrir a la instancia judicial; en tal sentido, en la transacción judicial, aquel interés para obrar fue satisfecho en el primer proceso idéntico y, por esta razón, en el segundo proceso el demandante ya no tiene legítima necesidad de tutela jurisdiccional; en cambio, en el caso de la transacción extrajudicial, nunca fue satisfecho el interés para obrar, pues sería absurdo sostener que la contraparte celebrante de la transacción satisfizo la necesidad de tutela jurisdiccional, porque únicamente el Estado, a través del juez, puede satisfacer aquél interés procesal con la respectiva prestación jurisdiccional. Es en esta dirección que Chioventa ya había señalado con lucidez que el interés para obrar solamente se satisface por obra de los órganos jurisdiccionales; y así en ese sentido expresa:

“El interés en obrar no consiste solamente en el interés en conseguir el bien garantizado por la ley (lo cual forma parte del contenido del derecho), sino en el interés en conseguirlo por obrar de los órganos jurisdiccionales”.⁹⁰

Siendo evidente las diferencias entre las transacción extrajudicial y judicial, resulta absolutamente justo, y no solamente razonable, concluir que no pueden operar ambas como sustento de una defensa de forma (excepción), de previo y especial pronunciamiento, sino que, como se viene sosteniendo, la transacción extrajudicial únicamente puede sustentar una defensa de fondo, en tanto que la transacción judicial, una de forma.

5.15. Es necesario también analizar la incidencia de la norma contenida en el Art. 1303 del C.C. sobre el caso sub materia. Esta norma dispone que “La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción”. Tomando como punto de partida el análisis la transacción extrajudicial, de principio no es legítimo la renuncia anticipada e incondicional del derecho de acción, **y lo que más bien si sería procedente es la renuncia de derechos materiales muy específicos y con una máxima concreción y sus respectivas acciones**, lo que se ha denominado en doctrina “*pactum de non petendo*”, pero aún en esta última hipótesis, el Juez no puede rechazar de plano la demanda sino que tendría que merecer un pronunciamiento sobre el fondo del litigio en la sentencia, así con suma claridad se ha afirmado:

“Está fuera de toda duda, que una renuncia previa y absoluta a la jurisdicción, es decir, a impetrar la tutela de los Jueces y Tribunales, tanto del lado activo o de la acción, como del lado pasivo o de la excepción o defensa, constituye un acuerdo radicalmente nulo. Ahora bien, la renuncia anticipada a la acción puede venir articulada de dos maneras: o como una renuncia al derecho subjetivo sustantivo que connota el abandono del interés de defensa o tutela, y que podríamos englobar bajo el denominativo de *pactum de non petendo*, o como una renuncia clara y general al ejercicio de las futuras acciones procesales que pueden darse al favorecido por ellas. La primera hay que contemplarla dentro del plano del derecho civil y puede ser válida; la segunda, no (...) El pacto, evidentemente, no producirá jamás la inadmisibilidad del proceso, pero puede afectar a la cuestión de fondo y provocar una desestimación de la acción o de la excepción por falta de fundamento, salvo aquellos supuestos en que del propio derecho sustantivo resulte la invalidez de la renuncia”.⁹¹

Por tanto, para el caso de la transacción extrajudicial, en principio no está absolutamente cerrado el acceso a la jurisdicción y al proceso y, en todo caso, si existe re-

⁹⁰ **Chiovenda, Giuseppe.** *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I. Segunda edición, traducción de E. Gómez O, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948; p. 188.

⁹¹ **Muñoz Sabaté, Luís.** *Las Cláusulas Procesales en la Contratación Privada*. Barcelona, Librería Bosch, 1988, pp. 35-36.

nuncias muy específicas y concretas de derechos materiales y sus respectivas acciones ello será objeto de análisis en la sentencia de mérito, precisamente por tener aquella transacción la calidad de defensa de fondo.

5.16. Si el juez considera que la transacción extrajudicial es un medio de defensa de fondo debe emitir pronunciamiento al respecto en la sentencia. De esta manera, la transacción extrajudicial pasa un control judicial, y éste se produce cuando el Juez, en la sentencia, examina sus requisitos de procedencia y determina sus efectos extintivos, sea en forma total o parcial; o, en su caso, su falta de eficacia extintiva.

5.17. Sostener que en virtud de una política judicial de desjudicialización de las controversias debe admitirse que la transacción extrajudicial sí puede sustentar una defensa de forma, se podría llegar al extremo irrazonable de postularse, con la misma lógica argumentativa, que el pago o la condonación también pueden ser alegadas como defensas de forma (excepciones) y, por tanto, ser resueltas en la etapa postulatoria del proceso.

5.18. Por otra parte, si bien el derecho de defensa es un derecho fundamental y que la interpretación de las normas infraconstitucionales deben hacerse en la forma más favorable al respeto y plena efectividad de tal derecho; sin embargo, debe reconocerse, como se ha expuesto, que el derecho constitucional de defensa es de configuración legal y, en tal virtud, el legislador ordinario determina cuáles son la defensa de forma y cuáles las de fondo, así como su oportunidad y forma de ejercitarse, respetándose el contenido esencial de aquel derecho fundamental; por tanto, queda claro que la transacción extrajudicial únicamente puede sustentar una defensa de fondo.

5.19. En el caso sub júdice, la emplazada Minera Yanacocha S.R.L. celebró transacciones extrajudiciales con la demandante, quien actuó por derecho propio y en representación de sus tres menores hijos, incluso para dos de éstos intervino además con el padre de ellos (José Mendoza Saldaña). En todo caso, el Juez analizará la contestación de la demanda y determinará si dichas transacciones han sido opuestas como defensa o argumento de fondo y, de ser así, deberá pronunciarse en la sentencia, bajo las condiciones señaladas.

6. De la razonabilidad de los derechos fundamentales de acción y contradicción.

Del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, como se ha anotado, derivan los derechos, también fundamentales, de acción y de contradicción (Art. 2). Estos derechos se regulan, para hacerse efectivos, dentro de un proceso civil; razón por la cual el legislador le da contenido, determina sus alcances y las formalidades para su ejercicio, por eso en la doctrina se considera que son derechos fundamentales de configuración legal. Como son derechos equivalentes, por el principio de igualdad, y más allá de la distinta posición que el actor y el demandado ocupan en el proceso, deben ser regulados de tal forma que el ejercicio de uno no importe la vulneración de contenido esencial del otro, evitándose el conflicto de derechos fundamentales. Dentro de una tipología de conflictos iusfundamentales, la doctrina ha considerado, entre otros, que los conflictos

pueden ser abstractos y concretos. El primero debe ser resuelto dentro de un proceso de control abstracto, y que en nuestro sistema sería un proceso de inconstitucionalidad de leyes. El segundo -concreto-, debe ser resuelto en un proceso judicial ordinario o en un proceso de amparo, cuando el juez resuelve un caso concreto⁹². Con relación al tema de la excepción de transacción, debe estimarse de principio que el legislador ordinario ha regulado razonable o proporcionalmente, los derechos de acción y de contradicción en el proceso civil, y, luego de una interpretación de las normas sustantivas y procesales implicadas, puede concluirse, por un lado, que la transacción judicial no solo es un modo especial de conclusión del proceso sino que además puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso por transacción; y, por otro lado, que la transacción extrajudicial es un medio o modo extintivo de obligaciones y, en tal virtud, solo puede sustentar una defensa de fondo. De esto también resulta claro que si el legislador, en una hipótesis normativa, hubiera regulado y dispuesto que todos los medios de defensa, de fondo y de forma, puedan ser propuestos por el demandado en la etapa postulatoria del proceso, estaría lesionando el contenido esencial del derecho de acción en beneficio ilegítimo del derecho de contradicción, pues resulta obvia la irrazonabilidad de esta hipotética norma procesal al permitir un pronunciamiento sobre el fondo del litigio en la etapa postulatoria del proceso: sería como sentenciar el proceso al momento de resolver las excepciones. Con igual criterio lógico, en otra hipótesis normativa extrema, si el legislador dispusiera que todos los medios de defensa, de fondo y de forma, sean resueltos en la sentencia, estaría vulnerado el derecho de contradicción y de defensa del demandado, al obligarle a seguir todo el proceso civil, cuando las excepciones deberían ser resueltas en la etapa postulatoria, las cuales por su propia naturaleza estrictamente formal y de especial y previo pronunciamiento, no necesitan ser sustanciadas con el principal y mucho menos ser resueltas en la sentencia.

7. De la aparente antinomia de las normas procesales y sustantivas sobre la excepción de transacción.

El código establece que el demandado puede oponer excepciones, defensas previas y defensas de fondo. En ese sentido, el Art. 446 dispone: “Excepciones proponibles: **El demandado solo puede proponer** (se resalta las negrillas) las siguientes excepciones: (...) inc. 10°. Conclusión del proceso por conciliación o transacción”.

Por otro lado, el Código Civil (Art. 1302, párrafos primero y tercero) establece que por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden algún asunto dudoso o litigioso evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está en curso y, además, que la transacción tiene valor de cosa juzgada.

Establecer en el proceso la voluntad objetiva de la norma jurídica, en este caso normas materiales y procesales, requiere de métodos o criterios de interpretación; y los criterios pertinentes para cada caso deben ser empleados de la manera más armónica y certera. La doctrina no propone los denominados criterios o métodos de interpretación jurídica. De la aplicación de estos criterios de interpretación a las normas jurídicas pertinentes,

⁹² Cfr.: **Mendoza Escalante, Mijail**. *Conflictos entre Derechos Fundamentales, Expresión, información y honor*. Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 44 y ss.

debemos establecer si efectivamente la transacción extrajudicial es un modo extintivo de obligaciones regulado por nuestro Código Civil y por consiguiente deducible solo como defensa de fondo, en tanto que la transacción judicial, regulado por el C.P.C. es un modo especial de conclusión del proceso y por consiguiente deducible solo como defensa de forma (excepción), conclusiones éstas que pretendemos demostrar como certeras con la argumentación pertinente y persuasiva.

Todo enunciado normativo requiere de una interpretación; por tanto, no es cierto que cuando el texto de la norma es claro no requiere de actividad interpretativa. Por ello el paradigma que se sustenta en el clásico brocardo: *in claris non fit interpretatio*, ha quedado sin vigencia.

Estos criterios de interpretación deben aplicarse dentro de un modelo de aplicación dinámico u objetivo, denominado también modelo constructivo. Para llegar a una conclusión interpretativa compatible, sin lugar a dudas, a una decisión objetiva y materialmente justa.

Dentro de los criterios que la doctrina⁹³ propone y que el Juez debe considerar en su labor interpretativa puede mencionarse los siguientes: 1) criterio gramatical denominado también literal; 2) criterio lógico conceptual (en donde encontramos los argumentos *a priori*, *a contrario*, *a fortiori*, *generalis sensu*, *stricto lege*, *ad absurdum*); 3) criterio sistemático; 4) criterio histórico (precedentes inmediatos y remotos, proceso de elaboración de normas, exposición de motivos y debates legislativos); 5) criterio teleológico; 6) criterio axiológico.

Como se ha expresado, con una posición de equilibrio o de justo medio si se quiere, el Juez de nuestros tiempos en un Estado Constitucional de Derecho⁹⁴, debe recusar y apartarse las posiciones extremas del positivismo jurídico a ultranza o dogmatismo⁹⁵,

⁹³ Cfr.: **Martínez, Luis y Fernández, Jesús**, *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*, p. 288-290. Rafael de Asís Roig hace una sistematización más general y compleja, estableciendo los siguientes criterios : a) por su sentido: criterios de coherencia semántica o literal (gramatical, analógico); coherencia teleológica (teleológico estricto, de racionalidad y de proporcionalidad, de razón mayor); coherencia valorativa (de justicia y equidad, de naturaleza de las cosas, del contrapeso y razonabilidad); b) proyecciones: pasado (criterio histórico estricto estático, criterio de la voluntad o psicológico, criterio del precedente); presente (criterio del lugar material, criterio de conformidad con la constitución); futuro (criterio histórico estricto dinámico), c) límites: criterio de la no redundancia, apagógico, criterio de la consecuencialista estricto, criterio de la ordenación, véase: *Jueces y Normas, la Decisión Judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 1995, p. 209.

⁹⁴ Con acierto dice Manuel Aragón Reyes "... el problema de la vinculación de los jueces a la ley ha de abordarse desde una perspectiva que podríamos llamar 'moderna', esto es, la propia de un Estado Constitucional de Derecho, y esa perspectiva no es otra que la doble sumisión de los jueces a la constitución y a la ley..." *La Vinculación del Juez a la Ley*, Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), 1997, p. 180.

⁹⁵ El imperio de la Constitución y de la ley es uno de los pilares esenciales de un Estado de Derecho, llámese Estado Constitucional de Derecho o Estado Democrático y Social de Derecho; empero la legalidad surge como una respuesta a la arbitrariedad y el absolutismo del antiguo régimen y así nos lo recuerda Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo- Ferrer cuando precisa "El principio de legalidad se construye históricamente como oposición a la arbitrariedad y la subjetividad de las decisiones del príncipe, como sistema de ejercicio de poder objetivo, igualitario y previsible y como elemento clave para legitimar el poder, para organizarlo y delimitarlo..." *Constitución, Legalidad y Seguridad Jurídica*, en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), p. 157.

y tampoco debe asumir las posiciones extremas corrosivas de la Escuela del Derecho Libre, porque el Juez de nuestros tiempos no debe ser la boca de la ley pero tampoco debe atribuirse las facultades propias del legislador. Es cierto que el Juez es creador del derecho, en tanto crea normas particulares para las partes en la sentencia, o cuando integra el vacío normativo con la aplicación de los principios generales del derecho; y aún más, por antonomasia el Juez de nuestros tiempos es el recreador del derecho, pues su sentencia objetiva y materialmente justa recrea el derecho, vivifica los valores y fines de éste, concreta el sistema de valores que acoge la Constitución, primordialmente el valor justicia, que es el valor supremo del derecho.

En principio, debe hacerse una interpretación restrictiva de la citada norma procesal (Art. 446° inc. 10°), es decir que no cabe sino aplicar a los casos expresamente previstos en la norma, excluyéndose la interpretación extensiva y la analogía. La norma enumera taxativamente las excepciones proponibles por el demandado en un proceso civil, de tal modo que está excluida cualquiera otra excepción; es una norma “*numerus clausus*” que no admite otros supuestos o casos de los previstos expresamente. Está claro, como ya se ha expresado, que de la interpretación sistemática, teleológica y literal de esta norma con la prevista en el Art. 453, inc. 4°, se llega a la conclusión interpretativa final que solamente se admite la excepción de transacción judicial excluyéndose cualquier otra excepción que se sustente en la transacción extrajudicial. Y que, en todo caso, la transacción extrajudicial debe ser opuesta como una defensa de fondo según las reglas del Código Civil.

Un sistema jurídico, se ha dicho, tiene como características la unidad, plenitud y coherencia⁹⁶. Cuando existe una antinomia o contradicción normativa, ella se resuelve mediante la aplicación de los criterios: jerárquico, de competencia, de prevalencia, cronológico y de especialidad.⁹⁷

En la hipótesis negada que el vigente Código Civil de 1984 haya reconocido las dos excepciones, de transacción judicial y de transacción extrajudicial, esta hipótesis carecería de todo sustento y razón de ser desde la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil, a partir del 28 de Julio de 1993, por cuanto:

a) cuando existe incompatibilidad entre una norma posterior y una anterior, prevalece la posterior (*lex posterior derogat priori*), en aplicación del criterio cronológico para resolver las antinomias; al respecto Ricardo Guastini señala que:

“El principio cronológico es aquel principio en virtud del cual, en caso de conflicto de normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas (o sea, dispuestas sobre el mismo plano en la jerarquía de fuentes) y provistas de la misma esfera de

⁹⁶ Véase: **Prieto Sanchís, Luis**. *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, segunda edición 2007, p. 113 y ss.

⁹⁷ Ob. Cit. P. 134 y ss.

competencia, la norma proveniente de la fuente anterior en el tiempo debe considerarse *abrogada* (y, por tanto, debe ser desaplicada)”⁹⁸.

En consecuencia, para resolver la excepción de transacción propuesta por los emplazados, debe aplicarse preferentemente las normas del Código Procesal Civil sobre las del Código Civil por ser posteriores; considerándose que ambos subsistemas reguladores tienen la misma jerarquía normativa.

b) cuando existe incompatibilidad entre una norma especial y una general prevalece la especial (*lex specialis derogat generali*) en aplicación del principio de especialidad. La norma especial es aquella que presenta un ámbito de aplicación incluido en un ámbito más amplio, que es el de la norma general y que por tanto aquella prevalece sobre ésta en su dinámica de interpretación y aplicación⁹⁹. Por consiguiente, para resolver la excepción de transacción propuesta por los emplazados en el presente proceso debe aplicarse prevalentemente las normas del Código procesal citado; teniéndose en cuenta que lo que se va a resolver es la procedencia y la fundabilidad de una excepción (que desde luego los emplazados así la han propuesto no obstante su fundamento) y no un medio extintivo de obligaciones; finalmente, el Art. 338 dispone que en todo lo no previsto en el capítulo de transacción judicial se aplican supletoriamente las normas del Código Civil; norma que refuerza el carácter especial de las normas procesales sobre las sustantivas respecto a la tema de la transacción.

De todo esto cabe concluirse que el juez no puede crear una excepción o defensa de forma que no esté prevista expresamente en la norma procesal civil. Además está prohibido de hacerlo porque sino abriría las puertas para reconocer otras excepciones no previstas expresamente, vulnerándose de este modo el contenido esencial de los derechos de acción, al proceso y a una decisión sobre el fondo del litigio que corresponde a la parte demandante.

Por los fundamentos pertinentes que anteceden, la excepción de transacción formulada por los emplazados Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar debe ser desestimada en cuanto a la demandante y a sus tres hijos, en consideración de que la referida transacción extrajudicial no puede en modo alguno sustentar una excepción de conclusión del proceso por transacción, por cuanto: **1)** la transacción no fue celebrada para dar por finalizado un proceso judicial en curso; **2)** no fue homologada o aprobada por el Juez del proceso; **3)** la tantas veces citada transacción, al no haberse generado en un proceso, no puede en modo alguno configurar la hipótesis legal requerida de un primer proceso idéntico al segundo, en el que se hace valer la excepción; **4)** las resoluciones judiciales mediante las cuales se aprobaron las transacciones extrajudiciales celebradas por Giovanna Angélica Quiróz Villaty, en representación de sus tres menores hijos, resultarían cuestionables, toda vez que el Art. 1307° del C.C., al tratar

⁹⁸ **Guastini, Ricardo.** *Estudios sobre la interpretación jurídica.* Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 2000; p.76.

⁹⁹ Cfr. **Prieto Sanchís, Luis** Ob. Cit. p. 138.

de la transacción a cargo de los representantes de ausentes o incapaces, señala que éstos pueden celebrarla, pero con aprobación del juez, lo que quiere decir que la oportunidad en la que debe obtenerse la autorización del juez es previa a la celebración del acto transaccional (entiéndase sobre un proyecto), y no después, ya que celebrarse primero la transacción importaría haber celebrado un acto ineficaz¹⁰⁰. En el caso de autos, mediante resoluciones del 06 de febrero y 05 de junio del 2001, el órgano jurisdiccional “autorizó” a Giovanna Angélica Quiróz Villaty a celebrar las transacciones en nombre de sus menores hijos, es decir, luego de haber transcurrido varios meses desde su suscripción, teniendo en cuenta que los contratos principales datan del 02 de setiembre del 2000 y sus addendums del 04 de noviembre del mismo año.

Se ha verificado, en consecuencia, la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, reconocido por el inc. 3° del Art. 139° de la Constitución Política y por el Art. I del Título Preliminar del Código Procesal citado, pues al haberse declarado fundada la mencionada excepción y dado por concluido el proceso, se ha lesionado el derecho de la parte demandante a obtener una sentencia sobre el fondo del litigio respecto a las emplazadas Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar. De consiguiente, el recurso de casación debe ser declarado fundado en este extremo y, en sede de instancia, debe revocarse la resolución de primera instancia en la parte en que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción con respecto a los tres menores ya nombrados, y reformándola en esta parte, debe declararse improcedente la mencionada excepción; y, con relación a la demandante Giovanna Angélica Quiróz Villaty, en cuanto actúa por derecho propio, debe revocarse la resolución del juez que declara infundada la misma defensa de forma, y en sede de instancia también debe declararse improcedente.

8. Criterio de nuestra jurisprudencia sobre la excepción de transacción judicial como defensa de forma

Antes de presentarse las líneas jurisprudenciales contradictorias, que son materia de análisis en la presente, la Corte Suprema estableció en varias ejecutorias que la excepción de transacción solamente podía sustentarse en la transacción judicial. Así se puede citar la siguiente sentencia casatoria, que en la parte pertinente expresaba:

“La excepción de transacción se presenta como un mecanismo procesal de defensa que se configura cuando se pretende variar los efectos de un proceso ya resuelto, mediante un acuerdo transaccional, definitivamente, en otro (...) Para la configuración de esta excepción –de conclusión del proceso por transacción– se requiere de la concurrencia de tres presupuestos, los cuales son: a) la identidad de las partes; b) la identidad de la pretensión; y, c) la identidad del interés para obrar; (...) no será fundada la excepción de transacción que no reúna los requisitos de identidad que

¹⁰⁰ Cfr.: **Muro Rojo, Manuel**. *Transacción de Ausentes e Incapaces*. En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas; Tomo VI. Lima, Gaceta Jurídica, 2004; p.819.

establece la ley...” Casación N° 2734-2003. Apurímac. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema¹⁰¹.

Como puede verse, siguiendo el criterio normativo de código procesal civil (Arts. 452 y 453), la ejecutoria también exige para la procedencia de la excepción de conclusión del proceso por transacción el presupuesto de dos procesos idénticos con la concurrencia de una triple identidad entre ellos: de partes, de pretensión –entiéndase de petitorio- y de interés para obrar.

9. De la inaplicabilidad de la doctrina de los Actos Propios al presente caso

Se pretende aplicar la doctrina de los Actos Propios para desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus tres menores hijos. Por ello es necesario analizar su aplicabilidad o inaplicabilidad al presente caso de las transacciones celebradas por la nombrada demandante.

9.1. Antecedente histórico

La llamada Teoría de los Actos Propios tiene sus raíces en el Derecho Romano, el cual se limitó a hacer una cierta aplicación de la citada teoría en algunos casos concretos. Aunque no se formuló una definición específica de esta teoría, es en el Derecho Romano donde se comienza a sancionar como inadmisibles la actuación contraria a la conducta anterior, pero ello no de una manera general sino en determinados casos y con algunas excepciones. Dicha inadmisibilidad dio origen, entre otros, a los brocardos: *venire contra factum proprium nulli conceditur* y *adversus factum suum quis venire non protest*. Dichos brocardos, aunque son latinos, no han nacido en el Derecho Romano, sino en el Derecho Intermedio, aquel periodo comprendido desde el redescubrimiento del *Corpus Iuris Civiles*, en el siglo XI, hasta el momento de las codificaciones, etapa poco conocida y a la vez importante porque en ella nacen la mayoría de nuestros dogmas, y comprende a los glosadores, posglosadores, canonistas, prácticos y tratadistas¹⁰².

La formulación más antigua que se conoce de la regla que prohíbe venir contra los Actos Propios es un pasaje de Ulpiano que recoge el fragmento 25 del Digesto 1,7, en él se afirma que resulta inadmisibles que el padre pretenda iniciar, una vez muerta la hija que ha vivido como *mater familias* emancipada y que ha instituido herederos por testamento, una controversia alegando que la emancipación no ha sido jurídicamente eficaz. Sin embargo, esta actitud es inadmisibles debido a que él mismo ha permitido que su hija sea tratada como *sui iuris*, es decir, le ha permitido vivir como si fuera emancipada aún cuando no hubieran sido cumplidos los requisitos establecidos en el Derecho Romano. Por ello se resolvió que el padre que ha consentido que la hija sea tratada como **sui iuris** no puede ignorar o desconocer tal estado y, por lo tanto, no puede pretende impugnar el testamento. Es necesario destacar que la solución dada en el referido caso, como lo

¹⁰¹ Publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de enero de 2005.

¹⁰² **Borda, Alejandro.** *La Teoría de los Actos Propios*, Cuarta Edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot Lexis Nexis Argentina S.A., 2005 edición, p. 15 y 21.

sostiene Diez-Picazo no tiene como primera razón sancionar la conducta contradictoria sino, más bien, evitar un resultado que objetivamente es considerado injusto.¹⁰³

9.2. Concepto

La Teoría de los Actos Propios, tal como la definen Marcelo J. López Mesa y Carlos Rogel Vide, consiste en una limitación al ejercicio de un derecho, que reconoce como fundamento una razón de política jurídica: la protección de la confianza suscitada por el comportamiento antecedente, que luego se pretende desconocer¹⁰⁴. Como señalan los referidos autores, la Teoría de los Actos Propios constituye una derivación inmediata y directa del principio de la buena fe, reconocido por la jurisprudencia argentina en una infinidad de pronunciamientos, especificándose en algunas sentencias, que se trata de un principio que integra el Derecho positivo.

El profesor Fueyo Laneri define a la Teoría de los Actos Propios como un principio general de derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta de la misma persona, evitando así la afectación a un interés ajeno y el daño consiguiente, la teoría obliga a una conducta leal, honesta, confiable y que encuentra apoyo natural en la moral.¹⁰⁵

En conclusión, como lo señala Alejandro Borda, la teoría de los Actos Propios constituye una regla de derecho que se deriva del principio de la buena fe, el cual sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por la misma persona.¹⁰⁶

Esta doctrina se halla vinculada directamente con los principios generales del derecho y en particular con el de buena fe, pero también ha sido enfocada como medio de defensa contra el accionar incoherente y también como una nueva forma de restricción o limitación en el ejercicio de derechos.¹⁰⁷

9.3. Requisitos

La teoría de los actos propios requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicada, que son las siguientes.¹⁰⁸

¹⁰³ **Diez-Picazo Ponce de León, Luís.** La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1963, pp. 23 a 26.

¹⁰⁴ **López Mesa, Marcelo y Rogel Vide, Carlos.** *La Doctrina de los actos propios, Doctrina y Jurisprudencia.* Buenos Aires, Editorial Reus y Editorial B de F, 2005, p. 91.

¹⁰⁵ **Fueyo Laneri, Fernando.** *Instituciones de Derecho Civil Moderno.* Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp 308 y 310.

¹⁰⁶ Ob. Cit. p. 56.

¹⁰⁷ Cfr. **Peyrano, Jorge W.** *Derecho Procesal Civil, de acuerdo al C.P.C. Peruano.* Lima, Ediciones Jurídicas, 1995, pp. 355 y 356.

¹⁰⁸ Borda, Alejandro, Ob. Cit. p. 71.

a) **Una conducta anterior relevante y eficaz.** La conducta vinculante o primera debe ser jurídicamente eficaz. Por lo tanto, si esta primera conducta es inválida, se puede volver lícitamente contra ella. Ello significa que si el negocio jurídico celebrado en primer término o, lo que es lo mismo, la conducta vinculante llevada a cabo fuese inválida o ineficaz en sí misma, o ilícita, o contraria las buenas costumbres o al orden público o de cumplimiento imposible, puede ser atacada o impugnada sin que ello importe una violación de la teoría de los propios actos.

b) **La pretensión contradictoria.** La referida pretensión, que puede ser judicial o extrajudicial, teniendo como referencia un acto anterior, permite la defensa del sujeto que ha receptado ambas conductas, que ha confiado en la primera de ellas y que ha actuado consecuentemente con dicha confianza, salvo que la variación de la conducta esté justificada por las circunstancias del caso o haya intereses sociales prevalecientes, o **hayan variado las condiciones que se daban al producirse la conducta vinculante.** Desde luego, el agente receptor del comportamiento debe haber obrado de buena fe. La mala fe impide la aplicación de la teoría de los actos propios. El conflicto de intereses generado por el comportamiento contradictorio podría, hipotéticamente, soslayar la intervención judicial o arbitral; pero en los hechos, esta intervención resulta imprescindible toda vez que la aplicación de la teoría de los actos propios se realiza dentro de un proceso porque se trata de un impedimento de orden procesal.

c) **La identidad de los sujetos que se vinculan en ambas conductas.** El sujeto activo que ha observado determinada conducta debe ser el mismo que pretende luego contradecir esa primera conducta. El sujeto pasivo, es decir, la persona que ha sido receptor o destinatario de ambas conductas, también debe ser el mismo.

9.4. Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios al caso sub júdice

En el caso de autos, se aprecia que la accionante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus menores hijos Walker Cuenca Quiroz, Euler Mendoza Quiroz y José Mendoza Quiroz, celebró transacciones extrajudiciales con la demandada Minera Yanacocha S.R.L. con fecha 02 de setiembre del 2000. En los referidos actos jurídicos, las partes acordaron que Minera Yanacocha S.R.L. indemnizaba a los afectados por el derrame de mercurio que ocurrió en su localidad, en tanto que la ahora accionante renunciaba a iniciar cualquier proceso judicial o reclamo al respecto.

A continuación expondremos los fundamentos por los cuales consideramos que la Teoría de los Actos Propios es inaplicable al caso sub materia.

Como quiera que la transacción extrajudicial, desde nuestra óptica, solamente puede ser invocada como defensa de fondo, resulta necesario que ésta debe ser materia de actividad probatoria junto con el principal y objeto de pronunciamiento en la sentencia.

Bajo esta premisa, por lo demás ya establecida anteriormente, debe tenerse en cuenta que la conducta anterior “relevante y vinculante” debe ser válida, pues de lo contrario es lícito volverse en contra de esa conducta. Si la primera conducta (celebración de la

transacción extrajudicial por parte de doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty) se ha realizado con error (de la declarante) y si además el receptor (Yanacocha) habría obrado de mala fe (aspecto que debe ser materia de probanza junto con el principal, tal como ya se dijo), es lícito que la declarante vaya contra su propio acto; por consiguiente, en el presente caso, es lícito que la señora Quiroz vaya en contra de la transacción extrajudicial celebrada si alega mala fe en Yanacocha al celebrarla¹⁰⁹. En este mismo sentido se pronuncia Alejandro Borda:

“Cuando el receptor de la conducta ha tenido conocimiento del error del declarante, resulta lícito que este vaya contra su propio acto. Pero ello no se fundamenta en el error del acto sino en que el receptor de la conducta obra de mala fe si, conociendo tal error, pretende hacer valer dicha conducta. No es admisible la protección de quien actúa de mala fe pretendiendo usufructuar un acto ajeno, incluso aunque no hubiera existido error”.¹¹⁰

En cuanto a la mala fe, por su naturaleza y complejidad, debe ser objeto de probanza junto con el principal desde que la transacción extrajudicial solo es admisible como defensa de fondo. Sin embargo, aquella mala fe no sería razonablemente viable su probanza en la etapa postulatoria del proceso y menos con motivo de tramitarse una defensa de forma como es la excepción. Dentro de la buena o mala fe que se alegara se deberá probar si Yanacocha, a través de sus directivos y personal calificado, tenía conocimiento que la intoxicación por mercurio causaba lesiones en el cuerpo humano de manifestación progresiva en el tiempo. Otro aspecto relevante que tendría que evaluarse en la sentencia es si la llamada “addendum” o segundo acuerdo transaccional celebrado entre las partes, dos meses después de la primera transacción, ponía de manifiesto efectivamente aquella progresividad de las lesiones, que bien podría haber sido de pleno conocimiento por parte del personal de Yanacocha y, por otro lado, ser ignoradas total o parcialmente por los damnificados con el derrame e intoxicación del mercurio.

La conducta anterior no debe ser determinada por el error, el estado de necesidad o cualquier vicio sustancial, pues de lo contrario no es aplicable esta doctrina. López Mesa y Carlos Rogel con acierto, y citando a Leiva Fernández, sostienen:

“En palabras de Leiva Fernández ‘el acto previo debe ser válido (...) De modo que bastaría con que en un caso concreto se alegue y demuestre – por vía de acción o excepción- la ausencia de voluntad en el acto (...) sea por error, dolo, estado de necesidad, violencia, etc., para que la aplicación lisa y llana de esta doctrina sea objetable’. (...) Por nuestra parte, compartimos el criterio de que si el primer acto no es válido, por estar viciado sustancialmente, no cabe aplicar la doctrina de los actos propios, pues ella no establece una obligación de mantenerse en el error, sino de

¹⁰⁹ En el escrito de absolución de la excepción corriente a fojas 261 del Tomo I, la demandante expresamente alegó la nulidad de pleno derecho de las transacciones celebradas con Empresa Minera Yanacocha S.R.L.

¹¹⁰ Ob. Cit. p. 78.

actuar coherentemente cuando ambas manifestaciones de voluntad son válidas, pero contradictorias entre sí”.¹¹¹

Así mismo se ha sostenido que siendo la transacción un contrato es fácilmente viable que una de las partes imponga sus condiciones a la otra por un estado de necesidad de ésta. En este sentido se ha pronunciado Manuel De la Puente y Lavalle¹¹² cuando afirma enfáticamente:

“En efecto, siendo la transacción un contrato, es dable que las condiciones de la transacción sean impuestas por una de las partes abusando del estado de necesidad en que se encuentra la otra, que lleva a ésta a aceptar tales condiciones por ser la única manera cómo puede satisfacer su necesidad. No creo que deba ampararse una transacción celebrada en estas condiciones (...)”.

En el presente caso, el error en que habría incurrido la parte demandante, o el estado de necesidad en que se habría encontrado el mismo, al celebrar las transacciones extrajudiciales, debería ser analizado por el juez en la sentencia, con las pruebas pertinentes que resulten del proceso al resolver las tantas veces mencionada defensa de fondo.

Por otra parte, cabe preguntarse si la transacción extrajudicial celebrada por doña Angélica Quiroz en representación de sus tres menores hijos, sin las formalidades legales que establece el Art. 1307 del C.C. (previa autorización judicial, con dictamen fiscal y opinión del Consejo de Familia cuando lo haya) contraviene normas que interesan al orden público. Conforme a lo dispuesto en el Art. V del Título Preliminar de nuestro Código Civil, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Las normas de orden público se caracterizan por su prevalencia sobre las originadas en la autonomía de la voluntad, resultan principios cuyo reflejo constituye las normas jurídicas¹¹³. En cambio las buenas costumbres son entendidas como los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social.

Si las transacciones extrajudiciales contravienen normas que interesan al orden público también debe ser materia de probanza en el principal y objeto de pronunciamiento en la sentencia, pues de considerarse que en aquellas transacciones que interesan a los tres menores de edad, concurre una causal de nulidad absoluta y manifiesta, el Juez está autorizado para declararla de oficio (Art. 219, inc. 8, y Art. 220 del C.C.). Por otra parte, **no se aplica la doctrina de los actos propios si han variado las condiciones que se daban al producirse la conducta vinculante**. En el caso sub júdice, las condiciones y circunstancias que se daban al celebrarse la primigenia transacción extrajudicial (02 de

¹¹¹ Ob. Cit. p.190.

¹¹² **De la Puente y Lavalle, Manuel.** *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo III. Segunda reimpresión de la Segunda edición actualizada, Lima, Palestra editores, 2007, pp. 108 y 109.

¹¹³ Cfr.: **Castillo Freire, Mario.** *La Teoría de los Actos Propios*. Primera edición, Lima, Palestra editores, 2006, p. 109.

setiembre del 2000) evidentemente variaron con el transcurso del tiempo, tan cierto es ello que con fecha 04 de noviembre del 2000 las partes celebran un segundo acuerdo transaccional que le denominan “addendum”, y en virtud del cual Yanacocha duplica el monto de las indemnizaciones pactadas en la primigenia transacción a favor de la demandante y de sus tres menores hijos. Este segundo acuerdo evidencia que la controversia fue reabierta por ambas partes y que las condiciones variaron con el paso del tiempo, esto es que el progresivo agravamiento de las lesiones tenía lugar en razón de la naturaleza de la intoxicación por mercurio, y por tanto, las condiciones existentes al celebrar el segundo documento fueron distintas a las que se daban al celebrar la referida transacción extrajudicial.

Asimismo, respecto a las buenas costumbres, corresponde al Órgano Jurisdiccional en la causa sub materia analizar en la sentencia si las transacciones fueron celebradas respetando los cánones fundamentales de honestidad a la luz de la conciencia social, pues el presente caso es muy particular, no se trata de un daño a la salud típico ocurrido por ejemplo en un accidente de tránsito donde las consecuencias son más que previsibles, sino se trata de una contaminación química producto de un derrame de mercurio, donde las consecuencias inmediatas y sobre todo futuras, pueden ser del total desconocimiento de los pobladores rurales, en su mayoría campesinos, con niveles ínfimos de educación, que podrían desconocer los posibles daños actuales y futuros a su salud producto de dicha contaminación; mientras que, Minera Yanacocha, habría tenido la responsabilidad de explicar a dichas personas los efectos de una posible contaminación por mercurio, pues como se ha señalado anteriormente, el agente receptor del comportamiento debe haber obrado de buena fe; la mala fe impide la aplicación de la teoría de los actos propios. Todos estos aspectos corresponden ser analizados durante el desarrollo del proceso, con la actuación de los medios probatorios pertinentes, lo cual resulta inviable a través de una excepción de forma con una cognición sumaria; por todo esto además, corresponde analizar la excepción de transacción extrajudicial sub litis como un medio de defensa de fondo.

También es importante tener en cuenta que la Teoría de los Actos Propios tiene una aplicación residual, esto es que solamente se aplica cuando el ordenamiento jurídico no provee de otra solución para la conducta contradictoria; por consiguiente, no es aplicable esta teoría cuando la ley regula una solución expresa para la conducta contradictoria, sea impidiéndola o permitiéndola¹¹⁴. En ocasiones la variación de la doctrina está justificada por las circunstancias del caso o existen intereses sociales prevalentes que llevan al legislador a autorizar retrocesos y contramarchas¹¹⁵. En el caso de autos existen ya normas expresas, contenidas en los Arts. 446 y 453 del Código Procesal Civil vigente, que establece que el demandado solo puede alegar determinadas excepciones, donde no se considera de forma alguna la excepción de transacción extrajudicial; por consiguiente, no cabe la aplicación o creación de otras excepciones, vía interpretación o de la aplicación de la doctrina de los actos propios, más aún que, como se ha señalado anteriormente,

¹¹⁴ Cfr. **López Mesa, Marcelo J. y Rogel Vide, Carlos**, Ob. Cit., p. 180.

¹¹⁵ Conclusión 3ª del despacho de la Comisión 8 de las Novenas Jornadas Nacionales de Mar del Plata, 1983.

la intervención judicial resulta imprescindible toda vez que la Teoría de los Actos Propios trata sobre un impedimento de orden procesal.

También es inaplicable esta doctrina al caso concreto, para resolver en la etapa postulatoria una excepción, ya que existe doctrina sólida que postula que esta doctrina opera procesalmente como defensa de fondo y por tanto debe ser objeto de pronunciamiento solo en la sentencia. Con suma claridad López Mesa y Rogel Vide expresan al respecto:

“Procesalmente, la doctrina opera como defensa sustancial o de fondo, y no como excepción de previo y especial pronunciamiento; y debe ser opuesta al contestar la demanda o el traslado de la pretensión que se trate. No configura una excepción en sentido estricto, sino una defensa amplia, abarcadora, hábil para frustrar la pretensión desleal. Ello, obvio es, sin perjuicio de su posibilidad de invocación de oficio, en los casos en que ella procede...”¹¹⁶

Por tanto, determinar si la obligación indemnizatoria se extinguió o no es un tema de fondo que el juez debe resolver en la sentencia. En este orden de ideas, si los tres emplazados al formular la excepción materia de análisis alegan que la obligación referida se extinguió por el mérito de las transacciones extrajudiciales y, además hubieran alegado expresamente como medio de defensa la doctrina de los actos propios (cosa que no lo hicieron), estos dos aspectos, estrechamente vinculados, configuran defensas de fondo que deben ser objeto de resolución en la sentencia.

La doctrina de los actos propios impone la probanza de ciertos hechos que configuran, entre otros, los requisitos anotados, por ello la doctrina se inclina por considerarla como una defensa de fondo que debe ser alegada por la parte interesada, a fin de preservar los principios del contradictorio, de defensa y de congruencia procesal:

“Esta -la doctrina que se analiza- viene así a cumplir una defensa de fondo, pues ataca el derecho subjetivo e impide su recepción jurisdiccional (...) Sucede que el Juez puede no conocer la conducta sistemática precedente, o que no surja de los elementos de prueba agregados; o bien, que la presunta contradicción no tenga estricta vinculación con el asunto que tramita la litis. En estos casos, el problema del ámbito de composición del entuerto (principio de contradicción, principio de congruencia) le impide al sentenciante introducir otros argumentos de hecho que no hubieran sido planteados por las partes (...) Sin embargo, interpretado el principio en la medida del alcance que pretendemos asignarle (residual), parece más coherente afirmar la necesidad de que se oponga como defensa y se prueba la conducta incompatible con el obrar anterior, so riesgo de privar al principio de su presencia en el proceso”.¹¹⁷

¹¹⁶ Ob. Cit. p. 150.

¹¹⁷ **Gozáni, Osvaldo A.** *La Conducta en el Proceso*, La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1988, pp. 215 y 219. Este mismo autor cita en este lugar a Edgardo Alberti, quien advierte “Lo necesario, en todo caso, es que la conducta precedente respecto de la cual la pretensión provocaría una contradicción inatendible por el Tribunal, sea invocada y probada en sí misma: cual todo otro hecho de la causa. De manera que si no estuviera ya contenida en la relación formulada por el pretensor –contra el cual ella sería vuelta

10. Del Informe Defensorial N° 62 sobre el caso sub materia

La Defensoría del Pueblo, en el mencionado Informe N° 62, da cuenta de la investigación y análisis sobre los hechos ocurridos con relación al derrame de mercurio en las inmediaciones de las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan, en la Provincia de Cajamarca.

Entre otras conclusiones se establece (conclusión N° 22) que la Empresa Minera Yanacocha S.R.L. había sido sancionada administrativamente por estos hechos, llegando a consentir tal sanción. Así mismo se estableció que el chofer Esteban Arturo Blanco Bar fue el único procesado penalmente por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud (condenado a dos años de pena privativa de la libertad con ejecución suspendida); y contra los directivos de la Minera demandada y de Ransa por los delitos contra la seguridad pública y peligro común, en su modalidad culposa y en agravio de la sociedad, habiéndose reservado el representante del Ministerio Público denunciarlos por delito ecológico; en tanto que los agraviados no se constituyeron en parte civil.

Así mismo, se señala en el Informe N° 62 emitido por la Defensoría del Pueblo, en fojas 983 (conclusión 26), que las transacciones extrajudiciales sub materia vulneran los derechos al debido proceso y a una tutela jurisdiccional efectiva de los afectados -pues versan sobre derechos extra patrimoniales, como el derecho a la vida y la salud-, derechos de la persona humana reconocidos por la Constitución y que tienen la calidad de inherentes a la misma e irrenunciables.

Otra conclusión importante señala que las cuestionadas transacciones extrajudiciales serían nulas de pleno derecho, pues entre otros aspectos de estaría transigiendo sobre los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Las glosadas conclusiones de la Defensoría del Pueblo no hacen sino reafirmar el criterio jurídico de que las transacciones extrajudiciales celebradas entre la empresa minera demandada y la parte demandante son también altamente cuestionables desde la perspectiva de los derechos fundamentales y las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad en un Estado Constitucional de Derecho.

VIII. FUNDAMENTOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA PARTE DEMANDANTE

1. La falta de legitimidad para obrar como excepción

1.1. Como se ha visto, la legitimidad para obrar es una de las condiciones del ejercicio válido de la acción, y ha sido reconocida por nuestro Código Procesal Civil, particularmente en los Arts. IV del T.P. y 427 inc.1º.

por la interpretación de su sentido-, el demandado estará constreñido a referir cuál haya sido la conducta antecedente, y a probarla de negar el pretensor haber actuado de tal manera”.

1.2. La falta de esta condición de la acción faculta al demandado a proponer la excepción de falta de legitimidad para obrar, sea activa o pasiva, según norma contenida en el Art. 446 inc. 6º.

1.3. La legitimidad para obrar debe ser examinada por el Juez en la calificación de la demanda, al resolver la defensa de forma pertinente o en vía de saneamiento procesal. También el juez puede excepcionalmente pronunciarse sobre ella al expedir sentencia, al amparo de la norma contenida en el último párrafo del Art. 121.

1.4. La doctrina ha conceptualizado la legitimidad para obrar del siguiente modo:

a) Señala Luís Loreto, siguiendo sustancialmente la concepción de Chioventa, que la legitimidad para obrar o cualidad:

“...expresa una relación de identidad lógica entre la persona del actor, concretamente considerada, y la persona abstracta a quien la ley concede la acción; y de identidad lógica entre la persona del demandado, concretamente considerada, y la persona abstracta contra quien la ley concede la acción”.¹¹⁸

b) Enseñaba Giuseppe Chioventa que:

“...para que para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere que éste corresponde precisamente a aquel que lo hace valer y contra aquel contra quien es hecho valer; o sea, considere la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva)”.¹¹⁹

c) Según Juan Montero Aroca, es necesario distinguir entre la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica material y la posición habilitante para formular una pretensión (legitimación activa) o para contradecirla (legitimación pasiva), posición que a su vez puede ser ordinaria o directa, cuando quien demanda afirma ser titular del derecho subjetivo e imputa la titularidad pasiva al demandado, o puede ser también extraordinaria o indirecta, lo que tiene lugar cuando el que demanda no afirma ser titular del derecho subjetivo o no imputa la titularidad pasiva al demandado, sino que interviene por ley para proteger un interés, sea éste privado, social o público¹²⁰. Las concepciones de Luis Loreto y Chioventa corresponden únicamente a una definición de la legitimidad para obrar ordinaria, pues establecen una relación

¹¹⁸ **Loreto, Luís.** *Contribución al Estudio de la Excepción de Inadmisibilidad por Falta de Calidad.* En: Estudios de Derecho Procesal Civil, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Volumen XIII, 1956.

¹¹⁹ **Chioventa, Giuseppe.** *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I.; p. 185.

¹²⁰ Cfr.: **Montero Aroca, Juan.** *La Legitimación en el Proceso Civil.* Primera edición, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1994, p. 35 y 36.

directa entre el titular del derecho y quien formula la pretensión, y así mismo, entre quien es objeto de la imputación de una obligación y el derecho de contradecir. Para conceptuar adecuadamente a la legitimidad para obrar, incluyendo a la ordinaria y extraordinaria, debe considerarse a la legitimidad como la autorización del ordenamiento jurídico para proponer una pretensión procesal o para contradecirla, sea que tal autorización provenga de ser titular del derecho u obligación o bien que provenga de la facultad expresa concedida por una norma jurídica. En conclusión, en el caso sub júdice, debe establecerse si la parte demandante está o no autorizada (legitimada en forma activa y extraordinaria) por el ordenamiento jurídico para formular la pretensión indemnizatoria por daño al medio ambiente.

1.5. Considerando diversos criterios de clasificación de la legitimidad para obrar puede ser activa y pasiva, principal y secundaria, permanente y transitoria, singular y plural, ordinaria y extraordinaria. Con respecto a esta última clasificación, importante para el presente caso, es necesario recordar que la excepción pertinente de los emplazados está dirigida a denunciar la inexistencia de la legitimidad para obrar activa y extraordinaria de la parte demandante para proponer la pretensión indemnizatoria por daño ambiental. En tal sentido debe puntualizarse que la legitimidad ordinaria corresponde a quien afirma ser titular de un derecho y por tanto habilitado para formular una pretensión procesal, mientras que en la legitimidad extraordinaria, no obstante no afirmarse ser titular de un derecho, la norma jurídica expresamente autoriza para proponer una pretensión concreta.

1.6. En el presente caso, tanto Minera Yanacocha S.R.L. como Esteban Arturo Blanco Bar han formulado excepción cuestionando la legitimidad para obrar activa, principal, permanente, singular y extraordinaria, alegando que la demandante Quiroz Villaty carece de legitimidad para formular la pretensión indemnizatoria por el daño ambiental, a raíz del derrame del mercurio.

1.7. El Art. 82 concede únicamente legitimidad para obrar extraordinaria y activa a las siguientes instituciones: el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que, según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello. De igual forma, las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio. En tal virtud, la demandante carece de legitimidad para obrar, tanto ordinaria como extraordinaria, pues no está autorizada por el ordenamiento jurídico para proponer esta pretensión procesal indemnizatoria en la instancia judicial.

1.8. De otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0221-1997-AA/TC, al referirse a la *legitimatío ad causam* para la defensa de los intereses difusos o colectivos, lo hace en el marco normativo del Art. 26, tercer párrafo, de la Ley 23506, sobre Hábeas Corpus y Amparo, hoy derogada, que habilitaba a cualquier persona a interponer demanda de amparo ante la violación o amenaza de violación de dere-

chos constitucionales de naturaleza ambiental, supuesto que no corresponde al presente proceso, que tiene por objeto la indemnización que se tramita en la vía procedimental de conocimiento ante el Juez civil, y no un proceso iniciado ante un Juez Constitucional. De lo que se concluye que aquel argumento de la actora y recurrente también carece de asidero jurídico.

2. Conclusiones sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar activa

En esta parte se puede concluir que la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte demandante, con relación a la pretensión indemnizatoria por el daño ambiental en el presente proceso, resulta fundada, tal como efectivamente las instancias de mérito la han declarado. Por consiguiente, el recurso de casación en este extremo debe ser desestimado al no haberse verificado la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, como se denunció en el indicado recurso.

Al declararse fundado el recurso de casación por causal procesal, en cuanto a la excepción de conclusión del proceso por transacción, carece de objeto pronunciarse sobre la causal material de inaplicación de las normas contenidas en los Arts. 5 y 1305 del C.C. referida a la misma excepción.

IX. DE LA CAUSAL PROCESAL CASATORIA Y EL REENVIO

La parte pertinente del Art. 396 previene que si la sentencia declara fundado el recurso, además de declararse la nulidad de la sentencia impugnada, la Sala debe completar la decisión, y si se trata de la causal prevista en el inciso 3º del Art. 386 (error in procedendo) debe reenviar y reponer el proceso al estado en que se cometió el vicio procesal que determinó la sentencia casatoria. De ello se constata indubitablemente que si se declara fundado el recurso por causal procesal, sea por contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso o por infracción a las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, el proceso debe reenviarse al estadio procesal que corresponda para que el juzgador subsane el vicio advertido y emita nueva decisión.

En el presente caso, se declara fundado el recurso de casación por causal procesal en lo concerniente a la excepción de conclusión del proceso por conciliación; entonces cabe preguntarse ¿puede resolverse en instancia de mérito sobre la excepción si se ha declarado fundado el recurso por causal procesal?

Nuestro ordenamiento procesal no ha previsto expresamente normas a este respecto, razón por la que es necesario integrar la norma procesal, tal como lo autoriza el Art. III, segundo párrafo, que establece que en caso de vacío o defecto en las disposiciones del Código, se recurrirá a los principios generales del derecho procesal y la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso concreto.

En aplicación de los principios procesales de dirección del proceso, celeridad y economía procesal es viable el pronunciamiento de este Colegiado en instancia de mérito sobre la fundabilidad de las excepciones y defensas previas, aún cuando el recurso se estima por

causal procesal, como en efecto se hace en la presente resolución. El juzgador es el director y conductor del proceso, en todas las instancias y debe velar por la rápida solución no solo del fondo del litigio sino de toda articulación de previo y especial pronunciamiento, como es el caso de las excepciones, teniendo el deber de impedir cualquier dilación y procurar la economía de esfuerzos, de gastos y de tiempo; pues, en el proceso, el tiempo es más que oro, es justicia (Couture).

X. DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA CASATORIA

La jurisprudencia vinculante que se establece por la presente tiene fuerza vinculatoria para los jueces de todas las instancias de la República, será de obligatoria observancia para los casos similares, en los procesos de naturaleza homóloga desde el día siguiente a su publicación oficial, hasta que no sea modificada por otro pleno casatorio. No será vinculante para los casos similares que ya fueron resueltos por resolución firme; por tanto, no tendrá efectos retroactivos, sino alcances *ex nunc*, es decir, efectos solo a partir del día siguiente de su publicación.

XI. DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PLENO CASATORIO

La Constitución (Art. 141) dispone, entre otros, que corresponde a la Corte Suprema fallar en casación. Los órganos jurisdiccionales son la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica (Art. 143, segundo párrafo). A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial previene en su Art. 80 inc. 8º que son atribuciones de la Sala Plena las señaladas por la Constitución, la ley y el reglamento. Precisamente la ley ordinaria, como es el caso del Código Procesal Civil, reconoce y regula en el Art. 400 la doctrina jurisprudencial, la misma que tiene la calidad de jurisprudencia vinculante y que se genera en el Pleno Casatorio. El mismo Código establece en su Décima Disposición Complementaria y Final que sus normas procesales se aplican preferentemente respecto de las reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De todo ello se desprende, sin lugar a dudas, que existe una cadena de remisiones legitimantes que cautelan el principio de reserva de ley orgánica para establecer tanto la competencia de los Juzgados y Colegiados en el conocimiento de los procesos como de los recursos impugnatorios. Por consiguiente, la Constitución establece la estructura básica de los órganos jurisdiccionales, dentro de los cuales se encuentra la Corte Suprema. La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en parte la competencia, determinando los asuntos que deben conocer los diferentes órganos jurisdiccionales, y en otra parte, remitiendo a una ley ordinaria para fijar otras reglas y criterios de competencia. Esta ley ordinaria, para el proceso civil, viene a ser esencialmente el Código Procesal Civil; por tanto, en virtud del principio de legalidad de la competencia, ésta se establece en atención a normas legales y a diversos criterios como materia, territorio, turno, cuantía y función, según los casos. De ello se puede concluir que la competencia para conocer del recurso de casación por parte de la Sala Plena en calidad de Pleno Casatorio, regulado por el citado Art. 400, cumple tanto con el principio de reserva de ley como con la pre-determinación legal que exigen los Arts. 143 y 139 inc. 3º, segundo párrafo de la Carta

Fundamental. Además, debe tenerse en cuenta que los derechos al Juez predeterminado por ley y al acceso a los recursos (Art. 139 inc. 6º) son derechos de configuración legal, por cuanto el legislador ordinario regula la forma y condiciones en que deben ejercitarse en un proceso; es decir, que se establece por ley las reglas de competencia, los plazos, formalidades y recaudos que deben observarse y cumplirse para interponer los recursos impugnatorios pertinentes.

En la sentencia de fecha 30 de Junio del 2003 recaída en el Exp. N° 1013-2003-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley está expresado en términos dirigidos a evitar que se juzgue a una persona por órganos jurisdiccionales de excepción o por comisiones especiales creadas exprofesamente y ex post facto o por jueces ad hoc. Este derecho significa que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial para garantizar la independencia e imparcialidad del juez. También ha considerado aquél Tribunal que el derecho a la predeterminación legislativa del juez:

“(...) no puede ser entendida en términos absolutos, no solo porque ningún derecho constitucional tiene tal cualidad, sino, además, porque existen otros bienes y principios constitucionales que también exigen ser optimizados”.

La competencia del Pleno Casatorio para expedir sentencia casatoria, con carácter vinculante, está predeterminada por la ley. Además, persigue varias finalidades de relevancia constitucional como la aplicación e interpretación correcta del derecho objetivo, la uniformidad de la jurisprudencia, hacer efectivo el derecho de igualdad en los justiciables, optimizar el principio de seguridad y certeza, así como hacer predecible la impartición de justicia en nuestro país. Por lo demás, en el Código de Procedimientos Penales se reguló desde 1940 el Recurso de Revisión penal, el mismo que era ventilado y resuelto por la Sala Plena de la Corte Suprema en ejercicio de una potestad jurisdiccional predeterminada por la ley.

XII. RESOLUCIÓN

Por estos fundamentos, **NUESTRO VOTO** es porque se declare **FUNDADO** en parte el recurso de casación interpuesto por doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, y Walter Steve Cuenca Quiroz; se **CASE** la resolución impugnada, en consecuencia, **NULO** el auto de vista de fecha 27 de diciembre del 2006, corriente a fojas 1358, y **actuando en sede de instancia, SE REVOQUE** la resolución apelada dictada en la Audiencia de Saneamiento Procesal del 08 de enero del 2004, en el extremo que declara **FUNDADA** la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a los menores Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, así como Walker Steve Cuenca Quiroz, propuesta por Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, y **REFORMANDOLA** se declare **IMPROCEDENTE** esta excepción; se **REVOQUE** la misma resolución del Juez de Primera Instancia en cuanto declara **INFUNDADA** la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, y **REFORMÁNDOLA** se declare

IMPROCEDENTE esta excepción. Se declare **INFUNDADO** el recurso de casación en la parte referida a la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte demandante respecto de la pretensión indemnizatoria por daño al medio ambiente propuesta por los nombrados emplazados Minera Yanacocha S.R.L. y Esteban Arturo Blanco Bar. Se **DECLARE** que carece de objeto pronunciarse sobre la causal de inaplicación de normas de derecho material respecto de la excepción de conclusión del proceso por transacción. **DECLARARON** que constituye doctrina jurisprudencial con carácter vinculante conforme a los alcances y efectos previstos en el octavo y décimo séptimo considerandos, respectivamente, lo siguiente:

1. Como se previene en el Art. 443, resulta procedente la excepción de conclusión del proceso por transacción si concurren los dos siguientes requisitos: **a)** cuando se inicia un proceso idéntico a otro anterior; y **b)** que el primer proceso idéntico haya concluido por transacción judicial homologada por el juez que conoce del proceso. En consecuencia, la procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos, de tal modo que la transacción extrajudicial alegada por la parte emplazada, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar un supuesto de proceso idéntico y, en tal virtud, no puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso.

2. Si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y en calidad de defensa de fondo, alegando la extinción de la obligación demandada por efecto de aquélla, para que el juez se pronuncie sobre esta defensa material en la sentencia.

3. Desde que en las defensas de fondo se discute el derecho sustancial, es en la sentencia donde podrá definirse si la transacción extrajudicial extinguió, total o parcialmente, la obligación que se reclama en la demanda.

4. Para el patrocinio de intereses difusos, en un proceso civil, únicamente tienen legitimidad para obrar, activa y extraordinaria, las instituciones y comunidades a que se refiere el Art. 82, por cuanto es una colectividad la titular de los intereses o derechos transpersonales y no una persona individualmente considerada.

5. Si bien, cuando se declara fundado el recurso de casación por una causal procesal (error in procedendo) se debe reenviar la causa a la instancia pertinente para que el Juzgador subsane el vicio procesal encontrado y emita nueva decisión, a tenor de lo dispuesto en el Art. 396; sin embargo, se advierte un vacío normativo para el supuesto de que en sede casatoria se ampare o desampare una de las excepciones previstas en el Art. 446 del mismo cuerpo legal o una defensa previa; ante tal vacío, debe integrarse la norma procesal aplicando los principios de dirección, economía y celeridad procesal y procederse a emitir pronunciamiento en sede de instancia sobre la procedibilidad y fundabilidad de las excepciones y defensas previas.

Se **DISPONGA** la publicación en el Diario Oficial El Peruano; en el proceso de conocimiento seguido por Giovanna Angélica Quiroz Villaty y otros contra Minera Yanacocha

S.R.L. y otros sobre indemnización de daños y perjuicios. **Vocal ponente señor Ticona Postigo.**

SS.

Antonio Pajares Paredes

Hugo Sivina Hurtado

Víctor Lucas Ticona Postigo

Jorge Alfredo Solís Espinoza

Jacinto Julio Rodríguez Mendoza

José Luís Lecaros Cornejo

María del Carmen Rita Gallardo Neyra

**Secretaria General de la Corte Suprema
de Justicia de la República**

PLENO CASATORIO - VOTO EN MINORÍA

Casación N° 1465-2007-Cajamarca

Demandantes:

Giovanna Angélica Quiroz Villaty; Walter Steve Cuenca Quiroz; Euler Jonathan Mendoza Quiroz y José Ronny Mendoza Quiroz.

Demandados:

Empresa Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Arturo Blanco Bar.

Materia:

Indemnización por daños y perjuicios

Proceso:

Conocimiento

Sumario:

I. DEL PROCESO.

1. Demanda.
2. Contestación.

II. DE LAS EXCEPCIONES.

1. De la demandada Minera Yanacocha S.R.L. (fojas 248)
2. De la denunciada civil Ransa Comercial S.A. (fojas 752)
3. Del litisconsorte necesario pasivo Esteban Arturo Blanco Bar. (fojas 1173)
4. Resolución de Excepciones.

III. PARTES DE LA RESOLUCIÓN DE VISTA IMPUGNADAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN.

Extremos del auto de vista que son materia de recurso de casación.

IV. CAUSALES DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS.

V. CONSIDERACIONES PREVIAS.

1. Motivación y argumentación jurídica.
2. De los fines de la casación.
3. De la Doctrina Jurisprudencial.
4. El derecho de contradicción y los medios de defensa.
5. De los presupuestos procesales y las condiciones del ejercicio válido de la acción.
6. De las defensas de forma y las defensas de fondo.

VI. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES CONTRADICTORIAS DE LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA.

1. Razón de relatoría y convocatoria al Pleno Casatorio.
2. Criterio jurisprudencial de la Sala Civil Permanente.
3. Criterio jurisprudencial de la Sala Civil Transitoria.

VII. FUNDAMENTOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO POR TRANSACCIÓN.

1. Sobre la transacción.
2. Clases de transacción.

3. Efectos distintos según se trate de transacción extrajudicial o de transacción judicial.
4. Diferencias entre la Transacción y la Cosa Juzgada.
5. De la excepción de conclusión del proceso por transacción.
6. De la razonabilidad de los derechos fundamentales de acción y contradicción.
7. De la aparente antinomia de las normas procesales y sustantivas sobre la excepción de transacción.
8. Criterio de nuestra jurisprudencia sobre la excepción de transacción judicial como defensa de forma.
9. De la inaplicabilidad de la doctrina de los Actos Propios al presente caso.
10. Del Informe Defensorial N° 62 sobre el caso sub materia.

VIII. FUNDAMENTOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA PARTE DEMANDANTE.

1. La falta de legitimidad para obrar como excepción.
2. Conclusiones sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar activa.

IX. DE LA CAUSAL PROCESAL CASATORIA Y EL REENVÍO.

X. DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA CASATORIA.

XI. DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PLENO CASATORIO.

XII. RESOLUCIÓN.

SEGUNDO PLENO CASATORIO CIVIL

Corte Suprema de Justicia de la República

Pleno Casatorio Civil

SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO

Casación N° 2229-2008-Lambayeque

Demandantes: Rafael Agustín Lluncor Castellanos y Gladys Filomena Lluncor Moloche.

Demandados: Guillermo Cepeda Villarreal; María Emilia Yzaga Pérez; Guillermo Cepeda Yzaga; María Emilia Cepeda Yzaga; María del Pilar Cepeda Yzaga; Rodrigo Cepeda Yzaga; Hugo Jesús Alberto Arbulú Arbulú; Otilia Arbaiza Aguinaga; Delia Marcela Arbulú Arbulú; Marco Antonio Burga Bravo; Leopoldo Edgardo Arbulú Arbulú y Silvia Ortega Ortega.

Materia: Prescripción adquisitiva de dominio

Vía procedimental: Proceso Abreviado

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Materia del recurso.
- III. Fundamentos del recurso.
- IV. De la convocatoria al Pleno Casatorio.
- V. Consideraciones.
 - A. De la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.
 - a.1. El debido proceso: Aspecto formal y sustancial.
 - a.2. De la motivación de las resoluciones.
 - B. De la posesión, la propiedad y otras instituciones afines.
 - b.1. La Posesión.
 - b.2. Formas de adquirir la posesión.
 - b.3. La coposesión.
 - b.4. Clases de posesión.
 - b.4.1. Posesión mediata e inmediata.
 - b.4.2. Servidor de la posesión
 - b.5. La propiedad
 - b.6. Derecho de habitación.
 - b.7. Derecho de uso y arrendamiento.

- b.8. Usucapión: Fundamentos y efectos.
 - b.9. Situación jurídica material y procesal de los demandantes.
 - C. De la interpretación errónea de una norma de derecho material.
 - D. De la inaplicación de normas de derecho material.
- VI. Conclusiones.
- VII. Fallo.

SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LA SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE PERÚ

Casación N° 2229-2008-Lambayeque

En la ciudad de Lima, Perú, a los veintitrés días del mes de octubre de dos mil ocho, los señores vocales supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, por unanimidad han expedido la siguiente sentencia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha dieciocho de septiembre del año en curso; oídos que fueron los informes orales de los abogados de ambas partes; discutida y deliberada que fue la causa, **SE RESUELVE:**

I. INTRODUCCIÓN

1. A fojas ciento veinte a ciento veintiséis corre la demanda interpuesta por Rafael Agustín Lluncor Castellanos y Gladys Filomena Lluncor Moloche contra Guillermo Cepeda Villarreal; María Emilia Yzaga Pérez; Guillermo Cepeda Yzaga; María Emilia Cepeda Yzaga; María del Pilar Cepeda Yzaga; Rodrigo Cepeda Yzaga; Hugo Jesús Alberto Arbulú Arbulú; Otilia Arbaiza Aguinaga; Delia Marcela Arbulú Arbulú; Marco Antonio Burga Bravo; Leopoldo Edgardo Arbulú Arbulú y Silvia Ortega Ortega.

El petitorio de la demanda está dirigido a que se les declare, vía prescripción adquisitiva de dominio, propietarios del inmueble sito en la calle Manuel María Izaga número setecientos sesenta y nueve, Chiclayo.

2. Manifiestan que en el año 1943, don Rafael Lluncor Castellanos entró en posesión del inmueble en litigio, conocido entonces como calle María Izaga N° 126, la cual se identifica ahora con el N° 769, posesión que le entregó María Eugenia Izaga de Pardo, ya fallecida, en reconocimiento de los servicios laborales que le prestaba.

Acota que en dicho inmueble nacieron sus hijos, manteniendo hasta la fecha la posesión del mismo y conduciéndolo como propietario en forma continua, quieta, pacífica y de buena fe por más de sesenta años, siendo el único patrimonio con el que cuenta, habiendo realizado innovaciones en el predio a raíz de la ampliación de la calle María Izaga, teniendo en la actualidad un área total de 31.51 metros cuadrados.

3. Finalmente señalan los accionantes que los que aparecen como titulares registrales del predio en litigio nunca lo han ocupado, por el contrario en forma “ladina y punible” los demandados Arbulú Arbulú incluyeron el predio en litigio dentro de propiedad signada en la Calle siete de enero.

4. Admitida a trámite la demanda se corre traslado a los emplazados, siendo contestada a fojas doscientos cinco por Hugo Jesús Arbulú Arbulú, quien señala que los demandantes saben que el bien materia de litigio tiene propietario y que carecen de justo título, habiendo recibido los descendientes la propiedad de dicho predio, por lo que es falso que los accionantes hayan ejercido algún derecho de propiedad sobre el bien inmueble; asimismo, el recurrente tiene mejor derecho de propiedad sobre el inmueble que la familia Cepeda Yzaga por estar inscrito su derecho con mayor antigüedad y que los demandantes vienen ocupando el inmueble por haber suscrito un contrato de arrendamiento con el representante del señor Guillermo Cepeda Yzaga.

5. A fojas cuatrocientos quince, se apersona Guillermo Cepeda Yzaga, representado por Luis Gómez Pereda y Carlos Gómez Paredes, solicitando se declare infundada la demanda, puesto que los accionantes poseen el inmueble a título de arrendatarios y no de propietarios, por ende no pueden adquirir la propiedad del bien vía prescripción adquisitiva de dominio, siendo los actuales propietarios los hermanos Guillermo, María, Emilia, María del Pilar y Rodrigo Cepeda Yzaga, los que han ejercido tal derecho sobre el inmueble, habiendo obtenido la rectificación judicial del área del predio. Asimismo, el año mil novecientos noventa y ocho iniciaron proceso de desalojo por falta de pago contra los demandantes, proceso que concluyó por conciliación extraprocésal, al haber cancelado los recibos de alquiler hasta julio del año dos mil uno.

6. Mediante sentencia del 01 de junio de 2006 (fojas 614) se declaró infundada la demanda interpuesta por los accionantes, dado que de lo actuado en el proceso acompañado sobre rectificación de área (expediente 1457-2000), se aprecia que en la Audiencia de Pruebas del 25 de septiembre de 2000 (fojas 202 a 205 del citado proceso) el ahora demandante reconoció que ocupaba el inmueble sito en Calle Manuel María Izaga N° 769 como inquilino, precisando que ello ocurre desde hace más de cuarenta años. Siendo así, se concluyó que no concurría el requisito de poseer a título de dueño, toda vez que el demandante reconoció a un titular dador de la posesión, imposibilitando que su posesión pueda presumirse que es a título de propietario, por existir una relación de poseedor mediato a inmediato; además, se concluyó que tampoco podía sostenerse que la posesión del demandante era a título de dueño, toda vez que conocía del proceso de rectificación de área que, a título de propietarios del predio en litigio, iniciaron los hermanos Cepeda Yzaga ante el Segundo Juzgado Civil de Chiclayo.

En relación a la codemandante Gladys Filomena Llúncor Moloche, el A quo estableció que en su condición de hija, en realidad es una servidora de la posesión y como tal, conforme al artículo 897 del Código Civil, no es poseedora y, por tanto, tampoco puede adquirir un bien por prescripción.

7. La sentencia aludida fue apelada únicamente por la codemandante Gladys Filomena Llúncor Moloche, en atención a lo cual la Primera Sala Civil de Lambayeque¹, mediante sentencia de vista del 25 de octubre de dos mil seis (fojas 735), declaró nula la sentencia apelada en el extremo que declaró infundada la demanda interpuesta por Gladys Filomena Llúncor Moloche, ordenando que el A quo emita nueva sentencia, toda vez que en ella se había determinado que la apelante tenía la condición de “servidora de la posesión”, situación que no fue expuesta como fundamento de la contestación de demanda ni fue fijada como punto controvertido, por lo que se imposibilitó la defensa en cuanto a dicha imputación, infringiéndose el inciso 3 del artículo 122º del Código Procesal Civil.

El Colegiado dejó establecido que lo resuelto en primera instancia respecto al señor Rafael Agustín Llúncor Castellanos no podía ser objeto de pronunciamiento en razón de que éste no había apelado la sentencia y por tanto ésta, tenía la calidad de Cosa Juzgada, por lo que la nulidad versaba únicamente en lo que concernía a la apelante.

8. Devueltos que fueron los autos al juzgado de origen, Cuarto Juzgado en lo Civil de Lambayeque, mediante resolución número cincuenta y cuatro, del 30 de enero de 2007, dicta nueva sentencia declarando infundada la demanda, al considerar, entre otros aspectos, que quien ejerce realmente la posesión es el señor Rafael Lluncor Moloche y no su hija codemandante, por haber vivido en el inmueble en calidad de tal, condición que le impide adquirir el predio por prescripción, dado que no cumple con el requisito de conducirse como propietaria como lo señala el artículo novecientos cincuenta del Código Civil. Además, lo pretendido por los demandantes implicaría crear la singular figura de dos poseedores en forma paralela y universal de un mismo bien, ambos con derechos independientes, con la facultad de iniciar, cada cual por su lado procesos de prescripción, pretensión que resultaría manifiestamente improcedente.

9. Apelada que fuera la citada resolución, la Primera Sala Civil de Lambayeque², mediante sentencia de vista del 25 de enero del 2008, confirma la alzada en todos sus extremos, sustentándose en los mismos fundamentos de la recurrida y acotando que el acto de posesión, como propietario, debe ser de manera exclusiva y con el carácter de excluyente, por lo que no puede concurrir en paralelo otro acto de posesión también como propietario del otro peticionante, habiéndose pronunciado sobre este hecho la Corte Suprema en la Casación N° 3140-2000, del 20 de marzo de 2001, en la cual se indicó que de acuerdo al artículo 950 del Código Civil, la propiedad inmueble se adquiere por prescripción, cuando la posesión sea exclusiva y como propietaria por parte de quien demanda la prescripción, por lo que cuando

¹ El Tribunal estaba conformado por los vocales Balcázar Zelada, Zamora Pedemonte y Silvia Muñoz, teniendo como ponente a este último.

² En esta oportunidad el colegiado estuvo integrado por los vocales Balcázar Zelada, Peralta, Cueva y De la Cruz Ríos, siendo ponente el primero de los nombrados.

la posesión es compartida con otra persona natural o jurídica, resulta evidente que no hay una posesión exclusiva y como propietario; en consecuencia, a criterio de la Sala Superior, la demanda no resultaba atendible, toda vez que la codemandante no estaba ejerciendo la posesión como sucedánea de su padre sino en conjunto con él.

Dicha resolución es la que vino en Recurso de Casación por la demandante Gladys Filomena Lluncor Moloche conforme se procede a describir a continuación respecto a los fundamentos esgrimidos por la parte impugnante.

II. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Gladys Filomena Lluncor Moloche, contra la sentencia de vista de fojas ochocientos treinta y tres a ochocientos treinta y cuatro, expedida el 25 de enero de 2008, por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Por resolución del 03 de julio de 2008, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se declaró procedente el recurso de casación por las causales previstas en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 386° del Código Procesal Civil, al haberse satisfecho los requisitos de fondo regulados por los incisos 2.1, 2.2 y 2.3 del artículo 388° del mismo cuerpo legal, por los fundamentos siguientes:

1. Contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso

Señala la impugnante que la recurrida infringe las reglas del silogismo jurídico y de la inferencia, pues se ampara en una sentencia de casación para establecer que la posesión debe ser exclusiva, cuando ello no se verifica de las premisas del artículo 950° del Código Civil; se usurpa la función del legislador al haber modificado dicho dispositivo legal introduciendo un requisito ajeno e incurre en ese razonamiento al hacerlo depender de una sola ejecutoria que no es doctrina jurisprudencial de acuerdo a los términos previstos por el artículo 400° del Código Procesal Civil, por lo que el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede prevalecer sobre la precitada norma.

2. Interpretación errónea del artículo 950° del Código Civil

Indica la recurrente que al crearse un nuevo requisito legal, que implica una restricción al derecho de prescribir y transgrede el principio constitucional de no discriminación y vulnera por omisión el artículo 899° del Código Civil que confiere estatus de derecho sustantivo a la coposesión, según los comentarios de los juristas que cita y propone como interpretación correcta, que el artículo 950° del citado cuerpo sustantivo, señala que la posesión debe reunir tres caracteres: continua, pacífica y pública y que no excluye del derecho de prescribir un inmueble al coposeedor.

3. La Inaplicación de normas de derecho material:

Manifiesta la impugnante que se ha inaplicado el artículo 899° del Código Civil el cual regula el instituto de la coposesión y representa la fuente legitimadora de su derecho.

IV. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO

1. Mediante la misma resolución que declara procedente el recurso de Casación, la Sala Civil Permanente, dispuso remitir los actuados al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República para que se sirva convocar a Pleno Casatorio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400° del Código Procesal Civil, a fin que se constituya doctrina jurisprudencial sobre el caso materia de autos.

2. Por Resolución N° 01-2008-I-Pleno Casatorio-P-CS-PJ, del 07 de agosto de 2008, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 del mismo mes y año, la Presidencia del Poder Judicial, de acuerdo a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 400° del Código Procesal Civil, convoca a Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 18 de septiembre de 2008, habiendo sido designado como Vocal ponente el señor Manuel Sánchez-Palacios Paiva.

V. CONSIDERACIONES

1. Habiéndose invocado vicios in iudicando e in procedendo como fundamentación de los agravios y atendiendo a sus efectos, es menester realizar primero el estudio de la primera causal (de acuerdo orden mencionado en el auto que califica el recurso interpuesto), dados los alcances de la decisión, pues en caso de ampararse la misma, esto es si se declara fundada la Casación por dicha causal, deberán reenviarse los actuados a la instancia de origen para que proceda de acuerdo a lo resuelto, no teniendo objeto pronunciarse en lo que concierne a la causal de interpretación y aplicación de normas materiales.

2. El asunto a dilucidarse en este proceso se centra en esclarecer si se ha incurrido en un errado razonamiento al momento de fundamentar la segunda sentencia de mérito, así como el haber incurrido en errónea interpretación de una norma de derecho material e inaplicado otra que resultaba pertinente al caso de autos.

Para tal cometido se hace necesario tener como puntos de debate o análisis las instituciones jurídicas de la posesión, la propiedad y la usucapión en el ámbito del derecho sustancial, en tanto que como cuestión procesal se abordará el debido proceso, la motivación de las resoluciones judiciales y la figura del litisconsorcio necesario activo.

A. DE LA CONTRAVENCIÓN A LAS NORMAS QUE GARANTIZAN EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO

3. Conforme a lo alegado por la recurrente, se acusa en la sentencia de vista que se ha incurrido en contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido

proceso por presentar una motivación insuficiente, contraponiéndose al principio de la debida motivación legal, puesto que se ha sustentado en una sentencia casatoria que no tiene fuerza vinculante de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), además de haberse concluido, de manera contraria al texto expreso del artículo 950° del Código Civil, que la posesión debe ser exclusiva, cuando en las premisas de dicha norma no se exige tal requisito.

a.1. El debido proceso: aspecto formal y sustancial

4. Con antecedentes que se remontan hasta el siglo XIII, la garantía constitucional del debido proceso -aún sin esa nomenclatura cuando en 1215 la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra otorgó a los nobles ingleses la garantía de *que “ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país”* (Cláusula 48)- es reconocida en nuestra legislación en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Estado.

5. De su inicial concepto como garantía procesal de la libertad (procedural limitation), el debido proceso ganó profundidad y extensión desde fines del siglo XIX, hasta llegar a constituirse en una garantía de fondo (general limitation), garantía sustantiva y patrón de justicia³ reconocida en los principales pactos y tratados internacionales, entre los que cabe destacar los artículos 8° y 10° de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 6° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

a.2. De la motivación de las resoluciones

6. El tema de la motivación de las sentencias y de las resoluciones en general, como es sabido, no ha tenido una alongada práctica en el mundo jurídico, sino que la misma ha sido una conquista de la ciudadanía prácticamente a finales del siglo XVIII, si bien es cierto que en nuestra tradición jurídico castellana tenemos antecedentes históricos en cuanto a la exigencia de la motivación de las sentencias, ese no fue el talante de todos los ordenamientos jurídicos europeos.

7. En efecto, la obligación de motivación de las sentencias es el resultado de una larga y conflictiva evolución histórica⁴, puesto que los reinos europeos, fieles a los principios del *ius commune* no tenían por función motivar sus sentencias, dado que

³ Cf. Linares, Juan Francisco, Razonabilidad de las Leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires, 1970, pp. 15-22.

⁴ Resultan ilustrativos al respecto los sesudos trabajos de: **Colomer, Hernández, Ignacio**, *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p.60 y ss; **Garriga, Carlos y Marta Lorente**, “El juez y la ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)” en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 1, 1997, p. 97 y ss, e **Igartua Salaverría, Juan**, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003.

la actividad de juzgar era una tarea reservada a la nobleza, por lo que el fundamento y respaldo de la actividad de un juez se encontraba en su prestigio social, además que tal comportamiento se debía, también, a la Decretal *Sicut Nobis* de Inocencio III dictada el año 1199, de cuyo texto los comentaristas dedujeron el principio de derecho común según el cual *iudex non tenetur exprimere causam in sententias*⁵.

8. Empero, tal uso judicial, de la no motivación, no fue de general proceder en todos los reinos europeos, dado que en algunos casos se hacía excepciones a tal regla, siendo ejemplo emblemático de ello el reino de Aragón (por el origen contractual de su monarquía), el cual sí se llegó a obligar a los jueces y tribunales a motivar sus sentencias⁶; por lo que en la España tardo medieval coexistieron dos regímenes totalmente diferenciados, por un lado el Castellano que no contemplaba la obligación de motivar las sentencias y por el otro, el Aragonés que sí lo exigía, hasta que se dio la unificación normativa en el siglo XVIII, iniciada con los Decretos de Nueva Planta, lo que se tradujo en la generalización de la prohibición de justificar las sentencia a todo el territorio español⁷.

9. No es sino hasta la llegada de la Revolución francesa cuando se introduce definitivamente la obligatoriedad de fundamentar las sentencias, y se hace a través de la Ley del 24 de agosto de 1790, con la clara intención de someter la actuación del juez a la ley, a diferencia de la antigua forma de actuar del antiguo Régimen, dado que el no motivar constituía un elemento esencial para un ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces⁸.

10. Bien se dice que cuando se empezó a exigir la motivación de las sentencias se perseguía tres funciones esenciales: la primera, tutelar el interés público, porque se concebía la posibilidad de anular la sentencia por notoria injusticia; la segunda, era el permitir a las partes y a la sociedad en general que pudiesen apreciar las justicia de la sentencia redactada, con el objeto que los destinatarios pudiesen aprehender y valorar lo ajustado a Derecho de la sentencia, a efectos de ponderar una posible impugnación de la misma, y la tercera, el expresarse en la sentencia la causa determinante de la decisión, resolvía el problema de saber entre las varias acciones o excepciones formuladas las cuales habían sido acogidas por el juez para condenar o absolver⁹.

⁵ Cf. Colomer Hernández, Ob. cit., p. 64.

⁶ Cf. Garriga y Lorente, Ob. Cit., p.101

⁷ Cf. Colomer, Ob. Cit., p.69

⁸ *Ibidem*, pp. 65-66. Bien se dice respecto a la discrecionalidad que "...es muy importante recordar que la presencia creciente de discrecionalidad ni proporciona inmunidad no es equivalente a una toma de decisiones arbitraria, por el contrario, su existencia, correlativa, al cambio de funciones operado por mucos sistemas jurídicos es, antes que nada, un desafío para la existencia de controles jurídicos y sociales críticos e inescindible de la exigencia de mayores cuotas de responsabilidad por quienes son titulares de un poder de decisión." Cf. Añón, José María, "Notas sobre la discrecionalidad y legitimación", en: Doxa, N°s 15-16, 1994, p. 902.

⁹ Cf. Colomer, Ob. Cit., p. 65.

11. Nuestro ordenamiento legal no ha sido ajeno a tal exigencia, puesto que desde los albores de nuestra República, en la Constitución de 1828, ya se estipulaba en su artículo 122° que los juicios civiles deberían ser públicos, los jueces deliberarían en secreto, pero las sentencias serían motivadas y se pronunciaban en audiencia pública. Garantía ésta que se ha mantenido incólume hasta nuestros días; es más, ha tenido un mayor espectro de aplicación como toda garantía dentro de un Estado Constitucional y Social de Derecho, por lo que el inciso 5 del artículo 139° de nuestra actual Constitución prescribe que es un principio de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan¹⁰.

12. En ese mismo sentido se pronuncian el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el artículo 122° del Código Procesal Civil, textos normativos que señalan los requisitos esenciales para la validez de toda resolución judicial, puesto que su incumplimiento acarrea la nulidad de la misma, puesto que de otro modo no es posible que sean pasibles de cuestionamiento por parte de quienes se sientan afectados con las decisiones adoptadas por los jueces.

13. Ahora bien, en doctrina se suele mencionar que la función de la motivación puede ser en su dimensión endoprocesal o en su dimensión extraprocesal; se dará la primera cuando esté encaminada a permitir un control técnico jurídico de la decisión judicial, que sucesivamente desarrollarán los litigantes (control privado) y los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional); en tanto que la segunda engloba el conjunto de funciones que cumple la motivación fuera del ámbito del proceso, dado que hace referencia a las consecuencias e impacto que el dictado de una resolución jurisdiccional tiene a nivel social¹¹, puesto que, como dice Igartua Salaverría, ni las partes, ni sus abogados, ni los jueces que examinan los recursos agotan el destino de las motivaciones de las sentencias, dado que estas también van dirigidas al público¹².

En suma, motivar significa indicar el motivo por el que ha sido dictada una decisión, por lo que siendo obligación de los jueces dictar decisiones que sean conformes al derecho, se debe presumir que el motivo por el que ha sido dictada una determinada decisión, en vez de otra distinta, consiste en que el juez que la ha dictado de tal

¹⁰ Se dice que: “Entendida como instrumento para evitar la arbitrariedad del poder, la motivación adquiere, además, una particular importancia merced a la evaluación que ha conocido el Estado de Derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en lo protección de los individuos y sus derechos, y que, al consagrar esos derechos en el nivel jurídico más alto, la Constitución, condiciona también la legitimidad (interna) de los actos del poder a la protección de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos.” Cf. **Gascón Abellán, Marina**, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2a ed., Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 192.

¹¹ Cf. **Colomer**, Ob. cit., p.124.

¹² Cf. **Igartua Salaverría**, Ob. cit., p. 24.

modo, considera que la misma es conforme con el derecho. Por lo tanto, cuando el derecho establece que el juez que dicta una decisión debe motivarla, lo que le está exigiendo es que indique el motivo por el que él considera que dicha decisión es conforme al derecho¹³.

14. A nivel doctrinario se acepta que la motivación de las sentencias cumple múltiples finalidades, así por ejemplo: **a)** Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo de este modo con el requisito de publicidad esperado; **b)** Hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; **c)** Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el porqué concreto de su contenido; **d)** Permite la efectividad de los recursos por las partes; y **e)** Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos¹⁴.

Finalmente, se ha expresado que no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional, ya que la exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes¹⁵.

15. Ahora, ingresando específicamente al fundamento del recurso de Casación en lo concerniente a la causal por vicio *in procedendo*, se acusa a la Sala Superior de contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso por presentar una motivación insuficiente, contraponiéndose al principio de la debida motivación legal, puesto que se ha sustentado en una sentencia casatoria que no tiene fuerza vinculante de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), con el fin de confirmar la sentencia apelada que desestima la demanda, además de haberse concluido, de manera contraria al texto expreso del artículo 950º del Código Civil, que la posesión debe ser exclusiva, cuando en las premisas de dicha norma legal no se exige el cumplimiento de tal requisito, por no estar contemplado en su texto.

16. Los interrogantes que prorrumpen de lo expuesto son: *¿La discrepancia de criterios es fuente de afectación del debido proceso?*, igualmente *¿la interpretación errónea de una norma material vulnera la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales?*, *¿el acierto o desacierto en un decisión jurisdiccional afecta el derecho a un debido proceso?*

¹³ Cf. **Hernández Marín, Rafael**, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 145.

¹⁴ Cf. **Chamorro Bernal, Francisco**, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la constitución*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 205, y **Picó i Junoy, Joan**, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 64.

¹⁵ Cf. **Picó i Junoy**, Ob. cit., p. 61.

17. Con relación a la primera cuestión, evidentemente que la discrepancia de criterios entre los órganos resolutores no puede dar pie a considerar que se ha afectado el debido proceso, puesto que, precisamente, las decisiones judiciales se sustentan en criterios jurisdiccionales; ergo, el hecho que se haya aplicado tal o cual norma y que la misma haya sido interpretada de una manera diferente a la esperada por la parte interesada, *prima facie* no puede colegirse que se haya afectado el debido proceso, puesto que para eso existen los medios impugnativos previstos por ley y en todo caso el órgano revisor revocará la decisión cuestionada si es que no comparte los criterios allí expuestos.

Por lo tanto, la disconformidad en la apreciación de los hechos o en la calificación jurídica no puede, de ningún modo, considerarse como un medio de afectación al debido proceso.

18. En lo tocante a la segunda y tercera preguntas; en primer lugar debe dejarse sentado el hecho que la interpretación errónea de una norma de derecho material es causal de casación específica en nuestro ordenamiento procesal, la misma que también ha sido denunciada por la recurrente, por lo que mal puede alegarse el mismo argumento para sustentar la afectación al debido proceso, dado que el tratamiento procesal es diferente para una y otra denuncia. En segundo término, se sostiene que la interpretación del artículo 950° del Código Civil evidenciaría una motivación insuficiente, aserto este que deviene en inasible, toda vez que en el fondo se estaría reclamando que no ha existido una tutela judicial efectiva, pero este derecho se define o conceptúa como uno dirigido a la obtención de una resolución judicial fundada, sin incluirse en él un derecho al acierto de los órganos jurisdiccionales en la aplicación o interpretación de la legalidad¹⁶; en consecuencia, cuando se analiza la debido motivación no se ingresa a cuestionar si una norma fue bien o mal interpretada o aplicada, sino si es que el juzgador ha sustentado las razones por las cuales considera que esa o esas normas legales deben sustentar su fallo, por lo que su pertinencia o no en el caso concreto será materia de análisis en las otras denuncias casatorias.

19. Sobre la invocación de la Casación N° 3140-2000 por la Sala Superior para confirmar la apelada, sin duda que la misma resulta impertinente a la presente litis, puesto que de la lectura de la misma se verifica que los hechos y la materia de controversia son totalmente diferentes al caso sometido a la presente casación, además de no ajustarse dicha resolución suprema a lo preceptuado por el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), dado que, en ninguna parte de su texto se indica que lo decidido tenga efecto vinculante en materia civil, esto es, que a través de ella se estén estatuyendo principios jurisprudenciales¹⁷.

¹⁶ Esta también es la posición que se manifiesta jurisprudencialmente en España, por todo conviene consultar la obra ya citada de **Picó i Junoy**, p. 65.

¹⁷ Hay que dejar constancia que existen errores en la numeración de los considerandos en la sentencia de vista, puesto que luego del cuarto considerando debía seguir, por lógica, el quinto y así sucesivamente, lo que no ha ocurrido dado que se ha consignado *sexto, quinto, sexto, sétimo y octavo*, errores que no resultan relevantes para el análisis de la citada sentencia, toda vez que se advierte que los párrafos guardan una relación consecutiva.

En efecto, en el citado proceso judicial, la parte que actuaba como demandante (pretendiendo la usucapión) poseía el inmueble conjuntamente con su contraparte (contra quien pretendía usucapir). En otros términos; un coposeedor intentaba ser declarado propietario vía prescripción adquisitiva de dominio en desmedro de su similar, hecho radicalmente diferente al que es materia del presente caso.

20. Ahora bien, ¿este dislate cometido por el tribunal superior puede dar lugar a casar la sentencia por indebida motivación?, consideramos que no es viable, no porque el *Ad quem* no haya incurrido en evidente desatino en otorgarle un efecto vinculante a una resolución que no tiene tal calidad, sino que este Pleno Casatorio debe analizar los efectos prácticos (trascendencia del agravio denunciado) que conllevaría el anular la sentencia de vista por esa sola formalidad; esto es, si la nulidad a declararse (como efecto de la casación) haría que el sentido del fallo se vea sustancialmente modificado, de otro modo no tendría razón de ser, que luego de casada la de vista se vuelva a resolver en el mismo sentido.

21. Desde nuestro punto de vista la referencia que hace la Sala Superior a la citada Casación no se configura como un elemento basilar de la sentencia recurrida, sino que la usa como argumento de autoridad; razón por la que, aún en el hipotético caso que no la hubieran mencionado siquiera, los demás considerandos de la sentencia se explican por sí solos (al margen de si se comparte o no los criterios expuestos en ellos); habida cuenta que se sostienen autónomamente y no son dependientes de la alusión a la sentencia casatoria. Reiterando, los considerandos restantes no van embretados a la cita que se hace de la aludida sentencia de Casación. Ergo, no siendo sustancial la referencia a la resolución casatoria N° 3140-2000 (por cierto erradamente invocada), no se considera suficiente para dar paso a la denuncia planteada por la recurrente.

En suma, la causal de contravención al debido proceso no ha prosperado de acuerdo a las razones precedentemente expuestas, por lo que debe ser desestimada; debiéndose pasar al estudio de las siguientes causales que sustentan el recurso de Casación.

B. DE LA POSESIÓN, LA PROPIEDAD Y OTRAS INSTITUCIONES AFINES

Como quiera que en el presente caso no solo se viene discutiendo la calidad de poseedores de los accionantes sino también de usucapientes, consideramos necesario abordar someramente algunas cuestiones relacionadas con las instituciones jurídicas de la posesión y de la propiedad.

b.1. La posesión:

22. Como referente legislativo básico en nuestro ordenamiento civil tenemos que el artículo 896° nos trae una idea de lo que es la posesión, cuyo texto es el siguiente: “Artículo 896: La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”

Pues bien, como comenta Jorge Eugenio Castañeda, la posesión es el poder o señorío de hecho¹⁸ que el hombre ejerce de una manera efectiva e independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente; poder que jurídicamente se protege con la prescindencia de la cuestión de saber si corresponde o no a la existencia de un derecho; más adelante acota que se trata de un poder de hecho, del ejercicio pleno o no de las facultades inherentes a la propiedad, es decir el *usare*, el *fruere* y el *consumere*¹⁹.

Ya en el siglo decimonónico Francisco García Calderón señalaba que se llama posesión la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservarlo para sí. No debiendo confundirse la posesión con la propiedad, puesto que ésta consiste en el derecho de disponer de las cosas a su arbitrio y la posesión en la mera tenencia, que muchas veces no está acompañada del dominio²⁰.

¹⁸ No pretendemos ingresar a debatir sobre el tema pero es pertinente mencionar que a nivel doctrinario se han suscitado amplias discusiones sobre la doble naturaleza de la posesión, como HECHO o como DERECHO o ambos a la vez, que en palabras de García Valdecasas: “Ni siquiera en el Derecho romano es posible negar radicalmente la doble significación. En él -como el mismo Windscheid reconoce- se da lugar a las consecuencias jurídicas de la posesión en ciertos casos en que no existe el hecho de la posesión; no obstante la cual, las fuentes dicen que existe ‘possessio’. Si, pues, la palabra posesión tiene esa doble significación, es decir, si con ella se designan dos objetos de distinta naturaleza, tendremos que admitir con Savigny que la posesión es al mismo tiempo hecho y derecho. Con esta advertencia, sin embargo, que al hablar de la doble naturaleza de la posesión, no pensamos que el hecho sea al mismo tiempo derecho, sino que tanto uno como otro son elementos integrantes de la posesión en la forma y con las peculiaridades que hemos indicado al examinar la conexión existente entre ellos.” Cf. **García Valdecasas, Guillermo**, “La doble naturaleza de la posesión”, en: Anuario de Derecho Civil, Madrid, t VII, 1954, p. 817. De manera parecida se sostiene por otro autor que el problema debe resolver en el sentido de que la posesión es en su origen un hecho, una relación fáctica, una relación de señorío sobre la cosa; pero que a ese hecho el ordenamiento jurídico vincula consecuencias jurídicas importantes. Cf. **Díez-Picazo, Luis y Antoniu Gullón**, *Sistema de derecho civil*, volumen III, *Derecho de las cosas y derecho inmobiliario registral*, reimpresión de la 6a ed., Madrid, Tecnos, 1998, p. 102.

También resulta sumamente ilustrativa la exposición y contrastación de ideas que hace Hernández Gil en cuanto a la naturaleza jurídica de la posesión, vid: **Hernández Gil, Antonio**, *La posesión como institución jurídica y social*, obras completas, t. II, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, pp. 32-46. Tampoco puede dejarse de lado la mención a las obras capitales de Savigny y Ihering, ambas impecablemente reimpresas últimamente. Del primero ver: *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano por M.F.C. de Savigny*, edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2005, p. 19; del segundo de los nombrados: *La teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*, con traducción y estudio preliminar sobre la vida y obras de Ihering por Adolfo Posada, Madrid, Reus S.A., 2004, y *La voluntad en la posesión, con la crítica del método jurídico reinante*, traducción de Adolfo Posada, Segunda parte de la teoría de la posesión, Madrid, Reus S.A., 2003.

En sede nacional, los maestros sanmarquinos Romero y Castañeda, especialistas en la materia, se han decantado por considerar a la posesión como un derecho, siguiendo lo prescrito por el Código Civil de 1936, del cual es símil en su regulación nuestro actual corpus civil.

Cf. **Romero Romaña, Eliodoro**, *Derecho civil. Los derechos reales*, 2a ed. aumentada, t. I, Lima, s/f, p. 74 y **Castañeda, Jorge Eugenio**, *Los derechos reales*, t. I, cuarta edición, Lima, P. L. Villanueva S. A., 1973, pp. 93-94 y 95.

¹⁹ El autor sigue la definición del tratadista argentino Daniel Ovejero. Cf. **Castañeda, Jorge Eugenio**, Ob. cit, p. 101.

²⁰ Cf. **García Calderón, Francisco**, *Diccionario de la legislación peruana*, t. II, edición facsimilar de la segunda edición de 1879, Lima, Grijey, 2003, p. 1559.

23. Únicamente para efectos ilustrativos, conviene mencionar que sobre la posesión existen las dos teorías clásicas, cuyos exponentes son Savigny y Ihering, para el primero la posesión es el poder que tiene una persona de: disponer físicamente de una cosa, acompañado de la intención de tenerla para sí (*animus domini, animus rem sibi habendi*). Sin el elemento volitivo, la posesión es simple detención, la intención es simplemente un fenómeno psíquico, sin repercusión en la vida jurídica. Esta posesión es lo que se ha pasado a denominar la teoría subjetivista de la posesión.

Por su lado, Ihering consideraba la posesión como una relación de hecho, establecida entre la persona y la cosa para su utilización económica. No negaba la influencia de la voluntad en la constitución de la posesión, pero encontraba que su acción no era más preponderante que en cualquier relación jurídica²¹.

24. En palabras de Álvarez-Caperochipi, las discrepancias entre estas dos posiciones se afincan fundamentalmente en el análisis del *animus*; mientras que Savigny, en consonancia con su visión de la posesión como imagen de la propiedad, considera que el *animus* consiste en un *animus domini*, esto es en una voluntad de señorío pleno sobre la cosa, Ihering, desde su perspectiva de la realidad de la posesión, consideraba que bastaba un puro *animus possidendi*; lo cual implica afirmar no solo el valor jurídico de la apariencia, sino también la supremacía (o mejor la realidad) de la apariencia²².

En atención a ello, el citado autor opina que 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 apariencia significativas²³.

25. 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.

²¹ Cf. Castañeda, J. E., Ob. cit, p. 96, también Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial, volumen tercero. Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión*, 4a ed., Madrid, Civitas, 1995, pp. 548-549.

²² Cf. Álvarez Caperochipi, José A., *Curso de derechos reales. Propiedad y posesión*, t I, Madrid, Civitas, 1986, p. 84.

²³ Id. p. 86

De igual guisa, otro de los efectos de la posesión es la posibilidad de su conversión en dominio o en el derecho real de que es manifiestamente exterior mediante la usucapión²⁴.

b.2. Formas de adquirir la posesión

26. Se considera que la posesión se adquiere tanto a título originario como a título derivativo. Es originaria la adquisición cuando se funda en el solo acto de voluntad unilateral del adquirente, en cambio, es derivativa cuando se produce por una doble intervención activa del adquirente y del precedente poseedor y el fenómeno adquisitivo tiene su causa y su origen en la disposición de ese poseedor precedente²⁵.

27. Nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 900° del Código Civil, señala que la posesión se adquiere de manera derivativa (usa el término tradición) u originaria. Esta última se sustentará en el solo acto volitivo del adquirente, en tanto que la primera requerirá la existencia de un poseedor que entregue la posesión y un segundo que la reciba.

b.3. La Coposesión

28. Normalmente se concibe que la posesión es a título exclusivo, pero también es posible que se dé la figura de la coposesión, la misma que se manifiesta cuando varias personas ejercen la posesión sobre el mismo bien en el mismo grado.

Nuestro artículo 899° prevé esta institución jurídica cuando indica que existe coposesión cuando dos o más personas poseen un mismo bien conjuntamente.

De ello surge, en palabras de Hernández Gil, que existen dos notas esenciales de la coposesión, a saberse: **a)** La unidad del objeto sobre el que ostentan el poder los coposeedores y **b)** La homogeneidad del poder, es decir, de la posesión. No existiendo coposesión si el objeto aparece dividido en partes determinadas materialmente y atribuidas a cada sujeto, porque entonces cada parte asume el significado de objeto de una posesión independiente. Acota más adelante que la delimitación material y separada del uso e incompatible con la coposesión, puesto que ésta presupone la presencia de varios en uso no dividido, pero sí compartido.

29. Ahora bien, la indivisión puede ser derivada de la comunidad de bienes y en particular de la copropiedad (cuando existen una titularidad dominial), pero también ésta puede apreciarse como la indivisión de hecho, es decir, con independencia de la existencia o no de un derecho atribuido en régimen de cotitularidad²⁶, a lo que se debe agregar que la aludida indivisión no necesariamente está concernida a la

²⁴ Cf. **Díez-Picazo**, *Sistema...*, p. 98.

²⁵ Cf. **Díez-Picazo**, *Fundamentos...*, p. 603.

²⁶ Cf. **Hernández Gil, Antonio**, Ob. cit, pp.131 y 133.

imposibilidad material de dividir el bien, sino que al hacerse referencia a tal estado es por una cuestión de hecho, donde no haya exclusión entre un coposeedor (o copropietario) frente al otro en la posesión del bien.

30. Es importante destacar la exigencia de la existencia “de una misma situación de posesión” para que llegue a constituirse una “coposesión”, ya que ello evidencia que insoslayablemente debe existir homogeneidad en la forma en que las personas que postulan ser reconocidos como coposeedores accedieron a dicha situación. En consecuencia, no existirá coposesión en aquellos casos en que dos o más personas ocupen físicamente un bien pero el origen de la particular situación de cada uno de ellos sea diverso.

Es en este contexto que se verifica que no existe impedimento alguno en nuestro ordenamiento legal para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir un bien, puesto que la institución jurídica que de ello se originaría sería la de la copropiedad. Se hace especial referencia a la homogeneidad en las posesiones para poder usucapir, dado que de otro modo, si las posesiones son de calidades diferentes, obviamente no se puede decir que existe coposesión.

b.4. Clases de posesión

31. Nuestro ordenamiento civil nos trae una clasificación de posesiones y sus efectos, como se puede verificar de los artículos 905° a 911° del Código Civil; siendo que la posesión puede ser mediata o inmediata, legítima o ilegítima, esta última se sub clasifica de buena o mala fe, y finalmente la posesión precaria, la misma que ha suscitado ardorosos debates a nivel nacional en cuanto a su conceptualización y alcances.

32. La materialización de la posesión se refleja también en la forma de organizar y entender la concurrencia de posesiones, por ello el Derecho alemán concibe la posesión mediata y la inmediata que se disponen superpuestas en concurrencia vertical sobre la cosa, encontrándose en la base la posesión inmediata, que aporta el elemento corporal sobre el que se edifica la pirámide posesoria. En otros términos, el poseedor superior es poseedor por intermediación del sujeto que tiene la cosa, si se prefiere, éste comunica a aquél el corpus necesario para elevarlo a la categoría de poseedor²⁷.

b.4.1. Posesión mediata e inmediata

33. Bajo esa línea de ideas y estando en consonancia a la materia debatida en el presente proceso, importa ahondar respecto a la posesión mediata e inmediata contemplada por el artículo 905° de nuestro Código Civil.

²⁷ Cf. **Jiménez Howitz, Margarita**, “La concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa: especial referencia al artículo 463 del Código Civil” en: Anuario de Derecho Civil, Madrid, t. LII, 1999, p. 613.

Conforme a lo expresado por Hernández Gil, la posesión inmediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediato mantiene una relación de donde surge la dualidad (o pluralidad) posesoria, por lo que el poseedor mediato “ostenta” o “tiene” y no “ejerce”, porque en la posesión mediata predomina la nota de la atribución o el reconocimiento antes que la del “ejercicio” propiamente dicho. El poseedor mediato no posee por sí solo, requiere el concurso (no para compartir, sino para superponerse) de un mediador posesorio, que es el poseedor inmediato. 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 determinada por otro u otros poseedores (mediatos)²⁸.

34. Lo que específicamente se configura como posesión inmediata no puede darse por sí sola, fuera de la mediación; cuando falta ésta, la inmediatividad no es un grado de la posesión, sino simplemente la única forma de poseer. Si para que haya un poseedor inmediato se requiere de un mediato, también el poseedor mediato requiere del inmediato, no siendo concebible una posesión como mediata sin otra inmediata²⁹.

b.4.2. Servidor de la posesión

35. Otro aspecto de relevancia que se debe abordar es el referido al servidor de la posesión que viene regulado por el artículo 897° del Código Civil, el mismo que no se concibe como poseedor porque ejerce el poder posesorio de otra persona en relación de dependencia o subordinación, dado que actúa por orden, no por poder; no es representante, sino instrumento de la posesión, toda vez que no está en un plano de igualdad con el poseedor sino que está subordinado a éste, por lo que, al no ser poseedor, está privado de las acciones e interdictos posesorios³⁰.

En suma, el servidor de la posesión no participa en la posesión ni ésta se desplaza hacia él. El poder efectivo que ejerce sobre la cosa ni es posesorio en cuanto ejercido por él ni incorpora una representación del que ostenta la posesión, toda vez que ésta queda por entero en el otro, en el único poseedor, en el que imparte las instrucciones³¹.

b.4. La propiedad

36. Nuestro Código Civil en su artículo 923 señala que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.

²⁸ Cf. **Hernández Gil**, Ob. cit., p.111.

²⁹ *Ibídem*, p.111, Vid. también **Díez-Picazo**, *Sistema...*, p. 107.

³⁰ Ct. **Ramírez Cruz, Eugenio María**, *Tratado de derechos reales*, t. I, 3a ed., Lima, Rodhas, 2007, p. 404, también **Díez-Picazo**, Ob. dt, p. 671.

³¹ Cf. **Hernández Gil**, Ob. cit., pp. 123-124.

Modernamente se define la propiedad como el señorío más pleno sobre una cosa. Dicho señorío comprende todas las facultades jurídicamente posibles sobre una cosa³².

37. Conforme expresan los tratadistas, en las fuentes romanas no se encontraban definiciones de la propiedad, vocablo que proviene del término latino *proprietas*, que a su vez deriva de *proprium*, que significa lo que pertenece a una persona o es propio, por lo que partiendo de dicha idea, se puede decir que la propiedad es el derecho subjetivo que otorga a su titular el poder de gozar y disponer plena y exclusivamente de una cosa³³.

El romanista español Juan Iglesias comenta que la propiedad es la señoría más general, en acto o en potencia sobre la cosa, por lo que como señoría que es, la propiedad entraña un poder tan amplio, que no es posible reducir a un cuadro la serie de facultades que encierra: derecho de usar, de disfrutar, de enajenar, de reivindicar, etc. En principio, la cosa se somete entera y exclusivamente al dueño, y éste puede traerla, sin cortapisa alguna, a toda clase de destinaciones, dentro de un mundo económico-social que se encuentra siempre en incesante camino. Sin embargo, limitaciones de variada índole le son impuestas por la norma jurídica, para tutela de un interés público o privado, cuando no surgen de la existencia de vínculos o derechos concurrentes como son las servidumbres, prohibiciones de enajenar o de reivindicar, pertenencia de la cosa común (copropiedad), etc. Fuera de tales limitaciones, el propietario puede actuar libremente y tan pronto como desaparecen, la propiedad retorna automáticamente a su estado de plenitud, lo que otros pasan a denominar como la elasticidad de la propiedad³⁴.

b.6. Derecho de habitación

38. De acuerdo a lo normado por el artículo 1027 del Código Civil, cuando el derecho de uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada, se estima constituido el derecho de habitación.

Este es un derecho real en el que el uso del bien se encuentra restringido, dado que se limita a ejercerse sobre una casa o parte de ella que sirve de morada, por lo que tiene como elementos: **a)** el ser un derecho de uso; **b)** el de recaer sobre una casa o parte de ella y **c)** tener por destino la morada del beneficiario³⁵.

Ahora bien, si en principio el derecho de uso puede constituirse a título gratuito nada obsta para que se establezca a título oneroso, puesto que, por ejemplo, el con-

³² Cf. **Alvarez-Caperochipi**, Ob. cit., p. 39.

³³ Cf. **Argüello, Luis Rodolfo**, *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*, 10ª reimpresión de la 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 219.

³⁴ Cf. **Iglesias, Juan**, *Derecho romano*, 12ª ed. revisada, Barcelona, Asid, 1999, p. 155.

³⁵ Cf. **Cuadros Villena, Carlos Ferdinand**, *Derechos reales*, 1ª ed. T. III, Lima, Fecat, 1995, pp. 116-117.

trato de arrendamiento en el fondo implica que el arrendatario ejerza el derecho de uso y habitación sobre el inmueble que ocupa como casa habitación.

39. Del mismo modo el artículo 1028° del mismo código señala que los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta, de lo que emerge que en el caso de una familia, el hecho de otorgarse el uso y habitación de un inmueble a los cónyuges, implica que tal derecho se extienda a los hijos de éstos, siendo inútil exigir que los mismos sean menores de edad o no, puesto que es a consecuencia del derecho otorgado a los padres por lo que los hijos entran a habitar conjuntamente el inmueble.

b.7. Derecho de uso y arrendamiento

40. Conforme expone el autor nacional Jack Bigio Chrem, cuando el derecho de uso se constituye a título oneroso presenta similitud con el derecho que adquiere el arrendatario mediante dicho contrato (pues tanto el arrendatario como el usuario solo adquieren el derecho al uso del bien, mas no a los provechos que éste pudiera generar). No obstante, el autor encuentra algunas diferencias, como son: **a)** Como consecuencia del carácter del derecho real de uso, la transferencia del bien durante el transcurso, de su vigencia no importará su extinción, efecto que sí se puede producir por voluntad del nuevo propietario en el caso de la venta de un bien arrendado conforme a lo dispuesto por el artículo 1708°, inciso 2, del Código Civil; **b)** El derecho de uso es intrasmisible, en consecuencia no puede ser objeto de cesión a tercera persona (artículo 1029° CC) como sí puede suceder con el arrendamiento, que admite ser objeto de cesión de posición contractual (artículo 1696° CC); **c)** Tanto el arrendamiento como el derecho de uso pueden tener origen contractual, el derecho de uso puede constituirse mediante acto unilateral y por testamento, en tanto que el arrendamiento solo tiene como fuente el contrato; y **d)** Si se concede el derecho de uso de un inmueble por medio de un contrato por un plazo determinado, y si al finalizar este el usuario permanece en posesión del bien y el propietario no exige su devolución, aquél se habrá convertido en ocupante precario, no ocurriendo lo mismo con el arrendamiento, en el que la permanencia del arrendatario en el uso del bien más allá del plazo vencido se entiende como continuación de la relación obligacional bajo sus mismas estipulaciones de acuerdo a lo regulado por el artículo 1700° del Código Civil³⁶.

b.8. Usucapión: Fundamentos y efectos

41. Se considera que el real fundamento de la usucapión es el significado constituyente de la apariencia como única realidad del derecho y de la propiedad. La usucapión es algo más que un medio de prueba de la propiedad o un instrumento

³⁶ Cf. **Bigio Chrem, Jack**, *El contrato de arrendamiento. Exposición de motivos oficial del Código Civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 1995, pp.116-117.

de seguridad del tráfico, es la realidad misma (la única realidad) de la propiedad. El substrato dogmático de un orden social patrimonial.³⁷

42. Por eso se dice que la usucapión es una consecuencia necesaria de la protección dispensada a la posesión. Esta normalmente se sacrifica ante la propiedad u otro derecho real (de ahí que se considere un derecho real provisional). Pero cuando, de una parte, la propiedad o el derecho real de que se trate se alían con el abandono y, en cambio, la posesión se alía con el tiempo y la gestión de los bienes, termina triunfando la posesión, que genera un característico y definitivo derecho real. En cierto sentido, la usucapión representa también la superposición del hecho sobre el derecho.³⁸

43. En suma, la usucapión viene a ser el instituto por el cual el poseedor adquiere el derecho real que corresponde a su relación con la cosa (propiedad, usufructo), por la continuación de la posesión durante todo el tiempo fijado por ley³⁹. Sirve además, a la seguridad jurídica del derecho y sin ella nadie estaría cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo, lo que exige que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas.⁴⁰

Nuestro ordenamiento civil señala que la adquisición de la propiedad por prescripción de un inmueble se logra mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años (denominada usucapión extraordinaria), en tanto que, si media justo título y buena fe dicho lapso de tiempo se reduce a cinco años (denominada usucapión ordinaria).

Para el caso de autos nos interesa analizar la cuestión de la usucapión bajo la exigencia decenal de la posesión, puesto que es esta la que he sido invocada por los demandantes, en consecuencia no se pasará a analizar ni el justo título ni menos la buena fe en dicha posesión.

44. Siendo ello así, tenemos que se requiere de una sede de elementos configuradores para dar origen este derecho, que nace de modo originario; así es pacífico admitir como requisitos para su constitución:

a) la continuidad de la posesión es la que se ejerce sin intermitencias, es decir sin solución de continuidad, lo cual no quiere decir que nuestra legislación exija la permanencia de la posesión, puesto que se pueden dar actos de interrupción como los previstos por los artículos 904º y 953º del Código Civil, que vienen a constituir hechos excepcionales, por lo que, en suma, se puede decir que la posesión continua

³⁷ Cf. **Alvarez Caperochipi**, Ob. cit., p. 147.

³⁸ Por lo dicho y más nos remitimos a la magistral obra de **Antonio Hernández Gil**, p. 359 y ss.

³⁹ Cf. **Papaño, Ricardo J., Caludio M. Kiper, Gregorio A. Dillon y Jorge R. Causse**, *Manual de derechos reales*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 666.

⁴⁰ Cf. **Díez-Picasso**, *Sistema...*, p. 146.

se dará cuando ésta se ejerza a través de actos posesorios realizados en la cosa, sin contradictorio alguno, durante todo el tiempo exigido por ley;

b) la posesión pacífica se dará cuando el poder de hecho sobre la cosa no se mantenga por la fuerza; por lo que, aún obtenida violentamente, pasa a haber posesión pacífica una vez que cesa la violencia que instauró el nuevo estado de cosas⁴¹;

c) la posesión pública, será aquella que, en primer lugar resulte, evidentemente, contraria a toda clandestinidad, lo que implica que sea conocida por todos, dado que el usucapiente es un contradictor del propietario o poseedor anterior, por eso resulta necesario que la posesión sea ejercida de manera que pueda ser conocida por éstos, para que puedan oponerse a ella si esa es su voluntad. Si ellos pudieron conocer esa posesión durante todo el tiempo que duró, y no lo hicieron, la ley presume en ellos el abandono y la posesión del usucapiente se consolida⁴²;

d) como propietario, puesto que se entiende que el poseedor debe actuar con *animus domini* sobre el bien materia de usucapión⁴³. Al decir de Hernández Gil, la posesión en concepto de dueño tiene un doble significado, en su sentido estricto, equivale a comportarse el poseedor como propietario de la cosa, bien porque lo es, bien porque tiene la intención de serlo. En sentido amplio, poseedor en concepto de dueño es el que se comporta con la cosa como titular de un derecho susceptible de posesión, que son los derechos reales, aunque no todos, y algunos otros derechos, que aún ni siendo reales, permiten su uso continuado⁴⁴.

Por lo tanto, como se anota en doctrina: ¿Cuál es la posesión que va a investirse formalmente como propiedad mediante el transcurso del tiempo? Se trata exclusivamente de la posesión a título de dueño, conocida como *possessio ad usucapionem*; nunca puede adquirirse la propiedad por los poseedores en nombre de otro (como los arrendatarios o depositarios); cualquier reconocimiento expreso o tácito del de-

⁴¹ Cf. **Albaladejo García, Manuel**, *La usucapión*, Madrid, Colegio de registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles, 2004, p. 69.

⁴² Cf. **Papaño et alii**, Ob. cit., p. 673. Por su lado Hernández Gil comenta: "...No hay una posesión no pública frente a una posesión pública, sino que la general publicidad propia de la posesión aparece aquí subrayada. Por otra parte, la posesión más rigurosamente pública no es una posesión a la vista del público. Siempre que se dé el grado de exteriorización propio del uso de las cosas, según la naturaleza de éstas y las circunstancias, la posesión será pública. Lo que ha de hacer el usucapiente es comportarse en la utilización de la cosa, no de un modo especial, sino conforme a los criterios empíricos usuales. Todo ello habrá de ser objeto de prueba, como todos los demás requisitos, y será materia de debate de manera, si se quiere, más estricta...".

Cf. **Hernández Gil**, Ob. cit., p. 365.

⁴³ Ya decía Toribio Pacheco en el s. XIX, "... como uno de los elementos de la prescripción es la posesión, es necesario que el poseedor posea para sí, que tenga el *animus domini*, de donde se deduce, que no podrá prescribir quien no posee para sí, quien no tiene ese *animus*."

Cf. **Pacheco, Toribio**, *Tratado de derecho civil*, t. III, Lima, Librería Hispano-Francesa, Librería Central, 1864, p. 20.

⁴⁴ Cf. **Hernández Gil**, Ob. cit., pp. 371-372.

recho del dueño interrumpe la prescripción por faltar el título de dueño, dado que los actos meramente tolerados no aprovechan a la posesión.⁴⁵

46. Abundando en argumentos se dice que el concepto de dueño se presenta “... cuando el poseedor se comporta según el modelo o el estándar de comportamiento dominical y cuando el sentido objetivo y razonable derivado de este comportamiento suscite en los demás la apariencia de que el poseedor es dueño. Es, pues, esta apariencia o esta consideración lo que en principio constituye la sustancia del concepto de la posesión. Por tanto, un poseedor en concepto de dueño será una persona que realiza sobre la cosa actos inequívocamente dominicales, de los cuales puede objetivamente inducirse que se considera y que es considerada por los demás como efectivo dueño de la misma (...) tampoco coincide el ‘concepto de dueño’ con el *animus domini*, mientras tal ánimo se mantenga en la irrecognoscible interioridad del poseedor. Es preciso que se manifieste hacia el exterior, suscitando en los demás la indubitada creencia de que posee como dueño...”⁴⁶

b.9. Situación Jurídica sustancial y procesal de los demandantes:

47. De lo considerado, resulta de necesidad el examinar la situación jurídica de los accionantes, dado que únicamente determinando tal condición se puede decidir si es que la sentencia a dictarse implicará también al señor Rafael Llúncor Castellanos, toda vez que el mismo no recurrió de la sentencia dictada por el A quo así como tampoco impugnó la sentencia en revisión que confirmaba la apelada que declaraba infundada la demanda.

Vista la demanda, *prima facie*, conforme ha sido planteada y de acuerdo a lo alegado por los actores parecería que se está ante un litisconsorcio necesario activo, aspecto éste que se pasará a dilucidar a continuación a la luz de las consideraciones precedentes, que imbricado al análisis de la titularidad que les correspondería en el plano material en lo concerniente a la posesión que reclaman tener respecto al inmueble materia de usucapión, puesto que, de otro modo, no es posible, en este caso concreto, arribar a la conclusión de si son o no litisconsortes necesarios.

48. Cuando en un proceso litigan varios sujetos procesales sea como demandantes o demandados se dice que se está ante un litisconsorcio, cuyo concepto puede fijarse como la pluralidad de sujetos procesales que actúan en posición de parte de un mismo proceso, bien sea como demandantes (activo), bien sea como demandados (pasivo) o simultáneamente (mixto), sin romperse por ello el principio de la dualidad de partes⁴⁷.

⁴⁵ Cf. **Alvarez-Caperochipi**, Ob. cit., p.150.

⁴⁶ Cf. **Díez-Picazo**, Ob. cit, pp. 564.

⁴⁷ Estamos siguiendo fundamentalmente la obra de **Dávila Millán, Ma. Encarnación**; *Litisconsorte necesario. Concepto y tratamiento procesal*, 3a ed. revisada y actualizada, Barcelona, Bosch, 1997, p. 21. Vid. También **González Granda, Piedad**, *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, Granada, Comares, 1996, p. 92 *et passim*.

Ahora bien, estos litisconsortes pueden ser voluntarios o necesarios⁴⁸, y estos últimos se clasifican en lo que se denomina litisconsorcio propio y litisconsorcio impropio.

Será propio al existir una relación jurídica sustancial única para todos ellos, por lo que la ley no se limita a autorizar, sino que exige la presencia de todos ellos en el proceso. En tanto que en el impropio, la necesidad no viene expresamente establecida por la ley, sino en aquellos casos que, en una relación jurídica única por su propia naturaleza, estén interesadas diversas personas, y que su tratamiento en juicio solo puede ser efectuado con eficacia cuando todos ellos estén presentes en el proceso⁴⁹. Deduciéndose esta necesidad del derecho material e implícitamente de las normas materiales, dado que en ciertos supuestos de relaciones materiales, la sentencia ha de ser unitaria con referencia a una serie de personas.⁵⁰

49. Siendo así, como bien dice Dávila Millán, el litisconsorcio necesario, más que a una situación exclusivamente procesal, va ligado a la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida⁵¹, es decir, a una cuestión de derecho sustancial y, por eso los códigos procesales, *a priori*, señalan cuáles son los casos en los que esta institución necesariamente se produce. Por lo que el litisconsorcio necesario es aquella figura de pluralidad de partes activas o pasivas, imprescindibles en un proceso impuesto por el carácter único e indivisible, que la relación jurídica sustantiva tiene para todas estas partes. Por ello, el fundamento del litisconsorcio necesario se debe buscar fuera del derecho procesal; pues se debe ir al derecho material, toda vez que aquél trae su causa al proceso de la naturaleza de la relación jurídica sustantiva que se deduce en el mismo.⁵²

⁴⁸ Liebman nos dice que el litisconsorcio necesario se resuelve, desde el punto de vista teórico, en una legitimación para accionar necesariamente conjuntiva respecto de los titulares de la relación jurídica que el actor quiere deducir en juicio. Cf. **Liebman, Enrico Tullio**, *Manual de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos aires, EJEA, 1990, p. 79.

⁴⁹ En otra parte de su obra, Dávila Millán sostiene que el litisconsorcio impropio necesario lo que impone es la actuación conjunta de todos los interesados en la relación jurídico-material deducida en juicio y por la naturaleza de esta, los litisconsortes están unidos de tal modo que a todos afecta la resolución que en el proceso pueda dictarse y a todos compete la legitimación conjunta, bien activa o pasivamente. Siguiendo a Serra Domínguez, señala que en este caso no se trata de una extensión de los efectos de la sentencia a los terceros interesados, sino a la inversa, al no resultar afectados dichos terceros por la cosa juzgada de la sentencia, ésta no podrá ser ejecutada a su respecto, por lo que siendo la sentencia de imposible cumplimiento parcial dada la índole de la relación jurídica declarada, la sentencia devendrá en ineficaz. Cf. **Dávila Millán**, *Ob. cit.*, p. 95.

⁵⁰ *Id.*, pp. 26 y 28.

⁵¹ *Id.*, pp. 97-98, en ese mismo sentido se pronuncia **Juan Montero Aroca** en su libro: *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2007, p. 221 y ss. Dicho autor considera que no existe litisconsorcio necesario activo (p. 235), asimismo tiene una posición crítica en cuanto a los fundamentos de esta institución en cuanto se alude a la extensión de la cosa juzgada, al principio de contradicción, a la evitación de sentencias contradictorias o a la imposibilidad de ejecución de la sentencia (p. 227).

⁵² Cf. **Dávila Millán**, *Ob. cit.*, pp. 50, 51 y 57.

50. En consonancia con lo expuesto, lo que se debe esclarecer aquí es si ambos accionantes tienen la condición de poseedores en el mismo grado del inmueble que pretenden usucapir y a qué título lo ejercen, solo así se podrá discurrir finalmente si tienen la condición de litisconsortes necesarios.

51. Como en sede casatoria no puede ingresarse a debatir sobre las cuestiones probatorias, sino que toda decisión debe limitarse a los hechos ya fijados o establecidos en las instancias de mérito, en atención a lo cual se procederá a analizar los mismos de acuerdo a lo señalado.

52. El señor Rafael Llúncor Castellanos sostiene en su demanda (fojas 121) que viene ocupando el inmueble desde el año 1943, al habersele cedido el inmueble “... en forma voluntaria, pacífica y de buena fe por mi empleadora de ese entonces, María Eugenia Izaga de Pardo, para vivir en él con mi joven cónyuge, Julia Moloche de Llúncor (hoy fallecida) y la progenie que pronto llegaríamos a concebir...”, más adelante acota que “...en el inmueble vieron la luz del mundo progresivamente mis hijos, uno de los cuales es precisamente la co-demandante, quien nació en 1943..”

53. Del propio dicho del actor se colige que quienes ingresaron al inmueble como poseedores fueron él y su cónyuge, para que puedan vivir en el inmueble, es decir para que lo ocupen como morada, lugar donde nacieron sus hijos, entre ellos la co-demandante Gladys Llúncor Moloche.

Independientemente del título de posesión definitivo que haya tenido el señor Rafael Llúncor, que más adelante se precisará, el punto es que de acuerdo a lo descrito por el propio interesado, lo que se constituyó a favor suyo y el de su cónyuge, hoy fallecida, fue un derecho de Habitación en los términos de los artículos 952º y 953º del Código Civil de 1936 -que no ha variado en nuestro actual Código-, por ende ese derecho se extendió a los demás miembros de su familia, es decir a sus hijos nacidos en dicho lugar.

54. Evidentemente que, aceptada la premisa anterior, la posesión del inmueble le fue otorgada al accionante por su propietaria María Izaga de Pardo, hecho que, automáticamente, lo convertía a él y a su cónyuge en poseedores inmediatos, dado que reconocían a una titular superior de la posesión (y en este caso de la propiedad misma) que venía a ser poseedora mediata, la aludida señora María Izaga de Pardo.

Siendo así, resulta palmario que el señor Rafael Llúncor ni su familia pueden haber poseído el inmueble como propietarios, porque sabían, y así se conducían, que la titularidad de la propiedad le correspondía a otra persona. Lo mismo ocurre con la otra accionante, quien ocupa el inmueble en virtud a la extensión del derecho de Habitación que goza su señor padre -hasta este momento del análisis y de acuerdo a los términos de la demanda, se considera que el señor Rafael Llúncor goza del derecho de Habitación, situación jurídica que será contrastada seguidamente con su declaración brindada como testigo en otro proceso- y por lo tanto no tiene posesión a título propio y menos como propietaria al existir una posesión superior o mediata.

55. Otro hecho que las instancias de mérito han considerado probado es el referente al proceso de Rectificación de Área seguido por el señor Aurelio Cornejo Barturén contra Edith Córdova Calle y otros ante Segundo Juzgado Civil de Chiclayo, expediente N° 1457-2000 (el cual corre como acompañado del presente proceso de usucapión), en donde el señor Rafael Llúncor declara como testigo, a fojas doscientos cuatro, y ante la pregunta de que diga cómo es verdad “Que ocupa el inmueble urbano en la calle Manuel María Yzaga N° 769 de esta ciudad, en calidad de inquilino de los señores CEPEDA YZAGA” responde que “...es verdad, desde el año mil novecientos cuarenta y dos, siendo propietario del inmueble don Guillermo Cepeda Izaga.”, hecho que ha tratado de ser negado por el abogado de los accionantes, como se verifica a fojas cuatrocientos treinta y tres de autos, afirmación que luego, de manera contradictoria, trata de ser atenuada cuando seguidamente (fojas cuatrocientos treinta y cuatro) señala: “g. Que aun en la negada e infundada hipótesis que mi citado cliente hubiere sido alguna vez arrendatario, la magistratura deberá apercibirse que tal fantástica condición no le ha sido imputada a mi otra cliente y co demandante, Gladis Llúncor Moloche, quien habita el inmueble desde que nació, esto es, por más de sesenta años y quien nunca ha tenido relación jurídica alguna de ninguna estirpe con alguno de los demandados”.

56. Creemos que hay un deber de coherencia que toda persona y todo litigante en especial (ello incluye a los abogados y demás intervinientes en un proceso) debe demostrar, lo cual se imbrica con la buena fe⁵³; puesto que aún haya resistencia por cierto sector nacional a la aplicación de la teoría de los Actos Propios, no es ágil que las mismas personas afirmen en un momento conducirse como propietarios de un bien y luego, cuando la parte contraria demuestra una condición diferente, pretendan deslindar situaciones jurídicas como la antes anotada, en el sentido que incluso demandando en calidad de litisconsortes necesarios (puesto que ambos alegan tener la misma titularidad jurídica posesoria homogénea), pretendan luego que los títulos posesorios sean considerados independientemente del uno respecto del otro, con lo cual están admitiendo que no tienen la misma posesión que afirmaban inicialmente en su demanda.

57. De lo considerado se tiene que si bien es cierto que el señor Rafael Llúncor es poseedor del inmueble materia de litigio, también lo es que su posesión es en calidad de poseedor inmediato puesto que reconoce una posesión superior a la de él, al haber aceptado su condición de arrendatario del predio, como ya se indicó antes, razón por la cual no puede pretender usucapir al no haberse conducido como propietario del mismo, conforme emerge de la prohibición contenida en el artículo 912° del Código Civil. En síntesis, se colige que no estuvo gozando del derecho de habitación, sino que el inmueble le fue entregado en arrendamiento.

⁵³ No debe pretender confundirse con que en este fundamento se está haciendo alusión a la exigencia de la Buena Fe en la posesión para usucapir, puesto que la existencia de ésta es irrelevante cuando se pretende la prescripción extraordinaria o decenal; en consecuencia a lo que se está haciendo referencia es a la conducta procesal desplegada por los demandantes.

En cuanto, a la hija, Gladys Llúncor Moloche, la misma no tiene calidad de poseedora, toda vez que viene ocupando el inmueble en virtud a la extensión del derecho de Uso del que goza su señor padre, en mérito a lo dispuesto por el artículo 1028° del Código Civil, habida cuenta que por el arrendamiento se da en uso un bien a favor del arrendatario, por lo que al margen de que si se vino pagando o no la renta por dicho contrato, la cuestión es que la señora Gladys Llúncor no viene poseyendo el inmueble como propietaria.

58. De acuerdo a lo señalado y viendo que ninguno de los accionantes (padre e hija) vienen conduciéndose como poseedores a título de propietarios del predio materia de litigio, no se da la figura del litisconsorte necesario (en ninguna de sus clases: propio o impropio), dado que el primero es poseedor inmediato a título de arrendatario y la segunda no es poseedora sino que se le extiende el derecho de uso del padre, en mérito a lo cual ocupa el inmueble; en consecuencia la sentencia a expedirse en Casación se referirá únicamente a la impugnante mas no así respecto al otro accionante quien ha consentido la sentencia de primera instancia, por lo que en cuanto atañe a la esfera jurídica del señor Rafael Llúncor dicha resolución tiene la calidad de Cosa Juzgada, no beneficiándolo ni afectándolo lo que vaya a decidirse en esta sede.

C. DE LA INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE UNA NORMA DE DERECHO MATERIAL

59. Se ha denunciado por la recurrente que se ha interpretado erróneamente el artículo 950° del Código Civil al haberse introducido por el tribunal *Ad quem* un requisito no previsto por ley como es la exclusividad en la posesión, limitándose con ello su derecho a usucapir, dado que la norma no prohíbe que un coposeedor pueda solicitar la prescripción adquisitiva de dominio, por tanto tiene legitimación para lograr un pronunciamiento judicial favorable en ese sentido.

60. Cuando se habla de interpretación errónea nos referimos al hecho que el juez, pese a haber elegido correctamente la norma legal pertinente, se ha equivocado sobre su significado y dándole una interpretación errada le ha dado un alcance diferente al que tiene.

Si bien es cierto que, en principio, toda norma jurídica es pasible de interpretación, no resulta menos cierto que tal interpretación debe encontrar sentido dentro del ordenamiento jurídico vigente y precisamente esa es una de las funciones del recurso de Casación, el de velar por la correcta interpretación y aplicación de las normas.

61. La Sala Superior ha considerado que el acto de posesión, como propietario, debe ser exclusivo y con el carácter de excluyente del peticionario, con el cual no puede concurrir en paralelo otro acto de posesión también como propietario de otro peticionante en el ejercicio de una única tutela jurisdiccional.

62. Conforme ya se expuso ampliamente en los considerandos precedentes, nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que el resultado sería una copropiedad, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación.

Por lo tanto, es evidente que la instancia revisora ha incurrido en una evidente interpretación errónea de la norma aludida, dado que de su texto ni de su interpretación se puede colegir que los coposeedores del mismo rango estén impedidos de usucapir de consuno. Reiterando, es perfectamente posible que dos o más coposeedores de un bien, teniendo el mismo grado homogéneo (al conducirse como propietarios) puedan usucapir, lo que devendría en una copropiedad.

63. Ahora bien, el hecho que haya existido una errónea interpretación de la norma jurídica anotada por el tribunal *Ad quem*, tal situación no conlleva necesariamente a que se deba casar la sentencia impugnada, puesto que ello significaría concluir que las preces de la demanda resultan fundadas, es decir que los accionantes sí tendrían derecho a usucapir, lo cual no es cierto, toda vez que como se ha demostrado anteriormente, los mismos no se han conducido como poseedores en concepto de propietarios, sino que uno de ellos es poseedor inmediato y la otra persona (la impugnante ante esta sede) ocupa el inmueble por extensión del derecho de Uso del que goza el primero como arrendatario, en consecuencia este Pleno Casatorio deberá corregir los fundamentos de la sentencia de vista de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 397º, segundo párrafo, del Código Procesal Civil.

64. Como se sostiene en la doctrina, no tiene relevancia para efectos casacionales la simple denuncia de un vicio existente en los motivos jurídicos de la resolución impugnada si es que la misma no trasciende al fallo ocasionando su no ajuste a Derecho; por lo tanto, la corrección de la motivación que se vaya a realizar, se revela como el mecanismo idóneo porque permite mantener el fallo objetivamente conforme a Derecho y hace desaparecer los fundamentos jurídicos en los que se basó el *Ad quem* y que resultan erróneos por otros que son adecuados y pertinentes. A la vez, todo esto representa una evidente utilidad desde el punto de vista de la uniformidad en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, por cuanto los motivos erróneos contradicen la jurisprudencia establecida y no corregirlos implicaría dejar subsistentes interpretaciones susceptibles de reproducirse en casos posteriores, con evidente peligro para la igualdad, la seguridad y certidumbre jurídicas⁵⁴.

En suma, las irregularidades de la motivación no implican necesariamente la de la parte dispositiva, que puede ser justa y correcta, aunque el juez la haya fundado mal, por lo que la incorrección del razonamiento, en definitiva, solo provoca la revisión del fallo cuando ha sido relevante sobre éste, de otro modo, solamente se rectificará, a efectos didácticos y de justificación, el fundamento jurídico⁵⁵.

Estando a lo expuesto, este colegiado considera que si bien ha existido una errónea interpretación del artículo 950º del Código Civil, tal yerro no puede dar cabida a amparar el recurso de Casación, puesto que el fallo se ajusta a Derecho al no tener

⁵⁴ Cf. **Guzmán Flujá, Vicente C.**, *El recurso de casación civil (control de hecho y de derecho)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 104 y 110.

⁵⁵ Cf. **Nieto, Alejandro**, *El arbitro judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pp.284 y 290.

la demandante la calidad de poseedora en concepto de propietaria, por lo que esta causal también deviene en infundada. Ergo, no dándose uno de los supuestos necesarios para la usucapión (el de no reconocer el poseedor otro señorío sobre el bien que el propio), la demanda planteada carece de sustento.

D. DE LA INAPLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO MATERIAL

65. Como otra denuncia casatoria, la impugnante señala que no se ha llegado a aplicar al caso de autos el artículo 899° del Código Civil, puesto que de hacerlo modificaría radicalmente el fallo de la Sala Superior.

Sostiene que al no haberse aplicado la citada norma jurídica se ha desconocido su derecho de coposeedora, que en consonancia con los términos de la demanda resulta pertinente para dirimir la controversia.

Estando a lo dicho, la inaplicación de una norma de derecho material se presentará cuando el juez, pese a la imperatividad de aplicar una norma, no la invoca o la ignora, al no haber subsumido los hechos a los supuestos previstos por la norma jurídica pertinente.

66. En efecto, esta aplicación correcta de la norma está relacionada con los hechos debatidos y probados, no basta la sola referencia a ella por alguna de las partes, dado que como es natural debe proteger sus intereses sometidos a proceso, pero de modo alguno ello obliga al juez a que deba aplicarla al momento de resolver.

La invocación de una norma por parte de la magistratura es independiente de las aspiraciones de las partes, tanto más si es que las instancias de mérito no solo están facultadas sino también obligadas a aplicar el principio *iura novit curia*, en consecuencia el análisis de esta causal casatoria se circunscribe a lo que se haya probado en el proceso.

67. Como ya se ha expuesto anteriormente, no resulta posible considerar a la recurrente como poseedora y menos como coposeedora del inmueble materia de usucapión, toda vez que se ha demostrado que la misma no tiene tal condición y por ende resultaba ocioso que se aplique a su caso el artículo 899° del Código Civil, puesto que no se puede considerar la existencia de coposesión con su señor padre cuando no ha acontecido tal hecho, al tener este último la condición de arrendatario y la impugnante de ocupar el inmueble en mérito a tal situación jurídica de su padre, no poseyendo como propietaria.

En conclusión no se ha demostrado la inaplicación de la norma jurídica contenida en el artículo 899° del Código Civil, por lo que también esta causal de casación deviene en infundada.

VI. CONCLUSIONES

Estando a las consideraciones expuestas, estimamos que el recurso de Casación es infundado al haberse dictado la sentencia de vista de acuerdo a Derecho, por lo que:

1. No hay contravención a las normas que garantizan el debido proceso conforme ha alegado la recurrente, consiguientemente la resolución impugnada no adolece de motivación aparente o defectuosa.
2. No es amparable la denuncia de interpretación errónea del artículo 950° del Código Civil, ni tampoco inaplicación del artículo 899° del mismo Código, puesto que en el primer caso si bien es cierto ha existido una errónea interpretación de la norma jurídica, no obstante el fallo se ajusta a Derecho y en el segundo caso se ha demostrado que la norma no resulta pertinente de aplicación al caso materia de autos.
3. Este Pleno Casatorio considera necesario precisar que la correcta interpretación del artículo 950° del Código Civil debe hacerse en el sentido que nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que el resultado sería una copropiedad, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación.

VII. FALLO

Por tales razones, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400° del Código Procesal Civil, por unanimidad:

a) Declara **INFUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por doña Gladys Filomena Llúncor Moloche, en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista, su fecha veinticinco de enero de dos mil ocho, expedida por la Primera Sala Civil de Lambayeque;

b) ESTABLECE como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

La correcta interpretación del artículo 950° del Código Civil debe hacerse en el sentido que nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que de ver amparada su pretensión devendrían en copropietarios, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación.

c) **IMPUSIERON** a la recurrente una multa de dos Unidades de Referencia Procesal de acuerdo a lo previsto por el artículo 398° del Código Procesal Civil; asimismo

d) **ORDENARON** la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial “El Peruano”, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su difusión.

SS.
FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA
ANTONIO PAJARES PAREDES
LUIS ALMENARA BRYSON
MANUEL SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA
HUGO SIVINA HURTADO
JAVIER ROMÁN SANTISTEBAN
ELCIRA VÁSQUEZ CORTEZ
VICTOR TICONA POSTIGO
CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO
JAVIER VILLA STEIN
JOSÉ LECAROS CORNEJO
VICTOR PRADO SALDARRIAGA
JACINTO RODRÍGUEZ MENDOZA
JORGE SOLIS ESPINOZA
DUBERLI RODRIGUEZ TINEO

María del Carmen Rita Gallardo Neyra
Secretaria General de la Corte Suprema
de Justicia de la República

TERCER PLENO CASATORIO CIVIL

Corte Suprema de Justicia de la República Pleno Casatorio Civil

SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Casación N° 4664-2010-Puno

En la ciudad de Lima, Perú, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once los señores Jueces Supremos, en Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido por el artículo 400 del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha quince de diciembre del dos mil diez, oídos el informe oral del señor abogado de la parte demandante y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

I. DEL PROCESO

La demanda fue presentada ante el Juez del Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, como aparece del escrito de fojas 11 del expediente principal, y subsanado a fojas 19; y fue calificada y admitida a trámite en la vía de proceso de conocimiento conforme al Código Procesal Civil, así aparece del auto del veintidós de noviembre del dos mil seis de fojas 21.

Los actos postulatorios de las partes están configurados del siguiente modo:

1. DEMANDA

Con el escrito de fojas 11, subsanado a fojas 19, Rene Huaquipaco Hanco interpone demanda para que se declare el divorcio por la causal de separación de hecho y la suspensión de los deberes relativos al lecho, habitación y del vínculo matrimonial; y solicita accesoriamente se le otorgue un régimen de visitas para con sus menores hijos Robert y Mirian Huaquipaco Ortiz.

Sostiene que contrajo matrimonio con la demandada Catalina Ortiz Velazco el 06 de diciembre de 1989 por ante la Municipalidad Provincial de Juliaca; procrearon cuatro

hijos: Adán, James René, Robert y Mirian, nacidos: el 15 de febrero de 1981, el 30 de julio de 1986, el 15 de abril de 1989 y el 31 de julio de 1991, respectivamente.

Agrega que se encuentra separado de la demandada desde el año 1997, no obstante ello, ha venido cumpliendo los requerimientos fundamentales de la familia, especialmente con los alimentos, educación e instrucción de los hijos, tal como aparece de la sentencia de alimentos recaída en el Expediente N° 177-1997, seguido ante el Primer Juzgado de Familia de San Román, que impone un descuento del 50% de sus haberes a favor de su esposa e hijos Adán, James René, Robert y Mirian; y siendo estos dos últimos menores de edad, solicita como pretensión accesorias se le conceda un régimen de visitas a su favor. Finaliza precisando que no han adquirido con la demandada ningún bien susceptible de partición.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL FISCAL PROVINCIAL

Mediante escrito a fojas 41, la Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía de Familia de San Román se apersona al proceso y al contestar la demanda señala que se reserva el pronunciamiento hasta que las partes actúen las pruebas pertinentes dentro del proceso; sin embargo, precisa que su deber es velar por la protección de la familia y en tal sentido debe declararse infundada la pretensión interpuesta.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN

Por escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco contesta la demanda y formula reconvencción en los siguientes términos:

3.1. Contestación

La demandada afirma que convivió con el actor desde el año 1980, es decir, desde que tenía 19 años de edad, y por ansiar un mejor futuro para su familia le insistió al demandante para que estudie mientras ella se dedicaba al cultivo de café en el sector de Putina Punco. Es el caso que el actor ingresó para estudiar la carrera magisterial en Juliaca y la suscrita siempre le enviaba dinero para sus estudios, pero el actor siempre le pedía más y más, ya sea para la confección del terno, sus paseos de excursión, sus gastos de estudio, alimentación, alquiler del cuarto y otros, tal como acredita con las cartas que este le remitía.

Señala además que el demandante los abandonó para irse con otra mujer, razón por la cual se vio en la necesidad de interponer demanda de alimentos para ella y sus hijos, que se tramitó como Expediente N° 177-1997. Desde entonces el actor jamás se ha preocupado por sus hijos, nunca los visitó y menos les dio orientación alguna. Tampoco la visitaba cuando nacieron los menores y, por el contrario, ha sido la demandada que se dedicó a la crianza de aquéllos, siendo que en la actualidad se dedica a vender fruta y lo poco que gana no le alcanza para subsistir ya que paga los estudios de su hijo James René quien se educa en el CEPRO Horacio Zevallos Games; de Robert que está preparándose en la academia, y de Mirian que

curso el cuarto año de secundaria. Por tal motivo, solicita que subsista la pensión alimenticia a su favor.

3.2. Reconvencción

Interpone reconvencción para que el demandante la indemnice por el daño moral y personal, y le pague por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles). Como sustento de su pretensión reconvenccional, reitera que ella envió dinero a su cónyuge para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, mientras ella siguió trabajando en la chacra. El reconvenido siempre la amenazaba con abandonarla y afirmaba que tenía otras mujeres que podían mantenerlo, y por el temor de que él la abandonara con sus hijos tuvo que prestarse dinero de diversas personas y familiares para remitírselo. Cuando la suscrita quiso viajar a Juliaca el demandante se lo prohibía, y cuando tuvo su primer trabajo en la Escuela de Huancho y fue a visitarlo, el demandante se molestó y la avergonzó, al extremo de llegar a golpearla hasta dejarla inconsciente, y fueron los demás profesores quienes la auxiliaron, tal como se corrobora con el certificado médico y la constancia expedida por el Director de la Escuela que acompaña a la demanda. Luego se enteró que la razón de los golpes fue porque el demandante había dicho a todos que era soltero y no tenía ningún compromiso. Lo cierto es que él no quería contraer matrimonio con ella pese al compromiso que había asumido, pero finalmente lo hizo por exigencia de los padres de la demandada.

Agrega que los maltratos físicos sucedieron continuamente, e incluso el demandante llegó a agredir a su hijo mayor, Adán, y a botarlo de la casa. Asimismo, refiere que los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, como son cinco máquinas de tejer y doscientos veinticinco varillas de fierro para construcción, fueron vendidas por el demandante, además de que se llevó el dinero ahorrado ascendente US\$. 6,000.00, dejándola en el más completo abandono moral y material.

El actor la ha dejado para irse con una profesora llamada Natividad, y reitera que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, siendo que el mayor de ellos, Adán, tuvo que dejar sus estudios universitarios a medias. Actualmente, la reconveniente padece de dolencias cerebrales y se le ha ordenado efectuar una tomografía cerebral a la que no puede acceder por ser costoso dicho examen.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Por sentencia de 29 de enero del 2009, corriente a fojas 313 se declara FUNDADA la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, DISUELTO el vínculo matrimonial celebrado entre las partes; FENECIDO el régimen de sociedad de gananciales, ORDENÁNDOSE la inscripción de la presente en el registro personal; FUNDADA la pretensión de régimen de visitas, en tal sentido AUTORIZA al demandante que visite a sus menores hijos los días sábados de cada semana entre las ocho y diecisiete horas, siempre que no perjudique sus estudios ni altere su normal

desenvolvimiento; FUNDADA EN PARTE la reconvencción sobre indemnización de daño moral, en consecuencia ORDENA que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de S/. 10,000.00 (diez mil nuevos soles), los que se harán efectivos en ejecución de sentencia; sin costas ni costos.

Se ha establecido en esta sentencia que las partes se encuentran separadas de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos, pues así lo han afirmado el demandante y la demandada en sus escritos de demanda y contestación respectivamente, y se corrobora con la copia de la sentencia del 18 de agosto de 1997 recaída en el proceso N° 84-97, obrante a fojas 04 y 05 del Expediente acompañado N° 177-1997, en el que se consigna que en esa fecha las partes ya no viven juntas; a ello se suman las declaraciones testimoniales de Reymundo Ortiz Sacaca y Juana Yucra de Condori brindadas en la Audiencia de Pruebas cuya acta obra a fojas 146 y siguientes, quienes dan fe de la separación de los contrayentes por un periodo superior a cuatro años.

Asimismo, se ha acreditado que la demandada inició un proceso de alimentos en el que se ha dispuesto que el demandante acuda con una pensión alimenticia a la demandada, en la que se encuentra al día, así aparece del Expediente N° 177-1997 sobre prorrato de alimentos seguido por Catalina Ortiz de Huaquipaco contra Julia Hanco de Huaquipaco, el mismo que ha concluido con homologación de conciliación asignándole el 10% del haber mensual del ingreso que percibe el demandado [*debe decir 50%*], tal como consta de fojas 52 a 54 del citado expediente, descuento que sigue vigente como fluye de la copia legalizada de la boleta de pago de fojas 186.

También se dispone en la sentencia que debe terminarse con el régimen de sociedad de gananciales, al constituir consecuencia jurídica accesoria legal del divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 318 inciso 3 del Código Civil, teniéndose presente que el demandante y la demandada han manifestado que no tienen patrimonio ni derechos en común; y en cuanto a la pretensión accesoria sobre régimen de visitas, al estar vigentes los descuentos judiciales por concepto de pensión alimenticia a favor de sus menores hijos, y al no haberse acreditado que exista resolución judicial que restrinja de forma alguna la patria potestad respecto de ellos, subsiste dicho derecho inherente a la calidad de padre, por lo que corresponde que por lo menos pueda visitarlos una vez por semana; en consecuencia, a fin de no contrastar con los estudios de los menores, debe accederse a la visita los días sábados entre las ocho y las diecisiete horas.

Con respecto a la reconvencción por daños y perjuicios, la sentencia señala que debe prosperar en parte y solo en cuanto al daño moral, porque de los actuados se advierte que como consecuencia de la separación de hecho entre los cónyuges ha sido Catalina Ortiz Velazco quien ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el vínculo matrimonial y mantener una familia, extremos que se infieren por constituir consecuencias naturales del decaimiento del matrimonio, cuya probanza objetiva tiene limitaciones que son apreciados por el magistrado, los que nacen también de la conducta asumida por René Huaquipaco Hanco.

Se ha establecido que el demandante: **a)** recibió asistencia económica por parte de su cónyuge a fin de labrarse un futuro mejor, así fluye de las instrumentales manuscritas de fojas 54 a 72 [*debe decir 59 a 72*]¹, las que no han sido cuestionadas por el demandante; **b)** promovió actos de violencia física en agravio de la demandada, conforme fluye de las instrumentales de fojas 73 a 81 y 84 a 90², las que tampoco han sido cuestionadas; **c)** rehusó el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, dando pie a que judicialmente se le conmine a su cumplimiento, como aparece del expediente judicial N° 177-1997 que se adjunta al presente; y **d)** inició el proceso judicial de divorcio, comportamiento asumido de manera voluntaria y conciente por lo que resulta innegable que con la conducta adoptada por el demandante (nexo causal) se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida común entre marido y mujer. Por tanto, con la finalidad de determinar el monto indemnizatorio, por su propia naturaleza extrapersonal, se recurre a la discrecionalidad del magistrado, tomando en consideración el tiempo en que demandante y demandada se hallan separados, el tiempo que se desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos, y que subsiste la pensión alimenticia para la demandada.

5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

A fojas 322, Rene Huaquipaco Hanco interpone recurso de apelación respecto del extremo declara fundada en parte la reconvenición sobre indemnización por daño moral alegando que fue la demandada quien promovió la separación, que ésta no apoyó sus estudios en forma exclusiva ya que también lo apoyaron sus padres y que prestó alimentos sin necesidad de exigencia judicial. Por su parte, a fojas 328, Catalina Ortiz Velazco interpone recurso de apelación alegando que la Sala Superior debió amparar en su totalidad la pretensión indemnizatoria, toda vez que ha cumplido

¹ De fojas 59 a 61: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 11 de octubre de 1983, 14 de mayo de 1984 y 11 de junio de 1989. A fojas 62: Carta remitida por el demandante al padre de la demandada Raymundo Ortiz con fecha 21 de junio de 1983. De fojas 63 a 68: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 16 de diciembre de 1980, 18 de enero, 08 y 21 de julio de 1981, 03 de mayo y 21 de junio de 1983. De fojas 69 a 72: Recibos de préstamos realizados por distintas personas a favor de la demandada, con fechas 12 de julio y 25 de diciembre de 1984, 20 de mayo y 12 de junio de 1985.

² A fojas 73: Citación Policial con motivo de la denuncia interpuesta por la demandada contra el demandante por Violencia Familiar (maltrato físico), su fecha 31 de marzo de 1997. A fojas 74: Acta de Conciliación ante el Fiscal Provincial Civil de San Román – Juliaca, su fecha 07 de octubre de 1996, respecto de la denuncia por Violencia Familiar (maltrato físico y psicológico) interpuesta por la demandada. A fojas 75: Documento Privado de Transacción Extrajudicial de fecha 18 de octubre de 1995, relativo a las agresiones físicas sufridas por la demandada, de parte del demandante, el día 17 de octubre del mismo año. A fojas 76: Acta de Compromiso y Desistimiento del 27 de diciembre de 1995, sobre la denuncia por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la demandada y sus hijos. De fojas 77 a 79: Manifestaciones recogidas entre el 20 y el 22 de diciembre con motivo de la denuncia policial interpuesta por la demandada contra el demandante por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la citada demandada y sus hijos. A fojas 80 y 81: Denuncia penal por faltas contra la persona presentada por la demandada en contra del demandante. A fojas 84: Constancia de Salud expedida el 14 de agosto de 1986, que da cuenta del politraumatismo sufrido por la demandada. A fojas 85: Certificado Médico Legal de fecha 06 de mayo del 2003, que da cuenta de las lesiones ocasionadas a la demandada con objeto contundente. A fojas 86 a 90: Certificados Médicos de fechas 13 de diciembre de 1993, 12 de agosto, 17 de octubre y 20 de diciembre de 1995, que dan cuenta de las diferentes lesiones sufridas por la demandada en el rostro y tórax por acción de los golpes y puñetes que, según afirma, le fueron propinados por el demandante.

con los deberes conyugales, ayudando decisivamente al sostenimiento de la familia, además que el demandante contrajo otro compromiso, abandonando el hogar bajo un clima de violencia al haber sustraído los bienes gananciales, dejándola sola al cuidado de los hijos.

Resolviendo estos recursos, la Sala Superior expide sentencia el 22 de setiembre del 2010 de fojas 426 por la que CONFIRMÓ la sentencia apelada en cuanto declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, con lo demás que contiene; igualmente en el extremo que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles); REVOCARON la sentencia en el extremo que declaró fundada la pretensión de régimen de visitas, Y REFORMÁNDOLA declararon sin objeto pronunciarse por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional; INTEGRÁNDOLA declararon el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

En esta sentencia se estableció que la cónyuge perjudicada es la demandada Catalina Ortiz de Huaquipaco, pues ésta no motivó la separación de hecho, además se aprecia que cumplió con sus deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, posteriormente asumió la tenencia y educación de sus hijos conforme aparece de las constancias de fojas 53 a 58³, no cuestionadas por el actor. A ello se agrega que los testigos Reymundo Ortiz Sacaca, Juana Yucra de Condori y Adán Huaquipaco Ortiz reafirman la separación de los cónyuges por más de cuatro años, y agregaron los dos primeros testigos nombrados que la demandada es quien asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante, hecho que ha sido admitido en parte por éste al prestar su declaración, tal como consta en el acta de la Audiencia de Pruebas de fojas 146 a 156. Estos hechos probados no solo permiten evidenciar la calidad de cónyuge inocente y perjudicada de Catalina Ortiz de Huaquipaco sino que permiten al juzgador determinar una indemnización a favor de aquélla por el daño y perjuicio sufrido debido a la aflicción de los sentimientos y frustración del proyecto de vida matrimonial, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual.

En tal virtud, estima la Sala Superior, que corresponde velar por la estabilidad económica de la cónyuge perjudicada, así como reparar los daños a su persona fijando una indemnización a cargo de la parte menos afectada, máxime si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la cónyuge y sus hijos quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrato de alimentos, según consta de los actuados del proceso de prorrato de alimentos acompañado, por lo que quedan desvirtuados los argumentos expuestos en el recurso de apelación del demandante.

³ De fojas 53 a 55: Constancia de estudios escolares y pre-universitarios de tres de sus cuatro hijos. A fojas 56: Carnet pre-universitario. A fojas 57: Boleta de pago de matrícula en centro pre-universitario. A fojas 58: Constancia expedida por el Presidente de la Urbanización San Francisco del Distrito de Juliaca, que da cuenta del abandono sufrido por la demandada, y que ha sido ella quien se ha hecho cargo del cuidado de sus hijos.

A criterio del Colegiado Superior la indemnización fijada por el Juez en la sentencia apelada corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso; tanto más, si no fue posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio; siendo ello así, valorando las pruebas en conjunto y según su apreciación razonada, en aplicación del artículo 197 del Código Procesal Civil debe confirmarse dicho extremo.

Sobre el régimen de visitas fijado por el Juez de la demanda, la Sala Superior sostiene que no hay necesidad de fijarlo porque los hijos de los cónyuges en controversia, a la fecha, son mayores de edad, así lo demuestran las partidas de nacimiento glosadas a fojas 3 y 4, en consecuencia carece de objeto establecer un régimen de visitas, siendo atendible dicho extremo de la apelación de la parte demandada y debe desestimarse respecto de la liquidación de bienes sociales a que hace referencia la apelante por no haberse acumulado dicha pretensión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 483 del Código Procesal Civil.

En cuanto a los efectos de la sentencia, estima que carece de objeto pronunciarse sobre la pensión de alimentos que pudiera corresponder a la cónyuge e hijos del demandante, por cuanto ésta se fijó en el proceso de prorrateo de alimentos, por consiguiente, igualmente carece de objeto pronunciarse sobre su subsistencia si ésta aún se encuentra vigente, más aún si no ha sido objeto de pretensión (demanda o reconvencción) ni ha sido fijado como punto controvertido, quedando a salvo el derecho de las partes para hacerlo valer con arreglo a ley ante el Juez competente y en la vía correspondiente.

Respecto a las demás consecuencias legales accesorias de la institución de divorcio regulados por los artículos 24 y 353 del Código Civil, respecto de los cuales el Juez no se ha pronunciado en la parte decisoria, ésta debe integrarse con arreglo al artículo 370 del Código Procesal Civil, declarando el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

6. RECURSO DE CASACIÓN: EXTREMOS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA IMPUGNADA

René Huaquipaco Hanco, mediante escrito de fojas 439, interpone recurso de casación en contra la sentencia de vista de fojas 426, en la parte que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización interpuesta por la demandada Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco, y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).

7. CAUSAL DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS: PROCEDENCIA

EL recurso de casación del demandante se sustentó en los siguientes fundamentos: que se ha aplicado indebidamente el artículo 345-A del Código Civil –la aplicación indebida es una forma de infracción normativa– toda vez que la reconvencción por daños y perjuicios se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, lo que no fue

acreditado por la demandada, pero sí se probó que el matrimonio se llevó adelante por presión de los padres de aquella, más aún si cumple legalmente con prodigar alimentos a la demandada y a sus hijos.

Agrega que la Sala Superior ha llegado a la convicción de que la inocente y perjudicada es la demandada cuando en realidad no se probó las causales determinantes de los daños y perjuicios del daño moral expuesto; no se demostró en ningún extremo que el suscrito hubiese contraído compromiso con otra mujer, como sería con una partida de nacimiento del hijo adulterino; existiendo frondosa jurisprudencia al respecto como la dictada por la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el Expediente N° 2003-00512. Igualmente hay contravención del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues las sentencias expedidas por el Juez y la Sala Superior son contradictorias, por cuanto el Juzgado no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, por lo que no existe una adecuada motivación de la sentencia conforme lo disponen los artículos 121 y 139 de la Constitución Política.

No obstante las deficiencias anotadas, la Sala Suprema estimó la procedencia excepcional del recurso de casación, a fin de velar por la adecuada aplicación del derecho objetivo, específicamente del artículo 345-A del Código Civil; por lo que invocando la facultad excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, de conformidad además con el artículo 391 del mismo Código, declararon procedente el recurso de casación interpuesto por René Huaquipaco Hanco, mediante resolución de fojas 34 del cuaderno de casación, del 16 de noviembre del 2010.

II. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES

Por resolución del 17 de noviembre del 2010, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 03 de diciembre del 2010 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil, convocó a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a sesión de Pleno Casatorio para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 15 de diciembre del 2010 a horas diez de la mañana.

Entre los diversos expedientes elevados en casación ante este Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los Juzgados y Salas especializadas que se avocan al conocimiento de temas de familia están resolviendo los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente referido al tema indemnizatorio previsto en el artículo 345-A del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones Nros. 5106-2009 Lima⁴,

⁴ En este proceso, el Juez de la causa estableció que la conducta conflictiva entre ambos cónyuges evidenciaba la voluntad de poner fin al deber de hacer vida en común, argumento con el que se sustrajo de su deber de establecer la existencia del cónyuge perjudicado. No obstante, la Sala Superior estableció que en autos se encontraba acreditada la situación de grave desavenencia que existía entre los cónyuges y que la demandada ha desplegado diversas acciones contra su cónyuge demandante, no obstante lo cual no se ha probado que hubiera tenido por objeto causarle daño y perjudicar la imagen de éste de forma deliberada.

1585-2010 Lima⁵, 5512-2009 Puno⁶, entre otras, en los que se evidencia que a nivel de los órganos jurisdiccionales inferiores no existe consenso respecto de la determinación del cónyuge perjudicado, las pautas para su probanza, la necesidad o no de que la indemnización a que hubiere lugar sea solicitada expresamente por la parte afectada o sea determinada de oficio por el juzgador, entre otros aspectos relacionados con el tema de divorcio en general.

El presente caso trata de un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho en el que el tema materia de casación trata esencialmente sobre la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado; por lo que resulta necesario establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizador para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales sobre el mismo tema.

III. CONSIDERANDO

1. EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA

1. Para una mejor justificación y comprensión de las facultades tuitivas del Juez de familia en los procesos que bajo su competencia le corresponde conocer, y dentro de ellos el proceso de divorcio así como de la flexibilización de ciertos principios procesales, es pertinente abordar muy brevemente el significado y alcances de la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

La doctrina⁷ considera como elementos esenciales del postulado del Estado de Derecho, los siguientes: a) la justicia y seguridad jurídica, b) la Constitución como norma suprema, c) la división de poderes, d) la protección de los derechos fundamentales, e) la vinculación de los poderes públicos al derecho (a la ley), f) la tutela judicial y vertiente procedimental de los derechos fundamentales; a los cuales se podría agregar el control jurisdiccional de los actos de la administración, el control constitucional de las leyes, entre otros.⁸

⁵ Revisadas las sentencias de mérito, se advierte que el Juez de la causa estableció que no era posible determinar la existencia de perjuicio alguno en razón a que existió una intención cierta y deliberada de ambos cónyuges de poner fin a su vida en común; mientras que para la Sala Superior el solo hecho del abandono sufrido por el actor de parte de su esposa lo convertía en el cónyuge más perjudicado, habiéndose frustrado de manera directa e injustificada el proyecto de vida que éste se había trazado.

⁶ En este proceso en particular, el Juez de primera instancia refirió que al no haberse acreditado cuál de los cónyuges resulta responsable de la separación, no se puede verificar la existencia del cónyuge perjudicado. Sin embargo, en segunda instancia, el Colegiado Superior estableció que al no haber la demandada incorporado al proceso la pretensión de cobro de indemnización, la misma no puede ser estimada en la sentencia.

⁷ Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 493 y ss.

⁸ Jorge Reinaldo Vanossi enumera como elementos del Estado de Derecho, los siguientes: soberanía popular, creación del derecho por intervención o representación de los gobernados, predominio del consenso sobre

Como se ha anotado, la doctrina considera que un elemento esencial del Estado de Derecho es la tutela judicial de los derechos fundamentales; propiamente diríamos que dicho elemento está configurado por la tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos y libertades, y dentro de ellos especialmente de los derechos fundamentales.

2. Una tutela jurisdiccional efectiva requiere, entre otras cosas, un proceso con un “mínimo de garantías” que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial; esta necesidad nos lleva a buscar y postular un modelo procesal que responda a estas exigencias, pues sería vano reconocer derechos en la Constitución cuando ellos no pueden hacerse efectivos en un proceso jurisdiccional; de allí que las garantías dentro un marco del Estado de Derecho “(...) se revela en la aceptación del postulado según el cual los *procedimientos* deben ser puestos al servicio de los *contenidos*, desde el momento en que aquéllos son nada más que *medios* instrumentales al servicio de ciertas finalidades”.⁹

3. Nuestra Carta Fundamental (artículo 43) acoge la fórmula política compleja, integrada por dos fórmulas simples: Estado democrático de Derecho y Estado social de Derecho.¹⁰

El Estado democrático de Derecho, luego de una sucesión de fases evolutivas, esencialmente comporta el Estado de Derecho y su legitimación democrática del ejercicio del poder del Estado, es decir, como afirma Javier Pérez Arroyo “...el de la reconducción de la voluntad de Estado única y exclusivamente a la voluntad de la sociedad (...). Sin hacer realidad el principio de que todo el poder procede del pueblo no se puede hablar en sentido estricto de Estado de Derecho”. Y luego agrega el mismo autor que “Estado de Derecho y Estado democrático de Derecho se convierten, pues, a partir de este momento en términos idénticos. Un Estado que no sea democrático, es, por definición, un Estado que no es de Derecho...”¹¹.

En cuanto a la segunda fórmula de Estado social de Derecho comienza a gestarse desde fines del siglo XIX, cuando aparece en el escenario social una nueva clase integrada por los trabajadores obreros y la extensión progresiva del sufragio. Entonces

la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlante respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales, pluralismo de partidos (ideas) y de grupos (intereses), posibilidad permanente de alternancia en el acceso de poder, responsabilidad de los gobernantes, régimen de garantías y relativización de los dogmas oficiales. En: *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires – Eudeba, 2000, pp. 44-45.

⁹ Vanossi, Jorge Reinaldo. Ob. Cit., p. 50.

¹⁰ Constitución, artículo 43. Tipo de Estado y Gobierno. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

¹¹ *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, pp. 200 y 201.

va apareciendo un Estado proveedor de servicios sociales, de bienestar social. Pérez Arroyo sostiene también que: “Ésta es la evolución que pretende traducir la fórmula Estado social de Derecho. El Estado sigue siendo un Estado de Derecho, esto es, un Estado garantista del individuo frente al poder y en el intercambio con los demás ciudadanos, pero es también un Estado social, esto es, un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad y de manera muy especial con la de aquellos sectores más desfavorecidos de la misma. El Estado social es, pues una consecuencia del proceso de democratización del Estado. Como consecuencia de ello, el Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social, en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de ‘todos’ los sectores de la sociedad y no exclusivamente a una parte de la misma”¹².

4. Hay un sector importante de la doctrina que sostiene que el Estado social de Derecho en el fondo significa: el Estado constitucional¹³ comprometido con la justicia social; el atributo *social* comporta un mayor recurso directo a los elementos de la justicia, la igualdad material, la compensación social, la ayuda para los débiles y su protección. La cláusula del Estado social fue una vía para la integración de la clase trabajadora en el estado constitucional y el sistema parlamentario¹⁴.

Häberle precisa además que “Dicho óptimo (o mínimo) de regulación de la justicia social corresponde hoy al estándar del tipo de ‘Estado Constitucional’, por ejemplo, mediante derechos justiciables a un mínimo económico existencial, a la protección de la salud, a la protección de la familia y a la garantía de condiciones de trabajo humanas”¹⁵.

Como puede apreciarse, una de las notas características del Estado social de Derecho es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, brindando particularmente una especial protección a la familia, cuyos derechos materiales, en consecuencia, deben influir y modular el tipo de normatividad procesal (célere), la naturaleza de la tutela jurisdiccional (especialmente efectiva y muchas veces urgente), que hagan viable esta promoción y protección.

5. La Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y madres en

¹² Ob. Cit., p. 202.

¹³ La supremacía del derecho y la vigencia de los derechos fundamentales vienen a constituir los pilares principales del Estado Constitucional de Derecho, el que se considera como la cabal realización del Estado de Derecho. En consecuencia, es un sistema en donde la Constitución democrática y las leyes (conformes a la Constitución) establecen límites al ejercicio del poder con la finalidad de garantizar la protección y efectividad de las libertades y los derechos fundamentales.

¹⁴ Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*, México, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 225.

¹⁵ Ob.Cit. p. 226.

situación de abandono. También se extiende esta protección a la familia y al mismo matrimonio¹⁶.

Si revisamos la normatividad relacionada con los temas de familia, tanto en el Código de los Niños y Adolescentes, el Código Civil y el Código Procesal Civil, podemos llegar a la conclusión de que las normas jurídicas referidas a los derechos, deberes y obligaciones derivados de las relaciones familiares están inspirados en la cláusula compleja del Estado democrático y social de Derecho, acogiéndose el principio de igualdad material antes que el de igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y del adolescente, las facultades tuitivas del Juez en los procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referidos a los niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros.

6. La denominación de Estado “democrático y social” de Derecho solo pretende resaltar la participación del pueblo en la administración del Estado. No es que se trate de una clase distinta a la del simple Estado de Derecho, sino que pretende resaltar algunas de sus funciones y características, particularmente vinculados con la población y su bienestar, abarcando aspectos sociales, políticos, económicos y jurídicos. Con relación al aspecto jurídico, en particular, “(...) se entiende que el Derecho, en especial los Derechos Fundamentales, no solo implican su vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un ejercicio efectivo del Derecho”¹⁷. Tales condiciones materiales se dan no solo a través de la promulgación de leyes de menor rango que permitan promover y configurar los derechos fundamentales, sino también a través de la implementación de mecanismos procesales que permitan su ejercicio y efectividad.

Como ha señalado Augusto César Belluscio: “La naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado de familia, y en especial la circunstancia de que el interés general esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos en que ellas se deducen queden sujetos a características especiales que, en alguna medida, los diferencian de las demás, aún cuando dichas características no sean propias exclusivamente de ellos, sino que puedan ser compartidas por otros”¹⁸; en tal sentido, si bien las relaciones derivadas del vínculo conyugal o del parentesco son tratadas como relaciones privadas, éstas, en su mayoría, están determinadas o dominadas por normas de or-

¹⁶ Constitución, artículo 4.- Protección del niño, madre, anciano, familia y el matrimonio. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

¹⁷ Gonzáles Ojeda, Magdiel. *El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano*. En: Derecho y Sociedad N° 23, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; <http://blog.pucp.edu.pe/item/24656/el-estado-social-y-democratico-de-derecho-y-el-estado-peruano>.

¹⁸ Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, séptima edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 2004, p. 79.

den público, precisamente para impedir la desnaturalización de los fines familiares¹⁹. Esto no impide, por supuesto, que ante un conflicto familiar sus integrantes puedan acordar soluciones razonables y convenientes para efectos de satisfacer los derechos y deberes exigidos recíprocamente.

Al igual que este autor, Mirta Mangione Muro²⁰ resalta el hecho de que las normas de derecho de familia además de ser de derecho privado son también de orden público y hacen que conllevan características especiales, tales como la limitación del principio dispositivo, asignación del proceso de conocimiento, la competencia de los órganos en materia civil²¹, el reconocimiento de litisconsorcio pasivo²², la intervención del Ministerio Público, entre otros.

7. En cuanto a la limitación del principio dispositivo debe señalarse que por el mismo se entiende al principio de iniciativa e impulso de parte, esto es, a aquel que deja librado a las partes la disponibilidad del proceso, de tal manera que corresponde solo a ellas iniciar el proceso, formular sus peticiones, desistirse de ellas y ofrecer pruebas que sustenten los hechos que configuran su pretensión. “En materia civil este principio es muy amplio, se apoya sobre la suposición de que en aquellos asuntos en los cuales solo se dilucida el interés privado, los órganos del poder público no pueden ir más allá de lo que desean los particulares, pero en los procesos de estado prevalecen los poderes del Juez, fundado en el interés social comprometido, que hace que las facultades de las partes se limiten o se suprimen”²³.

Intervención del Ministerio Público: Interviene en estos procesos en defensa del interés social y de la familia como célula básica de la sociedad, además de ejercer la

¹⁹ Respecto del presunto conflicto entre la autonomía privada y el orden público, Bossert y Zannoni han señalado que: “El orden público en el derecho privado tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas (...). En el derecho de familia, el orden público domina –como dijimos– numerosas disposiciones (...). Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquéllas responden”. En: *Manual de Derecho de Familia*, Quinta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 11.

²⁰ Mangione Muro, Mirta Hebe. *Derecho de Familia: Familia y Proceso de Estado*, Santa Fe, Argentina, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, 2000, p. 70. Por su parte, Belluscio entiende que la limitación del principio dispositivo opera propiamente a nivel de disposición del derecho material por las partes. (Cfr.: Belluscio, Augusto César. *Ibidem*).

²¹ Respecto a la naturaleza jurídica del derecho de familia, Max Arias-Schreiber Pezet ha señalado: “Otro tema debatido es si este Derecho debe estar confinado en un Código Civil o en un código especial. Fuera de que su importancia es puramente académica, nosotros nos inclinamos por mantenerlo dentro del derecho civil, dada la íntima relación que tiene con la persona humana”. En: *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo VII, derecho de familia, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1997, p. 29.

²² Cfr.: Belluscio, Augusto César. *Ob. Cit.*, p. 84.

²³ Mangione Muro, Mirta Hebe. *Ibidem*.

defensa de los menores, sea como parte del proceso (invalidez de matrimonio, divorcio, etc.) o como dictaminador (cuando estén involucrados menores), conforme a los supuestos establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado por Decreto Legislativo 052.

2. EL PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA

8. Nuestro sistema procesal civil reconoce este principio, desde luego en el marco del Estado democrático y social de Derecho. Previene que el Juez debe evitar que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo o resultado del proceso.²⁴

9. Los principios procesales, siendo parte de los principios generales del derecho, son los fundamentos que sustentan un sistema procesal. Para nuestro sistema, el proceso civil tiene una orientación publicista, pues no solamente interesa a las partes la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses sino también, y al mismo tiempo, interesa a la sociedad tanto el desarrollo del proceso como su resultado. En razón de esta orientación publicista es congruente concebir el proceso con dos fines: a) resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, haciendo efectivos los derechos materiales, y b) lograr la paz social en justicia.

Por ello se explica que el Juez en nuestro sistema procesal es el director y conductor del proceso, desde el inicio del proceso hasta su finalización, por consiguiente, el legislador le confiere un haz no solamente de deberes y derechos sino también de amplias facultades para el cumplimiento de su noble y delicada función pública: emitir una decisión objetiva y materialmente justa, que haga posible los fines del proceso así como los fines y valores consagrados por la Constitución y las leyes.

10. Como se ha visto, nuestra Constitución no adopta la fórmula del Estado liberal de Derecho sino la del Estado democrático y social de Derecho, en donde debe haber un serio y mayor compromiso con la justicia social, esto es un mayor énfasis e importancia a los elementos de la justicia, a la igualdad material, la compensación social, la protección de los más débiles, entre otros.

En este orden ideas, cuando se postula el principio de socialización del proceso, se está promoviendo la igualdad material²⁵ dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquél principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa.

²⁴ Código Procesal Civil, artículo VI del Título Preliminar.- Principio de socialización del proceso. El Juez debe evitar que las desigualdades entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.

²⁵ El principio-derecho de igualdad material impone que se trate por igual a los que son iguales, y se dé un tratamiento distinto a los que son diferentes, siempre que estas diferenciaciones obedezcan a razones objetivas y razonables, caso contrario se incurrirá en un trato discriminatorio, con vulneración al derecho de igualdad ante la ley. Por otra parte, la misma Carta Política prohíbe que por ley se establezcan diferencias por razón de las personas, pero admite tales diferencias en atención a la naturaleza de las cosas (artículo 103).

En los procesos de familia, en donde muchas veces una de las partes es notoriamente débil, la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final misma.

3. LA FUNCIÓN TUTIVA DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

11. El derecho procesal de familia se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio*.

12. La doctrina procesal contemporánea ya ha destacado la gran importancia que tiene la estrecha relación entre el proceso y el derecho material, por esta razón se postula el carácter instrumental del derecho procesal respecto del derecho material. En este contexto es ineludible concluir que el derecho material influye y muchas veces condiciona al legislador para establecer determinada estructura a cada tipo de proceso; así mismo, la naturaleza de la situación material y del conflicto de intereses que nace de éste, influye de diversa manera en el comportamiento de los sujetos procesales, particularmente en el Juez, pues, con su demanda el actor introduce al proceso una cadena de hechos que configuran una situación o relación jurídica material, que va servir de base para la actividad probatoria y será objeto de pronunciamiento en la sentencia.²⁶

En consecuencia, la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos.

“Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual. Consecuencia de ello es que, así como los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona en el campo patrimonial son de ejercicio libre –y por ello son estrictamente derechos subjetivos–, los poderes derivados de las relaciones jurídico-familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidos los fines previstos por el ordenamiento jurídico”.²⁷

²⁶ Cfr. Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*, traducción Juan José Monroy Palacios, Lima – Perú, Librería Communitas E.I.R.L. 2008, p. 163.

²⁷ Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, derecho de familia y sucesiones, séptima edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, 2001, p. 43.

4. FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, PRECLUSIÓN Y EVENTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

13. Por el principio de congruencia el Juez debe respetar el *thema decidendum* propuesto por las partes, limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda, contestación, reconvencción y contestación de esta)²⁸, pues cualquier desvío en esta base del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en concordancia con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 del mismo cuerpo normativo reconocen este principio de congruencia.

Conforme señala Davis Echandía²⁹, este principio tiene extraordinaria importancia, pues se encuentra íntimamente ligado con el derecho constitucional a la defensa, asegurando que quien es parte en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones esgrimidas en su contra, de tal manera que la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y demás alegaciones se orienten por ellas. Osvaldo A. Gozáini señala que la conformidad entre las pretensiones y lo que se decida en el proceso debe darse en un triple orden: de sujetos, de objeto y de *causa petendi*.³⁰

El principio de preclusión procesal impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso en el *iter processus*³¹. Por su lado, el principio de eventualidad (denominado también principio de ataque y defensa global) impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente, empleando en su acumulación eventual todos los medios de ataque y defensa de que se disponga para que surtan sus efectos *ad eventum*, es decir para estar prevenido por si uno o varios de ellos no los producen.³²

14. Estos principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal reclaman que el Juez se pronuncie solamente sobre los hechos y petitório formulados por las partes en sus actos postulatorios respectivos. Igualmente, estos principios imponen a las partes que todas sus pretensiones y medios de defensa que convengan a sus intereses, se formulen también en la etapa postulatoria, ya sea en forma alternativa, subordinada o accesoría. Pero como veremos estos principios deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y, particularmente, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, respecto de la indemnización.

²⁸ Cfr.: Gozáini, Osvaldo A. *Elementos de Derecho Procesal Civil*, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 385.

²⁹ Citado por: Borthwick, Adolfo E. *Principios Procesales*, Mario A Viera Editor, Buenos Aires, 2003, p. 45-46.

³⁰ Gozáini, Osvaldo A. *Ibidem*, p. 387.

³¹ Cfr. Morello Augusto, citado por: Peyrano, Jorge W. *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 268.

³² Morello y otros citado por Peyrano Jorge W. *Ob. Cit.*, p. 273.

15. Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al principio de congruencia cuando un Juez de familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos. Para ello debemos partir de considerar el tipo de problemas que se aborda en un proceso de familia, siendo muchos de ellos conflictos tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad. En tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda.³³

16. Como lo analizaremos oportunamente, si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el Juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un **pedido o petitorio implícito** y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. Por lo demás el pedido implícito está considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia.

“La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta (...); afirma que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez (director del proceso, bajo control de los abogados en contienda) el que habrá de suministrar –con suficiente y adecuado sustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de la prueba y valoración y del derecho aplicable– prolija y razonada motivación (...).”³⁴

17. En consecuencia, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente cuando se refiera a los niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos.

³³ Al respecto se ha sostenido que: “El análisis del principio *iura novit curia* al interior de los juzgados y demás instancias judiciales en el ámbito tutelar familiar, implica no solo un análisis procesal de los planteamientos de la demanda, sino también la posibilidad de revisar el conflicto en sí mismo”. En: Bermúdez Tapia, Manuel. *Elementos a tener presente en los procesos de divorcio por causal*, JUS Jurisprudencia, N° 08, Lima, Agosto, 2008, p. 40.

³⁴ Morello, Augusto M. *La prueba, tendencias modernas*, segunda edición ampliada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 98-99.

No está demás anotar que en el contexto de un Estado democrático y social de Derecho también se explican y justifican otras flexibilizaciones del principio de congruencia procesal, que resultan pertinentes referirlas, como: a) en el nuevo proceso laboral, regulado por la Ley 29497, se admite la posibilidad de que el juez en la sentencia (artículo 31) disponga el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables, y también se dispone que el pago de intereses legales no requieren ser demandados, b) en el proceso contencioso administrativo, regulado por el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS, se faculta al Juez a decidir sobre el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aún cuando no haya sido objeto de pretensión expresa en la demanda.

5. FLEXIBILIZACIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN MATERIA DE FAMILIA

18. Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso.

Una de esas potestades es precisamente la de integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Ejemplos representativos sobre la acumulación de pretensiones en materia de familia son el relativo a la separación de cuerpos o divorcio, conforme a los términos que señalan los artículos 340 y 342 del Código Civil y el artículo 483 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 87 *in fine* del mismo cuerpo normativo; también en el caso de invalidez del matrimonio según lo establece el artículo 282 del Código Civil y en los procesos por patria potestad, tenencia y régimen de visitas a que se refiere el artículo 137 del Código de los Niños y Adolescentes³⁵.

Con acierto se sostiene que la acumulación bien puede presentarse incluso en el supuesto de que no se formulen en la demanda pretensiones accesorias, “siempre y cuando éstas se encuentren expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda (...). Tal es el caso, por ejemplo, del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, en el que se consideran como pretensiones accesorias a ser acumuladas al principal (separación de cuerpos o divorcio por causal) por disposición legal (art. 483 del Código Procesal Civil), las de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones

³⁵ Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2001, pp. 41-42.

de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal”³⁶.

En consecuencia, el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternativamente la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante.

19. También es necesario puntualizar que en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que en la última parte del artículo 87, modificado por Decreto Legislativo 1070, dispone que: a) si no se demandan pretensiones accesorias, solo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

6. EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL

20. Nuestro Código Civil, con la modificatoria introducida por la Ley 27495, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias, configurando el divorcio sanción y el divorcio remedio.

6.1. Clases de divorcio

21. La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio “absoluto” del divorcio “relativo”, según quede o no subsistente el vínculo matrimonial. Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

6.1.1. Divorcio sanción

22. Es aquél que considera solo a uno de los cónyuges –o a ambos– como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

³⁶ Hinostrero Minguez, Alberto. *Sujetos del Proceso Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2004, pp. 352-353.

“La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave. (...) Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables”.³⁷

También respecto de esta causal, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón han señalado que: “De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal. (...) En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares”.³⁸

6.1.2. Divorcio remedio.

23. Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó.³⁹

Con alguna razón se sostiene que “[e]l simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio”⁴⁰; de allí que se ha dado a denominarla como la *tesis de la frustración de*

³⁷ Quispe Salsavilca, David. *El Nuevo Régimen Familiar Peruano, Breviarios de Derecho Civil N° 2*; Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A.C., 2002, pp.73-75.

³⁸ Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob. Cit., pp. 115-116.

³⁹ Respecto del divorcio remedio, la Casación N° 38-2007 Lima, publicada el 02 de setiembre del 2008, ha establecido que cualquiera de los cónyuges puede accionar en busca de solucionar una situación conflictiva; en estos casos “(...) se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales”.

⁴⁰ Sánchez Hernández, Ángel. La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En: *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 23, 2005, pp. 136.

la finalidad social del instituto, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio⁴¹. Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar⁴² al divorcio remedio en:

A) Divorcio-remedio restringido: cuando la ley restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración.

B) Divorcio-remedio extensivo: que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (*numerus clausus*), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (*numerus apertus*).

24. A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o solo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como *divorcio consensuado*), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (*divorcio contencioso*), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.⁴³

⁴¹ Cfr.: Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob. Cit., p. 116. Señalan estos autores: “Cuando se ha producido el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio y éste no puede ya cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial por constituir únicamente una corteza vacía de contenido y productora, en cambio, de situaciones lacerantes. Socialmente, en tales casos es preferible levantar el acta de la definitiva frustración”.

⁴² Respecto de esta sub clasificación, Diez Picazo y Gullón han referido: “Si se adopta esta premisa [divorcio-remedio] pueden seguirse dos vías distintas para regular los hechos determinantes del divorcio, según se prefiera dejar muy abierta la fórmula legislativa a modo de una cláusula general, de suerte que sean los tribunales quienes la vayan llenando de sentido y desenvolviendo a través de una casuística que se tipificará jurisprudencialmente, que es la línea seguida por los países anglosajones, o que en cambio se trate de dotar de un mayor automatismo a los tribunales de justicia, lo que inversamente requiere un mayor casuismo legislativo y unos tipos más cerrados. En esta tesitura nuestro legislador ha preferido el automatismo legislativo y ha construido el hecho determinante del divorcio a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable. Se considera que un matrimonio que ha vivido separado a lo largo de un periodo de tiempo es muy difícil que vuelva a unirse”. (Ob. Cit., p. 116). Entre corchetes es nuestro.

⁴³ Para Augusto César Belluscio resulta evidente la tendencia de los países de dar mayor cabida al llamado divorcio-remedio, inclusive de suprimir toda posibilidad de indagación de culpas. Al respecto ha señalado: “En los últimos años, en Europa occidental y en Estados Unidos de América se ha manifestado una fuerte tendencia a llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcio-remedio, admitiéndolo sobre la base de la irremediable desunión entre los esposos. Aun cuando en unos se mantenga también la posibilidad

25. La distinción entre el divorcio como *sanción* al cónyuge culpable, o como *remedio* a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

Así lo entienden Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni cuando señalan acertadamente que: “Según una tendencia, la separación personal o el divorcio solo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges (...). La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. (...) En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges”.⁴⁴

6.2. Causales de divorcio.

26. Nuestro Código Civil, tras la modificatoria introducida por Ley 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas dentro de la institución de divorcio: uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial⁴⁵. Así tenemos que nuestro ordenamiento regula un sistema como cau-

de que uno de los esposos lo obtenga sobre la base de la inconducta de otro, en otros –a partir de las nuevas legislaciones de Alemania, Suecia y de algunos Estados norteamericanos– se ha suprimido inclusive toda posibilidad de indagación de culpas”. (Ob. Cit., p. 426).

⁴⁴ Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*, pp. 330-332. Véase también: Mallqui Reynoso, Max y Eloy Momethiano Zumaeta. *Derecho de Familia*, editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 520-523.

⁴⁵ Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. *Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2008, pp. 15-19.

sales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de cuerpos⁴⁶, estableciendo en su artículo 333 las causales de separación de cuerpos.⁴⁷

27. Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio⁴⁸. Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador.

Zannoni repara como caracteres comunes a todas esas causales, el hecho de que constituyen “conductas antijurídicas” que contradicen la observancia de los derechos-deberes que el matrimonio impone a los consortes, más aún tratándose del supuesto de atentado contra la vida del cónyuge, que propiamente constituye un ilícito penal. Señala al respecto: “La antijuridicidad objetiva de las causales de separación debe corresponderse con su *imputabilidad* al cónyuge que incurre en ellas. Se trata del factor de atribución objetivo que determina la *culpabilidad* (...). En general se trata de culpabilidad derivada de conductas *dolosos*, es decir, de acciones intencionalmente dirigidas a transgredir algunos de los denominados derechos-deberes que el matrimonio impone. Excepcionalmente podrían constituir actos meramente *culposos*, particularmente en el caso de las injurias inferidas por un cónyuge a otro,

⁴⁶ Artículo 349.- Causales de divorcio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12.

⁴⁷ Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.
13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

⁴⁸ Para Bossert y Zannoni, las causales de divorcio específicamente enunciadas en una norma material no son sino “diversos actos que representan injurias de un cónyuge al otro, en tanto lo afectan violando, en algunos de sus aspectos, el vasto contenido de los deberes morales y materiales que impone el matrimonio”. (Cfr.: Bossert, Gustavo A. y Eduardo Zannoni. Ob. Cit., p. 335); sin embargo, para Belluscio tal afirmación no es correcta, pues estima que: “la calificación de injurias graves queda reservada para los hechos violatorios de los deberes matrimoniales que no se encuadren en alguna de las demás causales previstas”. (Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 439).

las que, aunque carecieran de *animus iniuriandi*, pueden importar de todos modos ofensas o humillaciones cuya entidad debía ser advertida por el cónyuge ofensor”.⁴⁹

28. Por su parte, las causales referidas en los incisos 12 y 13 se engloban dentro de la clasificación del divorcio-remedio, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial. Ninguno de estos supuestos requiere la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges, limitándose el Juez a constatar el hecho objetivo del cese definitivo de la cohabitación por el periodo que establece la ley.

Como vemos, nuestro sistema jurídico se adscribe a un modelo mixto en el que acoge tanto causales de divorcio-sanción como de divorcio-remedio, adaptándose así al curso de las doctrinas modernas.

7. EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

29. Es pertinente referir los antecedentes y evolución del divorcio por la causal que nos ocupa y particularmente sobre la forma cómo se incorpora en nuestro sistema jurídico.

7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico

En general, el divorcio como institución jurídica ha sido contemplado en nuestro ordenamiento jurídico desde los albores de nuestra vida Republicana. Ya en el artículo 192 del Código Civil de 1852 se regulaba una serie de causales que daban lugar a la declaración del divorcio sin disolución del vínculo matrimonial, el cual quedaba subsistente, evidenciándose con ello la clara influencia del Derecho Canónico en nuestra legislación.

No fue sino hasta 1930, con la promulgación de los Decretos Leyes 6889 y 6890 que se introdujo el divorcio absoluto en nuestro ordenamiento y se aprobó su reglamento. Asimismo, en 1934 se promulgó la Ley 7894 por la cual se incorporó el mutuo disenso como causal de divorcio. Estas reformas fueron mantenidas con la promulgación del Código Civil de 1936.

En el Código Civil de 1984 no hubieron mayores modificaciones para el régimen del divorcio, manteniéndose como causales: el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal (antes llamado *malicioso*), la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, enfermedad venérea grave, homosexualidad sobreviniente y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad impuesta con posterioridad a la celebración del matrimonio.

⁴⁹ Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – derecho de familia*, Tomo 2, cuarta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 76.

7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil.

La causal de divorcio (y de separación de cuerpos) por separación de hecho es incorporada a nuestro sistema civil a través de la Ley 27495, publicada el 07 de julio del 2001, luego de haberse trabajado varios anteproyectos de ley y de los debates correspondientes. Veamos:

7.2.1. Proyecto de Ley

Fueron diversos los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República tendientes a incorporar la causal de separación de hecho dentro del listado de causas de divorcio. La más antigua fue presentada en el año 1985 como Proyecto de Ley N° 253/85 del 29 de octubre de 1985.⁵⁰

Pero es recién a partir del año 1996 en que las propuestas legislativas se acrecientan, destacando entre ellas el Proyecto de Ley N° 1716/96-CR (reactualizado mediante Proyecto de Ley N° 4662/98-CR⁵¹), por el cual se especificaba la causal de separación de hecho, cuya duración hubiera sido no menor de dos años continuos. En esa misma perspectiva, el Proyecto de Ley N° 2552/96-CR ampliaba la propuesta, regulando que la causal pueda ser invocada luego de haber transcurrido cuatro años continuos de separación.

Más restrictivo fue el Proyecto de Ley N° 1729/96-CR, que solo autorizaba invocar la causal de separación de hecho en caso que no existieran menores de 14 años. Incluso más radical fue el Proyecto de Ley N° 3155/97-CR que autorizaba invocar la citada causal solo si no se hubieran procreado hijos y la suspensión de la cohabitación hubiera durado más de cinco años.

Para el año 2000 se presentaron siete Proyectos de Ley tendientes a la incorporación de la separación de hecho como causal de divorcio. Nos referimos a los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, los cuales a través de diversas fórmulas legislativas propendían a sancionar el incumplimiento del deber de cohabitación por un periodo prolongado de tiempo, que podía abarcar de uno a cinco años, dependiendo de la propuesta alcanzada.

7.2.2. Memoria de la Comisión de Justicia, periodo 2000-2001

La Comisión de Justicia del Congreso de la República, acogiendo los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, emitió un Dictamen final con fecha 28 de diciembre del 2000, elevando al Pleno del Congreso para su aprobación el Texto Sustitutorio de los Proyectos de Ley presentados.

⁵⁰ Varsi Rospigliosi, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 41.

⁵¹ Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex P. *Manual de Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 211.

El Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia fue sometido a debate en dos días consecutivos, 06 y 07 de junio del 2001. En este debate fueron también sometidos a consideración los Textos propuestos en los Dictámenes alcanzados por la Comisión de Reforma de Códigos y por la Comisión de la Mujer, en torno al mismo tema. El primer día de debate concluyó aprobándose conceder un intermedio para elaborar un Texto Sustitutorio unitario de los tres Dictámenes sometidos a debate. Sin embargo, al retomarse al día siguiente el debate, solo las Comisiones de Reforma de Códigos y de la Mujer lograron consensuar sus posiciones en un texto único, manteniéndose el texto independiente presentado por la Comisión de Justicia, aunque introduciéndose las modificaciones pertinentes producto del debate realizado el día anterior, el cual fue sometido a votación por los Congresistas asistentes al Pleno, y aprobado por 53 votos a favor, 23 votos en contra y 2 abstenciones.

7.2.3. Publicación y vigencia de la Ley 27495

30. La Autógrafa del Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia aprobado por el Pleno del Congreso de la República fue remitido al Presidente Constitucional de la República Valentín Paniagua Corazao, quien no cumplió con promulgarla dentro del plazo constitucional, por lo que en cumplimiento de los artículos 108 de la Constitución Política y 80 del Reglamento del Congreso, el Presidente del Congreso ordenó que se comunique a la Presidencia del Consejo de Ministros para su publicación y cumplimiento, siendo numerada como Ley 27495 y publicada en el diario oficial El Peruano el 07 de julio del 2001.

31. La Ley en comento introdujo expresamente la causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de subsecuente divorcio, precisando como requisitos para su configuración la separación ininterrumpida de los cónyuges por un periodo de dos años si no hubieran hijos menores de edad, y de cuatro años si los hubiera, pudiendo cualquiera de las partes fundar su demanda en hecho propio, sin que se considerase separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales. Si hubiera hijos menores de edad, el Juez debe pronunciarse sobre la tenencia de éstos, favoreciendo la patria potestad a quien lo obtuviere, quedando el otro suspendido en su ejercicio.

Asimismo, se incorporó un artículo específico en el Código Civil (artículo 345-A) con el fin de regular el requisito especial de procedencia en las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho, como aquel que exige al demandante que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

De igual forma, en el mismo artículo se previó la posibilidad de fijar una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, pudiendo incluso optarse por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder, siendo aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones

contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del Código Civil, siempre que resulten pertinentes.

32. Mención aparte merecen las Disposiciones Complementarias y Transitorias, en las que se regulan principalmente la aplicación de la ley en el tiempo⁵². El legislador estimó que la causal podría ser invocada aplicándose inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia de la ley; por tanto, si las partes a la fecha de la entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal. Incluso las demandas de divorcio en trámite sustentadas en las causales de divorcio sanción podían modificarse para ser comprendidas dentro de esta nueva causal de divorcio remedio.

Este supuesto configura lo que la doctrina a denominado una excepción al principio de irretroactividad de la ley, la misma que se presenta en los siguientes casos: 1) cuando la ley así lo disponga; 2) cuando se trate de normas de derecho público, como el Código Penal; 3) en el caso de normas meramente interpretativas de una disposición anterior; 4) en los supuestos de disposiciones de carácter complementario; o, 5) cuando se trate de normas que contengan la abolición de determinada figura jurídica.

Con buen criterio Juan Espinoza Espinoza señala que cuando se trata de la aplicación de la Ley 27495, los juzgadores deben ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, y por el contrario deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería “(...) tan absurdo como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que ésta era solo aplicable a los hijos de esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de ésta. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva. (...) El Tribunal Supremo español con sentencia del 16 de junio de 1956 (...) ha establecido lo siguiente: *[...] el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando se trata de normas que son de mero desarrollo de otras, o procuran exclusivamente su ejecución, o denuncian su propósito ampliamente*

⁵² Con respecto a la presunta vulneración del principio de irretroactividad de la ley, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 3654-2009 (Lima), publicada el 28 de febrero del 2011, ha señalado que: “En la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la referida Ley (27495) se prescribe que la norma se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia; por tanto, si las partes, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal; razonamiento que ha sido igualmente referido por esta Sala Suprema en la Casación número dos mil doscientos noventa y cuatro – dos mil cinco (Lima). En el caso de autos, la propia recurrente ha reconocido que se encuentra separada de hecho del actor desde el año mil novecientos setenta y dos, por lo que a la fecha de interposición de la demanda (el uno de setiembre del año dos mil cinco) ya había transcurrido en exceso el plazo mínimo establecido en la ley, por lo que este argumento de defensa debe ser desestimado”.

*rectificador de situaciones morales o sociales en las que la nueva ley se declara incompatible, o cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio*⁵³.

7.3. Concepto de la causal de separación de hecho

33. Se ha conceptualizado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras. Así se afirma que: “La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos”⁵⁴.

También se asevera que la separación de hecho es “(...) el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno [o] de ambos esposos (...)”⁵⁵.

Esta Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha definido a esta causal como: “(...) la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos”⁵⁶.

7.4. Naturaleza jurídica de esta causal

34. La naturaleza jurídica de la causal, *prima facie*, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente, por el tiempo establecido en la norma jurídica. Sin embargo, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, admite implícitamente el análisis de las causas que dieron lugar a esa separación,

⁵³ Espinoza Espinoza, Juan. *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*, segunda edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 153-154. También ha señalado Alex Plácido Vilcachagua: “Esta referencia al tiempo transcurrido en la separación de hecho, preexistente a la vigencia de la citada norma, fue cuestionada por considerársela contraria al principio de irretroactividad de la ley. No obstante, la sugerencia de una prohibida aplicación retroactiva de la norma debe ser descartada por cuanto no se está frente a hechos, situaciones o relaciones jurídicas que hubieren consumado sus consecuencias con anterioridad a la dación de la norma. Por el contrario, la evidencia de la continuidad de tales consecuencias durante la existencia de la norma, demuestra que se está frente a un caso de aplicación inmediata de la ley”. En: *Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?* Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art45.PDF, p. 15.

⁵⁴ Azpiri, Jorge O. *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2000, p.256.

⁵⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Separación de hecho entre cónyuges*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 3.

⁵⁶ Entre otros, la Casación N° 1120-2002 (Puno) y la Casación N° 784-2005 (Lima), ambas expedidas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Particularmente, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), publicada el 28 de febrero del 2006, se ha establecido que: “El artículo 333 inciso 12 del Código Civil (...) regula la causal de separación de hecho, la que se presenta como el incumplimiento del deber marital de convivencia y de la vida en común que tienen los cónyuges, a fin de apartarse el uno del otro, ya sea por decisión mutua o unilateral, sin que exista una decisión judicial previa”.

al regular que no puede considerarse como cese de la cohabitación aquella que se justifique en razones laborales. De igual modo, el artículo 345-A del Código Civil alude a la indemnización de daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge más perjudicado con la separación; en tal situación, el Juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatórios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir.

Como podemos concluir, la causal regulada en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil es a la vez una de naturaleza objetiva y subjetiva, porque no solo se configura con la verificación de la separación física permanente y definitiva de los cónyuges, sino por la intención deliberada de uno o de ambos de no reanudar la vida en común.

7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal

35. Son tres los elementos que distinguen a esta causal en particular, y que se derivan de la atenta lectura de su texto, en concordancia con la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495. Los elementos son: *material, psicológico y temporal*.

7.5.1. Elemento material

36. Está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (*corpus separationis*), es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común⁵⁷. Sin embargo, puede ocurrir que por diversas razones –básicamente económicas– los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble no obstante su renuencia a concretar su vida en común (ocupan habitaciones distintas, manejan horarios distintos, y su único nexo de comunicación suelen ser los hijos). En este caso, la separación de hecho no puede ser interpretada como “no habitar bajo un mismo techo”, sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales⁵⁸.

⁵⁷ Con relación a este elemento material, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), citada en la referencia anterior, ha establecido que: “Este deber, llamado también ‘deber de cohabitación’, significa la obligación que tienen los esposos de vivir o habitar juntos en el domicilio conyugal. El significado de este deber no debe ser restringido al concepto de la obligación marital, dicho de otra forma, el débito sexual, pues la doctrina reciente estima que dicho deber se extiende a la obligación –entre otros– que tienen los esposos de compartir la mesa o el techo”.

⁵⁸ Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 117-118. Sin embargo, Plácido Vilcachagua ha expresado su discrepancia con esta posición, señalando que: “(...) se sostiene que no existe impedimento para que la separación de hecho se configure viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble pero en habitaciones diferentes. Sin embargo, en tal supuesto no se ha incumplido el deber de cohabitación. En definitiva, en tal caso se incumplirían otros deberes conyugales, como los de respeto recíprocos, asistencia espiritual y sostenimiento material; situaciones todas ellas, que acreditarían otras causales de separación de cuerpos o divorcio, pero no la que se comenta”. (*Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?*; Ob. Cit.; p. 6). En la misma tónica: Chávez de la Peña, Verónica. *Acerca de la procedencia de una asignación dineraria por concepto de indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho*, *JUS Doctrina y Practica*, N° 11, Lima, noviembre, 2008, p. 188.

7.5.2. Elemento psicológico

37. Se presenta este elemento cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges –sea de ambos o de uno de ellos– para reanudar la comunidad de vida (*animus separationis*). Por tanto, no puede alegarse la separación de hecho como causal de divorcio cuando ésta se produzca, por ejemplo, por cuestiones laborales, o por una situación impuesta que jurídica o tácticamente sea imposible eludir, como el caso de la detención judicial; o en el supuesto en que el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio. Sin embargo, cesada cualquiera de estas circunstancias justificatorias, el consorte está obligado de retornar físicamente al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, se configurará la causal de separación de hecho.

Analizando los alcances de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, Quispe Salsavilca refiere que: “(...) no se configura la causal cuando el *corpus separationis* se produce como resultado de una actividad –la laboral– que indirectamente revela la presencia de una *affectio maritalis*. La disposición tercera solo se limita a este supuesto de hecho pero no queda claro si tal enunciación es de carácter *numerus clausus* o si por el contrario vía interpretación extensiva considerando la racionalidad de la norma es correcto comprender toda situación que revele inequívocamente la presencia de la *affectio maritalis* como el supuesto de viaje por tratamiento de enfermedad y otras actividades que no excluyen el *animus* de comunidad de vida. Creemos que esta es la interpretación más coherente”⁵⁹. En el mismo sentido Plácido Vilcachagua señala que la citada Disposición Transitoria debe interpretarse en forma concordada con el artículo 289 del Código Civil, referido a los casos en que se justifica la suspensión temporal de la cohabitación y que exigen el traslado de uno de los cónyuges fuera del domicilio conyugal, ya sean razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros⁶⁰.

En la misma línea de argumentación Zannoni estima que en el proceso deberá acreditarse que la interrupción de la cohabitación no se debió a causas involuntarias o de fuerza mayor, o que habiéndose configurado aquéllas en un inicio, con posterioridad no se reanudó la convivencia por sobrevenir la falta de voluntad de unirse de uno o de ambos cónyuges⁶¹.

Es suficiente que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, o se rehúse volver al hogar, para que proceda su pretensión de divorcio, sin que obste para ello que el cónyuge demandado alegue que él, por el contrario, nunca tuvo la voluntad de separarse.

⁵⁹ Quispe Salsavilca, David. Ob.Cit., p.110.

⁶⁰ Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 48.

⁶¹ Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, Ob. Cit., p. 124.

7.5.3. Elemento temporal

38. Está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere. La norma no señala que pueda sumarse plazos independientes en caso que se configure solución de continuidad en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata de un plazo corrido y sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda.

Cabe anotar que en la invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan⁶².

7.6. Diferencia con otras causales

39. Habiendo definido a la separación de hecho como la interrupción de la cohabitación de los cónyuges por voluntad de uno de ellos o de ambos, sin alegación de culpa imputable a ninguna de las partes, salvo para la determinación de los efectos o consecuencias de la declaración de divorcio, la diferencia entre esta causal (conjuntamente con la separación de cuerpos) con las demás contempladas dentro de la categoría del divorcio-sanción resulta evidente, desde que la fractura del vínculo no se declara a consecuencia de la constatación de un actuar doloso o culposo del otro cónyuge (como sería el adulterio, la violencia física o psicológica, la injuria grave o el atentado contra la vida del cónyuge, entre otros), sino solo del hecho objetivo de la separación por un tiempo determinado y sin la voluntad de unirse, sin entrar al análisis de las causas que lo motivaron. En cambio, como se ha visto, en el divorcio-sanción, las causales son inculpatorias y, por tanto, debe establecerse el factor de atribución que corresponda a la causal específica en cada caso concreto.

7.6.1. Con la causal de abandono injustificado del hogar conyugal

40. Esta causal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges⁶³, con el objeto de sustraerse en forma dolosa y cons-

⁶² Zannoni refiere como característica de las acciones del estado de familia que éstas son imprescriptibles, lo que no quiere decir que no estén sujetas a plazo de caducidad: "Los términos de caducidad integran el supuesto de hecho que atañe a la existencia del derecho como tal. Los plazos de prescripción no afectan la existencia del derecho, aunque subordinan su ejercicio al término comprendido en ellos. (...) La caducidad de las acciones de estado tiende a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza, en función de un imperativo de estabilidad (...). En otras palabras, dicha caducidad actúa, simultáneamente, con la consolidación del estado de familia y, en virtud de esta consolidación, la acción para obtener la modificación o extinción del estado se agota por caducidad. Pero, bien se ve, no se trata de prescripción de la acción, sino de extinción del derecho a cuestionar el estado, ya consolidado". En: *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 95-96.

⁶³ Eduardo A. Zannoni refiere su disconformidad con el sector de la doctrina y jurisprudencia Argentina, en cuanto no admiten que, también, puede producirse abandono sin dejación del hogar o separación física, bastando para ello que el cónyuge culpable descuide voluntariamente su deber de atención de las necesidades de su familia, o cuando un cónyuge desatiende al otro en una enfermedad que requiere de asistencia permanente. (Cfr.: *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 98-99).

ciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Como vemos, para la configuración de esta causal no basta el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consistente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (que no solo incluye la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros), lo que no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que –por el contrario– para que proceda la última causal señalada, se exige al demandante (que puede ser perfectamente quien se alejó del hogar) que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias⁶⁴.

7.6.2. Con la causal de imposibilidad de hacer la vida en común

41. Esta causal se concibe como una suerte de causal residual, en la medida que en ella se pueden abarcar conductas no previstas expresamente en los demás incisos del artículo 333 del Código Civil, aunque algunos autores estiman que básicamente se refiere a la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado que no sea posible la convivencia por el estado permanente de conflicto que se crea entre ellos⁶⁵, mientras que para otros se trata de una definición abierta, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional calificar el supuesto sancionado por el legislador⁶⁶. Para la configuración de este supuesto, no se requiere que las partes, a la fecha de interposición de la demanda, se encuentren separadas físicamente, como si se exige en el caso de la causal de separación de hecho, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se decrete la separación definitiva.

7.7. Efectos legales

42. Tenemos dicho que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutiva⁶⁷; por tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva.

⁶⁴ En ese sentido se ha pronunciado la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2178-2005 Lima, publicada el 02 de octubre del 2007, al señalar que: “(...) debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar del abandono unilateral como del mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados”.

⁶⁵ Cfr.: Hinojosa Minguéz Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2007, p. 82.

⁶⁶ Cfr. Quispe Salsavilca, David Percy. Ob. Cit., pp. 119-122.

⁶⁷ Dentro de los diversos criterios de clasificación de las sentencias, la doctrina clasifica a las sentencias en: declarativas, de condena y constitutivas. En éstas se constituye, modifica o extingue una situación jurídica, dando lugar –en estos dos últimos casos– a una nueva situación jurídica, con efectos a futuro (*ex nunc*), de allí que sea imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. Teniendo en cuenta que lo que se pretende a través de una demanda de divorcio es modificar el estado civil de una persona, y teniendo en cuenta, además, que su amparo importará no solo la variación de esa situación jurídica sino que irradiará a otros aspectos relacionados con la institución familiar, como son el régimen patrimonial, los alimentos, la tenencia y custodia, la patria potestad, entre otros, es evidente que la sentencia a expedirse será una constitutiva de estado que producirá sus efectos únicamente a partir de su expedición (sin efecto retroactivo). Respecto de las sentencias que se expiden en los procesos de familia y sus efectos, véase también: Mangione Muro, Mirta Hebe. Ob. Cit.; p. 69. Asimismo: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 92-94.

43. El primer efecto o consecuencia –común a todas las causales– es el de la disolución o rompimiento del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua. Se incluye además el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (artículo 24 del Código Civil).

Sin embargo, tratándose de la causal de separación de hecho, el artículo 345-A del Código Civil ha regulado consecuencias específicas, en tanto que no estamos ante una causal inculpatoria que conlleve consecuencias gravosas o sancionadoras para el cónyuge culpable. Ello no quiere decir que exista perdón total para quien promovió o dio lugar a la separación, “(...) por cuanto de no ser así se incitaría a quien quiere obtener el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo. La solución contraria obligaría al otro consorte al divorcio, permitiéndose al cónyuge culpable obtener por vías legales la liberación de la mayoría de sus obligaciones conyugales y familiares”⁶⁸.

44. Por ello, como segundo efecto de la declaración de divorcio en esta causal específica, tenemos a aquél relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Este efecto se proyecta en dos dimensiones:

a) El establecimiento de una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado. Este aspecto será materia de un mayor análisis más adelante.

b) La pensión de alimentos que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos; por tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable solo al divorcio-sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso concreto. Es de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 342, que indica: “El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa”⁶⁹.

45. La norma bajo análisis agrega como otros efectos del divorcio por la causal de separación de hecho, los siguientes:

⁶⁸ Plácido Vilcachagua, Alex F. *Ibidem*; p. 51.

⁶⁹ En esta misma línea de argumentación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 4057-2009 (Huánuco), publicada el 04 de octubre del 2010, ha expresado: “Que, por tanto, al igual que en el caso del divorcio por culpa de uno de los cónyuges, en el caso especial de las pretensiones de divorcio por causal de separación de hecho, no rige la regla general, por la cual el divorcio pone fin a la obligación alimentaria entre los cónyuges, sino debe entenderse que excepcionalmente en este supuesto puede subsistir la obligación alimentaria a favor del cónyuge que resulte perjudicado con la separación, ello siempre y cuando se hubiera acreditado que el cónyuge perjudicado estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir sus propias necesidades por otro medios, conforme lo establece el artículo 350 del Código Civil”.

a) Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales y división por partes iguales de los bienes gananciales (artículo 323), sin olvidar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (artículo 324).

b) Asimismo, el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (artículo 352).

c) El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden (artículo 343).

46. En caso de existir hijos menores de edad, el divorcio por la causal de separación de hecho producirá –por remisión del artículo 355 del Código Civil– además los siguientes efectos:

a) Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el Juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (artículo 340).

b) En cualquier tiempo, el Juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos (artículo 341).

8. LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

47. Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero, se aplica para los casos del divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo, se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley 27495, es decir el divorcio por causa no inculpatoria. Para los efectos de la sentencia casatoria nos interesa desarrollar brevemente los aspectos más relevantes de la indemnización en el divorcio-remedio.

8.1. Concepto.

48. En la doctrina y el derecho comparado se ha establecido un régimen de responsabilidad familiar en los casos de divorcio o nulidad matrimonial que reposa esencialmente en la denominada compensación económica, llamada también pensión compensatoria.

Herminia Campuzano Tomé, compartiendo criterio con Pereda y Vega Sala, concibe a esta compensación como: “Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial– en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio, dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”⁷⁰. Sin embargo, esta noción se refiere a la compensación que se fija en el divorcio tanto por causas inculpatorias como las no inculpatorias, pues la prestación se impone, según se dice, “al margen de toda responsabilidad”.

49. Como se ha visto, en nuestro sistema jurídico, el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculpatoria; por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente de la separación de hecho y aún cuando haya mediado acuerdo de los cónyuges para el apartamiento. En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral.

50. No obstante ello, es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Y en este sentido, será considerado como tal aquel cónyuge: a) que no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

51. El caso típico de la separación de hecho se produce por decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando, por ejemplo, se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada. En otra hipótesis, cuando el cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo, estudios), pero luego de cesado este motivo se rehúsa injustificadamente a retornar al hogar.

Aun en la hipótesis en que se produzca acuerdo de los cónyuges sobre la separación de hecho, el Juez puede identificar y comprobar en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado con la cesación de la convivencia y, por consiguiente, disponer una indemnización o adjudicación de bienes a su favor.

⁷⁰ *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación de divorcio*. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento, Barcelona, Librería Bosch, 1986, p. 28.

52. Pueden darse otras dos hipótesis con relación al cese de la vida en común de los cónyuges: a) cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse (acuerdo verbal o escrito de separación), para evitar que siga siendo maltratado física o moralmente, (incluso los hijos también pueden ser maltratados); b) cuando uno de los cónyuges se aleja unilateralmente del hogar porque el otro lo maltrata o ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas. Consideramos que en ambos supuestos se justifica la actitud del cónyuge y fácilmente se puede identificar y acreditar su condición de cónyuge más perjudicado y, por tanto, establecerse una indemnización a su favor.

8.2. Naturaleza jurídica

53. Es necesario determinar la naturaleza jurídica de la indemnización bajo análisis a fin de establecer qué tipo de normatividad o régimen legal le resulta aplicable y, por consiguiente, el contenido y extensión de aquella indemnización. En la doctrina⁷¹ se han formulado distintos enfoques sobre su naturaleza:

8.2.1. Carácter alimentario

Se ha sostenido, en primer término, que se trata de una prestación de carácter alimentaria; sin embargo, existen sustanciales diferencias con la indemnización o compensación. En la pensión alimenticia procede de la situación de necesidad, para cubrir las y el sustento se encuentra en el vínculo familiar de origen legal. La compensación procede de la sentencia de divorcio o separación, a favor del cónyuge perjudicado para compensar el desequilibrio producido por la separación. También se sostiene que la pretensión de alimentos es imprescriptible mientras que la compensación económica debe necesariamente reclamarse en el proceso de divorcio.

8.2.2. Carácter reparador

Por otro lado, se ha afirmado que esta compensación tiene una naturaleza reparadora, pues su finalidad sería reparar el perjuicio que el cónyuge padece a raíz de la ruptura matrimonial⁷², y al efecto se establece una pensión compensatoria.

⁷¹ Cfr. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. *La Pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. Puede verse este texto completo en el siguiente enlace: http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf

⁷² “La pensión compensatoria, recogida en el artículo 97 del Código Civil –español–, es una medida no de índole o carácter alimenticio sino de naturaleza reparadora tendiente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace el derecho a la pensión (compensatoria), de la situación instaurada en el matrimonio”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª del 01 de octubre de 1998.

8.2.3. Carácter Indemnizatorio

En otra vertiente se ha sostenido que tiene una naturaleza indemnizatoria, porque se debe cumplir la prestación mediante un pago único, en oposición a la pensión compensatoria, que es de tracto sucesivo. Para establecer esta indemnización es necesario acreditar un desequilibrio en relación con el otro cónyuge y en relación con la situación anterior a la ruptura matrimonial⁷³. En esta posición se excluye que la prestación derive de una responsabilidad civil y, por tanto, no se sustenta en la culpa o dolo del cónyuge a quien se le impone el pago de aquella prestación.

8.2.4. Carácter de Obligación Legal

Otro sector importante de la doctrina postula que la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal, pues la norma impone a uno de los cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad del matrimonio, y así evitar el empeoramiento del cónyuge más débil⁷⁴. No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado. El fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos en la equidad⁷⁵ y en la solidaridad familiar. En cuanto a este último fundamento, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no solo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal) sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar.

8.2.5. Carácter de Responsabilidad Civil Extracontractual

Para otro sector de la doctrina esta compensación económica tiene su fundamento en la responsabilidad civil extracontractual; por esta razón, se sostiene, que para la configuración de esta responsabilidad debe exigirse todos sus elementos: a) el daño y perjuicio, b) antijuricidad, c) factor de atribución o imputabilidad, d) relación de causalidad⁷⁶.

⁷³ Zarraluqui, Luis Op. Cit. p. 3.

⁷⁴ Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo. *La compensación económica en la ley del matrimonio civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?*, véase el texto en el siguiente enlace: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1943/23.pdf>. Asimismo, Cfr.: Álvaro Valverde, Luis Genaro. El ser y el deber ser de la denominada “indemnización en caso de perjuicio”, derivada de la causal de separación de hecho, algunas notas entorno al esclarecimiento de su auténtica naturaleza jurídica. *Dialogo con la Jurisprudencia*, Tomo 123, Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre, 2008, pp.147 y ss.

⁷⁵ Zarraluqui, Luis, Op. Cit. p. 8-9.

⁷⁶ La responsabilidad contractual como extracontractual tienen como elementos comunes: a) la antijuricidad, b) el daño, c) relación de causalidad entre el daño y el hecho, d) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. Cfr.: Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, octava edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, pp. 105 y ss.

Un sector de la doctrina nacional asume esta posición⁷⁷, aun cuando algunos distinguen su aplicación y precisan que para el divorcio sanción se aplican las normas de la responsabilidad civil extracontractual matizada por las características propias del Derecho de Familia y, por otro lado, para el divorcio remedio se aplicaría un tipo de responsabilidad civil familiar y especial⁷⁸. En consecuencia, se puede convenir parcialmente, que en el divorcio sanción, en donde se requiere la culpabilidad de uno de los cónyuges, la indemnización se sujeta a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, y a su vez teniéndose en cuenta las particularidades, características y la naturaleza del Derecho de Familia. Mientras que en el divorcio remedio que analizamos, no le es de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual ni contractual.

8.2.6. Nuestro sistema normativo.

54. Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o, b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no solo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal.

El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial; en tal perspectiva Eusebio Aparicio Auñón sostiene que “(...) en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa (...) la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas (...). El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar renta o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales”.⁷⁹

⁷⁷ Reflejando esta posición doctrinaria la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, resolvió la Casación N° 241-2009 (Cajamarca), publicada el 31 de mayo del 2010, en la que sostiene: “Que, tradicionalmente este daño se encuentra dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual, con la peculiaridad de derivar de vínculo jurídico familiar que relaciona a las partes involucradas en el conflicto judicial, cuya obligación de reparar tiene como fundamento la violación del deber genérico de no causar perjuicio a otro”.

⁷⁸ Al respecto, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre sostienen que: “Es imprescindible, asimismo, delimitar adecuadamente los alcances de la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivar del divorcio, para lo que hay que tener en claro que la simple realización de alguna de las causales del divorcio no basta para reclamar la reparación por esta vía. Será necesario que se configure la responsabilidad, para lo que es precisa la concurrencia de sus elementos constitutivos. A esto debemos agregar el hecho de que la responsabilidad civil debe verse matizada por las características propias del Derecho de Familia, de modo que se logre la armonía de los intereses superiores en la constitución de un matrimonio, de su estabilidad, y el sentimiento de justicia de la comunidad, junto con el principio general que exige que quien sufre un daño debe ser indemnizado”. *Responsabilidad Civil derivada del divorcio*. Véase el texto completo en el siguiente enlace: http://www.castillofreyre.com/articulos/responsabilidad_civil_derivada_del_divorcio.pdf.

⁷⁹ *La Pensión Compensatoria*. En: Revista de Derecho de Familia N° 5, octubre, 1999, pp. 40 y 41.

La aplicación de la equidad en la fijación de la indemnización o la adjudicación de bienes, presupone por lo menos algunos elementos de convicción del perjuicio, como las pruebas, las presunciones y los indicios, que sirvan de referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, la magnitud del perjuicio y el *quantum* indemnizatorio.

55. Por otra parte, para nuestro sistema la indemnización no tiene un carácter alimentario porque su prestación, además de no ser de tracto sucesivo o de pago periódico, no tiene por finalidad cubrir las necesidades propias de la subsistencia sino el de restablecer, en la medida de lo posible, el mayor perjuicio sufrido por el cónyuge. Se debe tener en cuenta que se ordena la indemnización o adjudicación además de la pensión de los alimentos que pudiera corresponder al cónyuge mencionado.

En el derecho alemán e italiano las prestaciones económicas derivadas de la ruptura matrimonial tienen el carácter de pensión alimenticia, en el derecho español y francés tienen un carácter de pensión compensatoria o prestación indemnizatoria.⁸⁰

56. En el curso de la audiencia pública de este Pleno Casatorio expuso su disertación, en calidad de *amicus curiae* (amigo del Tribunal), el señor **Alex Plácido Vilcachagua**, quien sostuvo, entre otros argumentos, que en el plano de la indemnización en este tipo de divorcio era aplicable –como fundamentos- los criterios de equidad, el principio de enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal. Sin embargo, el enriquecimiento sin causa o indebido⁸¹ debe considerarse subsumido en la equidad; y, por otro lado, en cuanto al tercer fundamento –solidaridad conyugal- consideramos que como la indemnización debe comprender no solo al cónyuge sino también a las consecuencias perjudiciales recaídas en los hijos, entonces el concepto de so-

⁸⁰ Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo, Ob. Cit. p. 424. El Código Civil italiano (artículo 129 bis) reconoce la denominada *assegnazione per divorzio* que viene a ser una suma correspondiente al mantenimiento durante tres años. El Código Civil francés (artículo 270) acuerda la llamada *prestación compensatoire* en virtud de la cual "...uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas". El Código Civil español (artículo 97) reconoce lo que su doctrina y jurisprudencia han denominado pensión compensatoria; aquella norma dispone que: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias...". Asimismo, Cfr.: Alfaro Valverde, Luis Genaro. *El ser y el deber ser de la denominada indemnización en caso de perjuicio derivada de la causal de separación de hecho*. Véase en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 123, diciembre 2007, pp. 150-151.

⁸¹ El enriquecimiento sin causa (o indebido) es aquel incremento del patrimonio que no se halla arreglado a la justicia y a la equidad; por tanto, la pretensión de enriquecimiento sin causa tiene sustento en la equidad y para nuestro sistema, el artículo 1955 del Código Civil la acción para su indemnización no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para lograr dicha indemnización. Para el caso concreto, el cónyuge más perjudicado puede obtener la indemnización en el proceso de divorcio en atención a lo dispuesto por el artículo 345-A del citado código. Además, de tomarse como fundamento el enriquecimiento sin causa sería más gravoso para el perjudicado porque requiere probar: 1) el incremento del patrimonio del enriquecido, 2) el correlativo empobrecimiento del perjudicado, c) la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento y d) la inexistencia de una norma legal que excluya su aplicación.

lidaridad familiar, como fundamento de dicha indemnización, resulta mucho más apropiado y comprensivo⁸².

En esta posición se descarta que la indemnización constituya una forma de responsabilidad civil, con todos sus elementos que comporta; en consecuencia, no puede considerarse a aquella indemnización dentro de una de las formas de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

57. En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente en la Audiencia del Pleno Casatorio por el profesor **Leysser León Hilario**, también en calidad de *amicus curiae*, en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras.

58. Ahora bien, la norma que regula la indemnización (artículo 345-A) tiene serias deficiencias, pues contiene imprecisiones que hace difícil concluir cuál es la naturaleza jurídica de la misma, sus alcances y si el Juez fija tal indemnización de oficio, a pedido de parte o tiene ambas opciones. Sin embargo, teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias aludidas y su regulación en el derecho comparado, puede establecerse válidamente que, la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la “estabilidad económica” del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge.⁸³

En cuanto al primer componente, es evidente que la prestación a imponerse tiene una naturaleza legal indemnizatoria, desde que es la propia norma jurídica la que expresamente establece este concepto. En lo relativo al segundo componente, el daño personal, evidentemente no tiene en forma directa un contenido patrimonial, pero

⁸² Jurisprudencia del Tribunal Supremo español hace mención del principio general de “protección del conviviente más perjudicado” (STS de 27 de marzo del 2001, 17 de enero del 2003, 23 de noviembre del 2004) en donde se soslaya la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa y únicamente se toma como base el dato objetivo del desequilibrio económico entre las partes. Véase en: Pinto Andrade, Cristóbal. *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*, primera edición, Barcelona, Editorial Bosch S.A. 2008, p.131.

⁸³ Oportunamente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 1914-2009 (Lima Norte), publicada el 30 de setiembre del 2010, dejó establecido que: “Si bien puede considerarse que la demandada cuenta con un trabajo que le permite solventar sus necesidades, tal circunstancia de ninguna manera incide directamente en la valoración del daño moral o personal que la ausencia o abandono de su cónyuge hubiera causado a su propia autoestima y a la estabilidad de la familia, independientemente de los motivos que lo hubieran generado (como es la alegada infidelidad del esposo)”.

también se sujeta a la misma naturaleza jurídica de la indemnización económica, es decir, que es de naturaleza legal.

59. Para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común⁸⁴, particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto, ni la conducta antijurídica como requisito de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí. En este mismo sentido Luis Zarraluqui apunta que: “En lo que respecta a la *relación de causa a efecto*, es evidente que en cada caso particular habrá de constatarse la realidad de que ese desequilibrio –daño– haya sido producido directamente por la separación o el divorcio y no por cualquier otro hecho o causa, quizás concurrente en el tiempo. Tiene que ser la separación o el divorcio el que produce directa y efectivamente el desequilibrio, de forma que si no hubiera tal ruptura, el desequilibrio no se produciría”.⁸⁵

60. Respecto a la relación o nexo causal es conveniente anotar que según la teoría de la causalidad adecuada, para determinar la causa de un daño es necesario hacerse, *ex post facto*, un *juicio de probabilidad*, más allá del hecho o evento ocurrido en la realidad, en virtud del cual se formule la pregunta de si la acción u omisión del presunto agente del daño era apta por sí misma para ocasionar el daño según el curso ordinario de los acontecimientos. Si la respuesta es afirmativa se concluirá que la referida conducta es adecuada para producir el daño –hay nexo causal–, caso contrario, habrá una causa ajena⁸⁶.

61. En el presente caso, para que proceda la indemnización (*juicio de procedibilidad*) por los daños producidos como consecuencia –nexo causal– del *hecho objetivo* de la separación de hecho o del divorcio en sí, el Juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, *pues que se trata del divorcio remedio*. Por tanto, aquella relación de causalidad debe ser verificada por el Juez en el proceso, para estimar procedente la indemnización o la adjudicación prevista por la norma jurídica bajo análisis. Si se alegara o pretendiera una indemnización de daños, que no tiene ninguna relación de causalidad con el hecho objetivo de la separación o del divorcio en sí, el Juez debe estimar improcedente tal exigencia indemnizatoria. No obstante, es necesario puntualizar que generalmente,

⁸⁴ La antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.

⁸⁵ Op. Cit. p. 8.

⁸⁶ Cfr. Abrevaya, Alejandra Débora. *El Daño y su Cuantificación Judicial*, 1ra edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, 2008, p. 16.

salvo situaciones excepcionales⁸⁷, con la ruptura de hecho se produce para ambos cónyuges perjuicios de diversa naturaleza, pero uno de los consortes resulta más perjudicado que el otro. En el contexto del juicio de procedibilidad el Juez verificará si existe en el proceso en concreto un cónyuge más perjudicado, al cual se refiere el artículo 345-A del Código Civil.

Cosa distinta es que en el ámbito del *juicio de fundabilidad* se tenga en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado. Así por ejemplo, si uno de los cónyuges se rehusó injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria a favor del otro cónyuge y de sus hijos; o bien, cuando aquél abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más aún si se fue del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos.

8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes

62. En principio, no es presupuesto *sine quanon* de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal, tenga o no culpa –en sentido amplio– cualquiera de los cónyuges⁸⁸, y aún en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización⁸⁹. Por tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación⁹⁰.

⁸⁷ En la hipótesis en que luego de un corto tiempo de celebrado el matrimonio, ambos cónyuges de mutuo acuerdo deciden separarse de hecho, sin haber procreado hijos y renunciando expresamente a cualquier indemnización derivada de aquella separación consensuada.

⁸⁸ En la Casación N° 2080-2007 (Cusco), publicada el 30 de mayo del 2008, se ha establecido que: “(...) la causal de divorcio por separación de hecho posibilita la invocación del hecho propio (...)”.

⁸⁹ La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 241-2009 Cajamarca, publicada el 31 de mayo del 2010, señala lo siguiente: “Que, en referencia al segundo supuesto del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto preceptúa la indemnización que correspondería por los daños causados por el divorcio por la causal de separación de hecho, debe señalarse que si bien es cierto, que el divorcio por la causal de separación de hecho a que se refiere el artículo 333 inciso 12° del Código Civil, modificado por la Ley 27495, regula el divorcio remedio, y no se fundamenta en la culpa de uno de los cónyuges o de ambos; sin embargo, al haber contemplado la mencionada Ley el trámite del divorcio en la vía de conocimiento, nada obsta que se analice el supuesto del cónyuge que motivó la separación de hecho, sea porque se alejó del hogar, porque ejerció violencia sobre el otro cónyuge provocando la salida de la casa matrimonial, entre otras”.

⁹⁰ También es del mismo parecer: Zapata Jaén, María Elena. *Los daños derivados del divorcio o separación de cuerpos por causal, en el Código Civil peruano*. En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad*, Nuevas Perspectivas, Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego, Lima – Perú, Editora Jurídica Motivensa, 2009, p 538.

8.3.1. De la indemnización y los daños personales

63. Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: a) los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda, b) de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.

En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de éste, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad⁹¹, si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros. Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable –culpa en sentido amplio– de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica (por ejemplo el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho) y otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación.

En el segundo supuesto, con el divorcio declarado por sentencia firme, el cónyuge puede resultar perjudicado con la pérdida de pensiones o beneficios de seguros o rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio, entre otros.

64. En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. En tal sentido, también se pronuncian Luis Diez Picazo y Antonio Gullón comentando el Código Civil español (artículo 97) al afirmar que: “La hipótesis para la que el Código lo establece queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado y, además, el cotejo de esta situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas”⁹².

⁹¹ Nuestra Constitución no ha reconocido exclusivamente un solo modelo de estructura familiar, esto es la familia tradicional que emerge del matrimonio, sino que en su normatividad se protege a la familia, bajo cualquier estructura distinta a la tradicional, como las que provienen de las uniones de hecho, **la familia monoparental** (formada por cualquiera de los padres con sus hijos), la familia reconstituida. También así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC, Piura. Igualmente puede verse sobre las fuentes u orígenes de la familia monoparental en: AA.VV. *Familia Monoparental*, Marissa Herrera, Directora, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, pp. 24 y ss.

⁹² Ob. Cit., pp. 139-140.

65. El menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el Juez de las pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí⁹³, con prescindencia de toda forma de culpabilidad. Cosa distinta es que la separación de hecho haya sido causada por uno de los cónyuges, pero cuya conducta culposa no es presupuesto necesario para que se configure esta causal de divorcio. En este punto cabe preguntarse: si la separación de hecho se ha producido por culpa exclusiva del cónyuge que sufre mayor el perjuicio, ¿es procedente fijar una indemnización a favor de éste? Sería improcedente por falta de interés para obrar en el cónyuge solicitante.

66. Los artículos 345-A y 351 del Código Civil (el segundo dispositivo aplicable al divorcio remedio por remisión del primero), autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral. En la doctrina y el derecho comparado no hay criterio unánime sobre la relación de estos dos conceptos. Aún más, se ha sostenido que un criterio válido de clasificación es aquel que considera que los daños solamente se clasifican en patrimoniales y morales.

En principio, el “daño personal” a que alude la primera norma citada lo identificamos como el daño a la persona, y cuya formulación ha sido explícita en el artículo 1985 del Código Civil.

67. El concepto de daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota Fernández Sessarego⁹⁴, aunque no hay consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud. El **daño biológico** representa la *faz estática* del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima⁹⁵.

68. El **daño a la salud** representa el *aspecto dinámico* del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformi-

⁹³ El solo hecho de demandar el divorcio por la causal de separación de hecho y obtenerlo, sea o no culpable el cónyuge actor, no puede importar una conducta antijurídica y, por tanto, no puede generar ningún tipo de responsabilidad.

⁹⁴ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos. Ob. Cit. p. 477.

⁹⁵ Cfr.: Pizarro Ramón, Daniel. *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición, el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2004, p. 66.

dad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico)⁹⁶.

69. También algunos autores, como Carlos Fernández Sessarego, sostienen que el daño al “proyecto de vida” estaría comprendido dentro del daño a la persona, sería el daño más grave a la persona; que tal proyecto de vida se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano⁹⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, María E., con fecha 27 de noviembre de 1998, ha señalado que el daño al proyecto de vida constituye una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante, “pues atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (...) se asocia al concepto de realización personal que a su vez se sustenta en las opciones para conducir la vida y alcanzar el destino propuesto. Por ende, la pérdida de dichas opciones es reparable aún cuando no se trate de un resultado seguro sino probable –no meramente posible– dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por los hechos violatorios de sus derechos humanos”. Sin embargo, no fue indemnizado este tipo de daño por la Corte Interamericana mencionada bajo el argumento de que “la evolución doctrinaria y jurisprudencial no reconoce la posibilidad de su cuantificación independiente” y que “la emisión de la correspondiente sentencia de fondo implica un principio de satisfacción”⁹⁸.

El Juez de la citada Corte Interamericana Oliver Jackman, en el mismo caso Loayza Tamayo, expresó que “la noción del denominado ‘proyecto de vida’ concepto que es nuevo en la jurisprudencia de esta Corte y que, en mi respetuosa opinión, adolece de falta de claridad y fundamento jurídico (...) los precedentes que la Corte ha establecido en su jurisprudencia le permiten, sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones, evaluar el daño al que se ha hecho referencia y ordenar las

⁹⁶ Cfr. Pizarro, Ramón Daniel, Ob. Cit., pp. 66-71.

⁹⁷ Fernández Sessarego sostiene que: “El ser humano, para realizar un proyecto de vida a la par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades psicosomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un proyecto se vale, desde su yo, de su cuerpo y de su psique, de los otros, de las cosas, condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida (...). No solo el cuerpo o la psique pueden frustrar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás en el seno de la sociedad (...). Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustre. La decisión fue libremente adoptada, pero su cumplimiento depende del mundo, tanto interior como exterior. Por lo demás, en cuanto el ser humano es libre, resulta un ser impredecible. Puede esperarse de él, en consecuencia, la formulación de cualquier proyecto.” En: Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, Lima, diciembre, 1996.

⁹⁸ Cfr.: Galdós, Jorge Mario. ¿Hay daño al proyecto de vida? En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad*, Ob. Cit. p., 412.

medidas pertinentes de acuerdo con el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(...)»⁹⁹. No está demás referir que la misma Corte, en el caso Cantoral Benavides, hace algunos avances respecto al daño al proyecto de vida (se le otorga algunas formas satisfacción pública, una beca de estudios superiores)¹⁰⁰, precisamente porque dicho concepto aún se viene elaborando en la doctrina y en la jurisprudencia para delimitar su contenido y alcances.

70. En esta línea de argumentación, la aplicación del concepto de proyecto de vida –y por extensión el de proyecto de vida matrimonial– a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia¹⁰¹, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad. Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo. En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual, podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto imputado.

En todo caso, para los efectos del divorcio por la causal de separación de hecho en particular, uno de los aspectos esenciales para la procedencia del pago de la indemnización o la adjudicación de un bien está dado por la existencia de la relación o nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho o, en su caso, con el divorcio en sí.

71. De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie¹⁰². Sin embargo, cabe advertir

⁹⁹ Voto razonado y concurrente del Juez Oliver Jackman.

¹⁰⁰ Véase: Díaz Cáceda, Joel. *El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida*, una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional, primera edición, Jurista Editores E.I.R.L. Lima – Perú, 2006, p. 124 y ss.

¹⁰¹ Se ha sostenido que el daño al proyecto de vida es más específico que el daño a la persona o que el daño a la salud y no puede confundirse con el daño moral-dolor o con el daño psíquico. Cuando se define dicho menoscabo se postula su autonomía, porque “el proyecto de vida a diferencia de todos los demás proyectos que el ser humano se propone en su diario discurrir existencial, es aquel que tiene que ver con el destino mismo de la persona. En él se juega su futuro, su realización personal plena, de acuerdo con su más íntima vocación”. Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. *El valor de la vida humana*, Sante Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 30 y 31, con cita de Carlos Fernández Sessarego.

¹⁰² Cfr.: Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Segunda edición actualizada y aumentada, Lima, Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2003, p. 181.

que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona¹⁰³, tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322¹⁰⁴, y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984¹⁰⁵ y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985¹⁰⁶.

El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial¹⁰⁷. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente¹⁰⁸.

En cuanto al daño a la persona se requiere que sea cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado¹⁰⁹.

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral¹¹⁰. Este viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos

¹⁰³ Cfr.: Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*, en: *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo V. Compilación de Delia Revoredo de Debaquey, Segunda edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L., Lima, 1984, p. 449.

¹⁰⁴ Artículo 1322. Daño moral. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

¹⁰⁵ Artículo 1984. Daño moral. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

¹⁰⁶ Artículo 1985. Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

¹⁰⁷ Fernández Sessarego, Carlos. El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima, Cultural Cuzco, 1985, p. 214.

¹⁰⁸ La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la Casación N° 1782-2005 (Lima), se ha pronunciado sobre el daño moral y personal; puede ser ubicada en el siguiente enlace: http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp, ha establecido que: "(...) es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico – material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino fundamentalmente moral y personal, se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida en común con el cónyuge disidente".

¹⁰⁹ Ramón Daniel Pizarro participa en parte de este criterio, aunque enfoca el daño a la persona como daño moral. Ob. Cit., p 122.

¹¹⁰ Carlos Fernández S. sostiene que el concepto de daño moral tiene dos acepciones, una de ellas lo identifica con el daño a la persona, y la otra, establece una relación de género a especie. Así expresa que: "En efecto, existen al menos dos acepciones del concepto daño moral. Una amplia, que se confunde con la de daño a la persona en cuanto se refiere a cualquier atentado contra los derechos de la personalidad y otra, más usual en nuestro medio, que la restringe a una dimensión afectiva, al dolor o al sufrimiento que experimenta la persona". En: *Derecho de las personas*, décimo primera edición actualizada y aumentada, Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2009, p. 473.

psicológicos, los estados depresivos que padece una persona¹¹¹. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor.

Un sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral, pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica.¹¹²

72. Nuestra legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo de dos formas: a) mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria, o b) la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal. El cónyuge perjudicado elige cuál de las dos formas conviene a sus intereses. Haya o no elección, en todo caso, el Juez puede optar por la alternativa más adecuada al caso concreto.¹¹³

73. Como regla general, para que la indemnización cumpla su finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, debe establecerse en un solo monto dinerario que el Juez estime justo en atención a las pruebas recaudadas y a lo que resulta del proceso. No se trata de una pensión compensatoria como ocurre en el derecho español, en donde el Juez está autorizado a fijar una pensión indemnizatoria, de tracto sucesivo, que debe ser pagada en cuotas y periódicamente, durante un cierto tiempo.

74. Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique “un cambio de vida” para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse “un mínimo” o “un máximo”, sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros.¹¹⁴

¹¹¹ Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico, daño a la psiquis*, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 210-212.

¹¹² Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto, Ob. Cit., pp. 208-212.

¹¹³ En la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, con respecto a las medidas aplicables a favor del cónyuge perjudicado, que el Juez no está obligado a aplicar todas las medidas, “(...) sino que queda a su criterio razonado aplicar la más conveniente al cónyuge perjudicado en función también a los tipos de perjuicios que se evidencien de acuerdo a los medios probatorios (...)”.

¹¹⁴ Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. Diez Reglas sobre Cuantificación del Daño Moral. Véase en: Revista Jurídica Argentina LA LEY, AA. VV. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Partes General y Especial, Félix A. Trigo Represas, Director, Tomo III, 1ra Edición, Buenos Aires, 2007, pp. 181 y ss.

De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes.¹¹⁵

75. Es cierto que en ejecución de sentencia el Juez, a pedido de la parte beneficiada o de ambas partes, puede fraccionar el monto indemnizatorio, para facilitar su pago en atención a las circunstancias del caso, pero ello no desnaturaliza la indemnización fijada, incluso en esta modalidad de pago se puede convenir algún tipo de garantía personal o real.

8.3.2. De la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal

76. Con respecto a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil y, en consecuencia, debe concluirse que el Juez al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado, deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y, en su caso, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar. Dentro de la adjudicación de bienes, el Juez puede disponer también la adjudicación del menaje ordinario del hogar a favor del cónyuge beneficiado siempre que considere que con ello vela por la estabilidad económica de éste, sin perjuicio de la norma contenida en el último párrafo del artículo 320 del Código Civil.

La adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al

¹¹⁵ En el plano del derecho comparado, el artículo 97 del Código Civil español, modificado por el artículo 9 de la ley 15/2005 del 08 de julio del 2005, formula un listado de circunstancias que el juez debe tener en cuenta al momento de fijar una compensación económica:

“Artículo 97. El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en la sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
2. La edad y el estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualquier otra circunstancias relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización¹¹⁶. De adjudicarse un bien imputando a los gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos. De otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel que se adjudica. Para hacer efectiva a cabalidad esta adjudicación, el Juez puede ordenar, si fuese el caso, el retiro del hogar de parte del cónyuge que motivó la ruptura de la vida en común y el retorno del cónyuge perjudicado con sus hijos menores.¹¹⁷

Ordenada la adjudicación preferente de bienes gananciales, la misma se hará efectiva en ejecución de sentencia, en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales. La elección entre indemnización y adjudicación, en principio corresponde al consorte beneficiado; sin embargo, si la elección no es adecuada, el Juez finalmente decidirá la opción legal más apropiada al interés de la familia.

9. LA INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN DE BIENES: DE OFICIO Y A INSTANCIA DE PARTE

77. La indemnización o adjudicación se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el Juez. En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la más perjudicada con la separación de hecho, y en virtud a ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesoria, solicitando la indemnización o la adjudicación preferencial de bienes sociales. La parte demandada, también podría considerarse la más perjudicada con la separación, y en tal sentido podrá reconvenir solicitando cualquiera de aquellos extremos señalados. Después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto, se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

En consecuencia, es necesario establecer las pautas pertinentes referidas a la carga de alegación así como a la carga de la prueba sobre los perjuicios. También es necesario establecer las condiciones en las que el Juez de oficio fija una indemnización.

¹¹⁶ Del mismo criterio es Alex Plácido V. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 57.

¹¹⁷ Cfr. Plácido Vilcachagua, Alex. La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, N° 67, Lima Perú, Abril 2004, Gaceta Jurídica S.A., p. 54.

9.1. La indemnización o adjudicación de oficio

78. La norma principal que nos ocupa (artículo 345-A Código Civil) tiene una redacción con imprecisiones y defectos que necesariamente obliga a efectuar una adecuada interpretación para establecer la voluntad objetiva de la norma, tanto en sus aspectos materiales como en los procesales que contiene. En este propósito debe utilizarse los métodos de interpretación postulados por la doctrina, a partir de una interpretación literal o gramatical para usar también los otros métodos como el sistemático, teleológico, axiológico, entre otros. Interpretación que obviamente debe hacerse desde los principios y valores que consagra la Constitución Política y atendiendo al deber especial de protección a la familia monoparental que surge del divorcio y a la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. (artículos 4 y 43 de la Carta Política).

79. En principio cabe preguntarse ¿es necesario que la parte interesada solicite -vía demanda o reconvenición- una indemnización o la adjudicación de un bien por considerarse el cónyuge más perjudicado? o bien ¿es suficiente que el cónyuge alegue en cualquier estado del proceso su condición de cónyuge perjudicado para que el Juez tenga el deber de pronunciarse sobre la indemnización o la adjudicación prevista en la norma?, y aún más, sin que exista petición o alegación sobre perjuicios ni prueba alguna ¿puede el Juez fijar un monto indemnizatorio (o la adjudicación de bienes) bajo el simple argumento de cumplir con el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado?

80. En relación a la última interrogante, no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, **sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios**, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello¹¹⁸. Si la parte interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de

¹¹⁸ La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos aspectos: en la Casación N° 3016-2006 Lima, publicada el 03 de enero del 2008 en el Diario Oficial El Peruano, se ha establecido que, cuando los jueces deban pronunciarse sobre la existencia o no del cónyuge más perjudicado, deben hacerlo "(...) de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos (...); debiendo precisarse que en caso de que no se pueda determinar el cónyuge perjudicado, no existe obligación en el juzgador de fijar indemnización alguna o [la] adjudicación preferente [de bienes]".

De igual forma, en la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, se ha establecido que: "(...) el solo amparo de una demanda de divorcio por la causal de separación de hecho no convierte automáticamente a uno de ellos en cónyuge perjudicado sino que tal calificación será producto de una correcta valoración de los medios probatorios dentro de una debida motivación fáctica y jurídica (...) de tal modo que de no existir suficientes medios probatorios que acrediten cuál cónyuge es el perjudicado el juzgador no está obligado a declararlo así, ni aplicar las medidas de estabilidad económica que contempla más adelante el mismo dispositivo (...)"

la indemnización en el caso concreto. El Juez no tendría ninguna base fáctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal índole y, por tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso 3º del artículo 139 de nuestra Carta Política. No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio *iura novit curia*, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica (artículo 345-A) referida a los “perjuicios”.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tópico¹¹⁹ y ha sostenido que “...todo lo cual hace presumir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales demandados –en amparo– habrían emitido resolución contraviniendo el principio de congruencia procesal; máxime si se tiene en cuenta que la demandada doña Marcela Carvajal Pinchi ni siquiera petitionó la indemnización por daño emocional toda vez que fue declarada rebelde en dicho proceso judicial (fojas 8, primer cuaderno). Es de precisar, además, que si se interpreta que la indemnización ordenada viene a ser una consecuencia legal de la estimación de la demanda por causal de separación de hecho, dicha hipótesis, al parecer, no resistiría examen de constitucionalidad alguna dado que rompería el principio de que “quien alega un hecho tiene que probarlo”, vulneraría la garantía de imparcialidad del juez, así como el derecho de defensa de todo demandante de divorcio por causal de separación de hecho”.¹²⁰

En ese caso, se aprecia que la demandada ni siquiera contestó la demanda y, en consecuencia, no alegó hechos conducentes a poner de manifiesto su condición de perjudicada por la separación de hecho. Lo que esencialmente preocupa al Tribunal Constitucional es que se habría vulnerado la garantía de imparcialidad del Juez, pues éste sin ninguna base fáctica ni alegación pertinente de la parte se pronuncia sobre la indemnización. Así mismo, el Tribunal pone de relieve la lesión al derecho de defensa del demandante, quien no tuvo la oportunidad de alegar, contradecir ni probar en contra de los fundamentos de una indemnización nunca alegada por la otra parte.

En otro caso, el Tribunal Constitucional consideró que: “(...) Sin embargo, de ellas no se aprecia fundamentación alguna que evoque el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 345-A del Código Civil respecto a la obligación del juez de señalar una indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado por el divorcio; todo lo

¹¹⁹ Es necesario tener presente que, de acuerdo a lo normado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo; siendo el caso señalar que hasta la fecha no se ha emitido ningún precedente vinculante en materia de indemnización derivada de los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

¹²⁰ STC 04800-2009-PA/TC del 05 de marzo del 2010.

cual hace deducir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales que conocieron el proceso judicial subyacente habrían emitido sentencias contraviniendo el derecho de la recurrente a la debida motivación de las resoluciones judiciales¹²¹. El Tribunal citado cambió de criterio y sostuvo que la norma contenida en el artículo 345-A del Código Civil configura un mandato imperativo para el Juez y, en consecuencia, el juzgador debió pronunciarse sobre la indemnización, al no hacerlo, contravenía el derecho a la debida motivación de la resoluciones judiciales.

En esta situación, resulta por demás razonable, lo que propone al respecto este Supremo Tribunal constituido en Pleno Casatorio: si no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o en la reconvención), por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referentes a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga la oportunidad razonable de contradecirlos para que el Juez pueda pronunciarse en la sentencia sobre la estabilidad económica del cónyuge afectado. Será suficiente, por ejemplo, que el cónyuge alegue que su consorte lo abandonó en el hogar conyugal sin causa justificada, con sus hijos menores de edad, y que por ésta razón estuvo obligado a demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria en la vía judicial, para que entonces, acreditada esta situación fáctica, el Juez deba considerarlo como el cónyuge más perjudicado, y por tanto, fijar una indemnización o disponer la adjudicación de bienes sociales a su favor.

9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte.

81. Según el principio dispositivo, *nemo iudex sine actore*, el proceso solo se inicia a instancia de parte, nunca *ex officio*; por consiguiente, al demandante se le atribuye la carga procesal de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional¹²². No solo debe alegar hechos y formular petitorios sino también debe probar tales hechos, y por consiguiente, se considera la necesidad de la carga de la prueba¹²³. Esto nos conduce a considerar la existencia de la carga de alegar y probar los perjuicios en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, cuando han sido reclamados por la parte interesada, ya sean en los actos postulatorios o en cualquier estado del proceso.

¹²¹ STC 05342-2009-PA/TC de 21 de junio del 2010.

¹²² Hernando Devis Echandía define a la carga como: “un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias perjudiciales”. En: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, quinta edición, Buenos Aires, Victor P. de Zavallaga Editor, 1981, pp. 420-421.

¹²³ En la doctrina más recibida se ha diferenciado entre la carga procesal y el deber u obligación procesal, afirmándose que la distinción radica en “la diversa sanción conminada a quien no realiza el acto; existe solo obligación cuando la inercia da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio si la abstención del acto hace perder solo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga. (...) obligación y carga tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio”. Carnelutti Francesco. *Lezione di Diritto Processuale Civile*, Tomo II, Padova, 1938, p. 338, citado por García-Cuerva García, Silvia. *Las reglas generales del onus probandi*. En: AA.VV. *Objeto y carga de la prueba civil*, Xavier Abel Llunch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, JM Bosch Editor, 2007, pp. 56-57.

Nuestro proceso civil, está informado por una serie de principios procesales, muchos de ellos de raigambre constitucional y con una inequívoca orientación publicística. No obstante esta orientación, rige el principio dispositivo, con algunas flexibilizaciones, en los procesos de familia.

82. A tenor del principio dispositivo, en el proceso de divorcio en general, y en particular en el que nos ocupa, la parte interesada en principio debe solicitar el pago de una indemnización o la adjudicación, o por lo menos debe alegar hechos relativos al perjuicio sufrido.

Esta petición puede hacerla el cónyuge demandante que se considera perjudicado, acumulando como pretensión accesoria a la principal de divorcio, en cualquiera de las formas ya analizadas (una indemnización o la adjudicación preferente de bien). Por otro lado, si el cónyuge demandado se considera perjudicado, puede formular reconvencción en su escrito de contestación, solicitando igualmente la indemnización o la adjudicación.

Si ninguno de los cónyuges ha peticionado expresamente la indemnización o adjudicación, entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho; lo que **debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito**¹²⁴, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes, tal como ya se tiene expuesto anteriormente. En consecuencia, en esta hipótesis, el Juez en la decisión final debe pronunciarse sobre la fundabilidad -positiva o negativa- de los indicados perjuicios y, por consiguiente, si ordena o no una indemnización o la adjudicación según resulte de la valoración de pruebas, así como de los indicios y presunciones que surjan del proceso.¹²⁵

¹²⁴ Un sector importante de la doctrina (Peyrano, Wayar, Fassi, Morello) ha considerado que una de las hipótesis de flexibilización del principio de congruencia es el pedido o petitorio implícito. Cfr. Peyrano, Jorge W. *Nuevas Tácticas Procesales*, 1ra. edición, Rosario Santa Fe Argentina, Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L., 2010, p. 100. El mismo autor propone algunos alcances para la formulación de una teoría de las decisiones implícitas, las mismas que se derivan de varios supuestos. Resolución implícita inferida: a) de la simple omisión decisoria, b) del contexto decisorio, c) de lo decidido en otras cuestiones. Y aún argumenta a favor de la cosa juzgada implícita, véase en: *Procedimiento Civil y Comercial 1*, Rosario Santa Fe, Editorial Juris, 1991, pp. 105 y ss.

¹²⁵ Carmen Julia Cabello Matamala sostiene, en principio, que no es procedente que el Juez de oficio señale una indemnización, sino que requiere alegación de la parte interesada formulada necesariamente en la demanda o, en su caso, en la reconvencción: "Considerar por tanto, innecesaria la alegación de indemnización por parte del cónyuge perjudicado, asumiendo que su señalamiento debe ser de oficio, resulta discutible por la naturaleza del derecho en cuestión, como se ha alegado en los párrafos precedentes, pero además dicha interpretación afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, respecto de los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio (...). Por ello consideramos que, tanto la indemnización o adjudicación deben ser derechos alegados por su titular en el proceso judicial, en la demanda o, en su caso, en la reconvencción". *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Reus S.A., Madrid – España, 2009, pp. 525-550.

83. Los sucedáneos de los medios probatorios están constituidos por los indicios, las presunciones legales –absolutas y relativas–, las presunciones judiciales, la ficción legal. Así por ejemplo, la rebeldía declarada contra el cónyuge demandado o reconvenido causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que se produzca alguna de las circunstancias previstas en el artículo 461 del Código Procesal Civil.¹²⁶

Según nuestro ordenamiento procesal civil, la conducta procesal asumida por una de las partes en el proceso puede dar lugar a que el Juez extraiga conclusiones en contra de los intereses de tal parte, especialmente cuando sea evidente su falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o su actitud obstructiva según previsión del artículo 282 del citado cuerpo normativo.¹²⁷

84. Con relación a la forma cómo las partes en el proceso de divorcio introducen sus alegaciones, el principio de congruencia debe flexibilizarse al punto en que no será imprescindible que el cónyuge expresamente peticione la indemnización en la demanda o en vía reconvenicional; por el contrario, será suficiente que alegue hechos que configuren su condición de cónyuge más perjudicado y que la otra parte tenga la razonable oportunidad de pronunciarse sobre tales hechos, para preservar el derecho de defensa y el principio del contradictorio¹²⁸. Por tanto, el Juez en este tipo de procesos, como el de divorcio que se analiza, en calidad de director del proceso debe flexibilizar algunos principios como el de congruencia, formalidad, preclusión procesal, entre otros, y atender a los fines del proceso y exigencias humanas de la causa como le impone el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pero sin afectar el derecho de defensa de la otra parte ni el debido proceso en general, porque de lo que se trata es de emitir una sentencia objetiva y materialmente justa¹²⁹, sobre todo atendiendo a la

¹²⁶ Artículo 461. Efectos de la declaración de rebeldía. La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que: Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda; La pretensión se sustente en un derecho indisponible; Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, este no fue acompañado a la demanda; o el juez declare, en resolución motivada, que no le causa convicción.

¹²⁷ Artículo 282. Presunción y conducta procesal de las partes. El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

¹²⁸ El principio de contradicción se halla comprendido en el derecho de defensa, derecho a que su vez se encuentra reconocido por el artículo 139 inciso 14, que dispone en su parte pertinente: “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso...”.

¹²⁹ En esta línea de pensamiento, Guillermo Jorge Enderle pone énfasis en la elasticidad de la forma para la búsqueda de una decisión justa, y expresa: “Cuando hablamos de flexibilización de la congruencia estamos direccionando nuestro análisis a la elasticidad en orden a la valoración de las peticiones: pretensiones-oposiciones, argumentos y pruebas, que el juez moderno deberá poseer y donde el punto nodal de halla en su *decideratum*: la búsqueda de una solución justa dentro del marco de un proceso justo (...). Como ha señalado la doctrina judicial, la conformidad de la sentencia con la pretensión deducida no tiene que ser absoluta y literal sino ajustarse a lo discutido y no a las palabras, vocablos o cursos de discusión con que se ha litigado: la sentencia debe ceñirse a la esencia, al contenido de la demanda, siempre claro está sin desmedro de la defensa en juicio”. *La Congruencia procesal*, 1° edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 330.

naturaleza del proceso, a los derechos e intereses que se discuten en el marco del Estado democrático y social de Derecho que autoproclama nuestra Constitución.

85. Ahora bien, como ya se ha anotado anteriormente, la demanda contiene un acto de manifestación de la voluntad, que expresa el requerimiento de tutela jurisdiccional frente al Estado y a la vez la formulación de una pretensión procesal contra el demandado. También hemos anotado que el Juez al interpretar la demanda y, en su caso, la contestación de la demanda, debe determinar la naturaleza de la pretensión del actor o de las defensas del demandado, el tipo de providencia jurisdiccional peticionada y sus bases fácticas. En consecuencia, él debe analizar los hechos relevantes y petitorios formulados por las partes en sus respectivos actos postulatorios, para orientar el debate de la controversia, la producción de pruebas y el contenido de una decisión justa.

86. Tratándose del tipo de demanda de divorcio que analizamos, el Juez al interpretar la demanda o la contestación, entre otros, debe determinar si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes. Si ello no ha ocurrido, entonces debe examinar y determinar si la parte -demandante o demandada- implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que ha sufrido a raíz de la separación de hecho, exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre este tema. Será suficiente, por ejemplo, que la parte interesada manifieste que a consecuencia de la separación de hecho su cónyuge se desentendió de su obligación alimentaria y que por tal razón tuvo que demandar el pago de una pensión alimentaria para ella y sus menores hijos. Con estas expresiones simples de la parte interesada, ésta cumple con su carga de alegación, lo que a su vez habilita la probanza de este hecho y el deber del juez de pronunciarse sobre la existencia del cónyuge más perjudicado. En caso contrario, si no confluyen los elementos de convicción necesarios, el Juez se pronunciará sobre la inexistencia de aquella condición.

Estos hechos también pueden ser alegados por la parte interesada después de los actos postulatorios. En tal hipótesis, el Juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos el referido a los perjuicios.

87. En la interpretación de la demanda y de la contestación es aplicable los principios *pro pretensor* y *favor processum*, salvo en casos muy excepcionales, como ocurre en la prescripción extintiva, la que en vía de interpretación no puede ser considerada¹³⁰. En consecuencia, los textos de la demanda y contestación de la demanda en el divorcio, se interpretan en su integridad, pero también se puede interpretar las alegaciones que hicieran los litigantes con posterioridad a tales actos postulatorios; por tanto, cabe preguntarnos: ¿hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio?

¹³⁰ Cfr.: Peyrano, Jorge W. *Problemas y soluciones procesales*. Rosario, Argentina, Editorial Librería Juris, 2008, pp. 103-104.

En principio pueden hacerlo hasta el momento de la fijación de los puntos controvertidos, con el objeto de que el Juez los incorpore dentro de los puntos que van a ser materia de controversia y particularmente de prueba y de pronunciamiento judicial. No obstante ello, cabe aún la posibilidad de que las partes puedan alegar tales hechos en cualquier estado del proceso, pero en tal caso, debe seguirse ciertas reglas mínimas razonables, con el fin de preservar el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a la instancia plural¹³¹; en suma, debe respetarse las normas mínimas del debido proceso.

En este orden de ideas, si la parte interesada alega aquellos hechos después de la fijación de los puntos controvertidos, el Juez debe correr traslado a la parte contraria para darle la oportunidad de pronunciarse sobre esos hechos y de presentar la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, la prueba pertinente que ofrezca la parte interesada será de actuación inmediata¹³², con el fin de evitar dilaciones y conductas maliciosas, sin perjuicio de la prueba de oficio que el Juez pueda disponer para identificar al cónyuge más perjudicado y establecer la entidad de los perjuicios si fuera el caso. De esta forma se garantiza el derecho al debido proceso de ambas partes con relación al tema de los perjuicios, a la vez que se armoniza el trámite y resultado del proceso con la normas de derecho de familia, se flexibiliza los mencionados principios procesales en el marco del Estado democrático y social de Derecho que reclama nuestra Carta Política y, por tanto, se garantiza una especial protección al matrimonio y a la familia, en particular a la *familia monoparental* que resulta como consecuencia del divorcio¹³³.

9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación

88. Para el proceso civil en general, como es obvio, no es suficiente alegar hechos sino que deben ser probados. En esta perspectiva es necesario considerar el principio

¹³¹ La instancia plural prevista en la Constitución (artículo 139 inciso 6) tiene una configuración legal y en tal sentido se reconoce la doble instancia para el proceso civil en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil que dispone: Principio de doble instancia. El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

¹³² Constituyen **pruebas de actuación inmediata** aquellas que no requieren de audiencia o diligenciamiento previo para ser objeto de valoración, tales como cualquier prueba que ya ha sido incorporada al proceso principal o a sus acompañados (prueba trasladada, con las condiciones de ley), la prueba documental en cualquiera de sus formas, una pericia de parte, etc.

¹³³ Doctrina autorizada admite la posibilidad de que el demandante pueda introducir nuevas causas de pedir, representadas por hechos nuevos pero constitutivos del mismo derecho pretendido por el actor en la demanda. Con semejante criterio también se admite que el demandado, después de la contestación de la demanda, pueda aducir nuevas alegaciones y hechos, siempre que sea sometida al contradictorio. Cfr. Dos Santos Bedaque, José Roberto. *Efectividad del Proceso y Técnica Procesal*, traducción Juan José Monroy Palacios y Christian Delgado Suárez, 1ra edición, Lima Perú, Librería Communitas E.I.R.L., 2010, pp. 191 y 193.

onus probandi, esto es la carga de la prueba¹³⁴, la que en nuestro sistema procesal civil está regulada expresamente.¹³⁵

Hernando Devis Echandía define a la carga de la prueba como la “noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar consecuencias desfavorables o favorables a la otra parte”.¹³⁶

89. La carga de la prueba contiene dos reglas: una de distribución de la carga de probar y otra de juicio. La primera regla está dirigida a las partes, y en virtud de la cual se atribuye a ellas qué hechos deben probar; el demandante tiene la carga de probar los hechos en los que funda su pretensión y el demandado los hechos que sustenta sus defensas. La segunda, es una regla de juicio dirigida al Juez que establece cómo debe considerar la probanza de los hechos y, por tanto la fundabilidad de la pretensión o, en su caso, de las defensas, ante la ausencia o deficiencia de pruebas en el proceso que va fallar.

Como se ha visto, en el tipo de divorcio que se viene analizando, la parte demandante puede acumular una pretensión accesorio de indemnización de daños, o la adjudicación de bienes, derivados de la separación de hecho; y, de forma similar, la parte demandada puede reconvenir similar pretensión, alegando ser el cónyuge más perjudicado. Después de los actos postulatorios las partes también pueden solicitar cualquiera de aquellos dos extremos ofreciendo las pruebas pertinentes, o simplemente pueden alegar hechos concretos sobre ello en cualquier estado del proceso. Si esto último ocurre, el Juez correrá traslado a la otra parte, la que también podrá ofrecer pruebas de actuación inmediata.

En el caso concreto que nos ocupa, la carga de probar de la demandada que pretende la indemnización resulta inevitable por haber reconvenido este concepto. En consecuencia, le corresponde la carga de probar los hechos en que se sustenta el perjuicio alegado.

El consorte pretensor tiene la carga de probar que es el más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. La parte interesada asume la carga de probar

¹³⁴ En la doctrina se ha establecido la diferencia entre carga y obligación o deber procesal: en la primera el litigante no tiene el imperativo de cumplir una determinada conducta, sino que es una exigencia de que la cumpla para que obtenga una consecuencia favorable dentro del proceso. En la obligación procesal el sujeto tiene el imperativo de cumplir una conducta, que de no hacerlo se le impone una sanción jurídica; por tanto, en la carga procesal el vínculo se impone al sujeto en su propio interés, en tanto que en la obligación tal vínculo se impone en interés ajeno. Cfr.: Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I. Bogotá, Temis, 2002, p. 401.

¹³⁵ Artículo 196.- Carga de la prueba. Salvo disposición diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

¹³⁶ *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*, Tomo II, novena edición, Bogotá, Editorial ABC, 1988, p. 149.

los hechos referidos al menoscabo económico y al daño personal. Si la parte no aporta prueba para acreditar el perjuicio invocado, el Juez desestimaré este extremo, salvo que del proceso resulte alegaciones, pruebas, presunciones e indicios idóneos para identificar al cónyuge perjudicado y, por tanto habilitado para pronunciarse sobre la indemnización señalada por la ley¹³⁷.

90. No obstante la carga de la prueba que tiene la parte interesada, el Juez puede disponer de oficio la actuación de la prueba pertinente, de conformidad con la norma contenida en el artículo 194 del Código Procesal Civil; prueba de oficio que debe disponerla si alguna de las partes alegó perjuicios a consecuencia de la separación. No está demás precisar que la iniciativa probatoria del Juez tiene límites: a) se circunscribirá a los hechos alegados por las partes, aún cuando en el tipo de divorcio que analizamos, no se haya formulado pretensión pero si hechos respecto a los perjuicios, b) debe respetarse el derecho de defensa de las partes.

Por tanto, debe existir una comunidad de esfuerzos entre la actividad probatoria de las partes y la iniciativa oficiosa del juez para establecer en el proceso la verdad jurídica objetiva, la que debe constituirse en una de las piedras basales de una decisión justa¹³⁸.

Si bien el artículo 480, in fine, del Código Procesal Civil, dispone que los procesos sobre separación de cuerpos y divorcio por causales solo deben impulsarse a pedido de parte, esta norma no impide en modo alguno que el Juez pueda ordenar pruebas de oficio, y con mayor razón tratándose de este tipo de procesos.

91. En cuanto al daño moral, a los efectos de la carga probatoria, debe considerarse comprendido dentro del daño a la persona. Por otra parte, la culpabilidad del cónyuge, como se ha anotado, no es requisito para la configuración de esta causal de

¹³⁷ Así también lo estableció la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2366-2009 (Lima Norte), publicada el 01 de octubre del 2010, al arribar a determinadas conclusiones producto de la valoración de los hechos y de las pruebas actuadas en el caso concreto, señalando: “Que, en el presente caso, la recurrente denuncia que la Sala Superior no ha tenido en cuenta el espíritu de la norma, el cual es garantizar que el cónyuge perjudicado con la separación no vaya a quedar en desamparo producto de una situación que no ha provocado, y en autos quedó acreditado que la impugnante sufrió el abandono del accionante cuando sus cinco hijos eran menores de edad. Este Supremo Tribunal coincide con la recurrente, pues el Colegiado Superior no ha apreciado adecuadamente esta circunstancia especial, ni los subsecuentes hechos que de ella se derivaron, como son el que la demandada hubiera tenido que recurrir al Poder Judicial para demandar el pago de alimentos para sus menores hijos (lo que significa que el padre fue obligado compulsivamente a prestarlos ante su evidente negativa), así como denunciar el delito de abandono familiar por la falta de pago de pensiones devengadas, obteniendo en ambos casos sentencias favorables que grafican el evidente abandono material que sufrió la impugnante conjuntamente con sus hijos”.

¹³⁸ Con toda razón José Luis Blanco Gómez, con cita de Montero Aroca, concluye en este tema afirmando: “... en consecuencia, los poderes instructorios conferidos al juez convierten la etapa probatoria del proceso civil en una auténtica comunidad de esfuerzos, del juez y las partes. De ahí la acertada diferenciación de Montero Aroca, quien distingue entre actos de demostración y de verificación. En los primeros se incluyen los originados por las partes y, en los segundos, los provenientes de la iniciativa del juzgador, aunque al final tanto los unos, como los otros, confluyen al mismo punto”. *Sistema dispositivo y prueba de oficio*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994, p. 101.

divorcio. En cambio, la parte que alegó el perjuicio puede probar la culpa del otro cónyuge en los hechos que motivaron la separación de hecho con la finalidad de justificar una mayor indemnización.

10. LA RECONVENCIÓN FORMULADA POR LA DEMANDADA EN EL PRESENTE PROCESO

92. La demandada Catalina Ortiz Velasco en su escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, además de contestar la demanda, ha formulado reconvencción, solicitando que el demandante la indemnice por *daño moral y personal*, pagándole por concepto de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles), sustentando su pretensión en los hechos que expone en el indicado escrito. Tramitado el proceso según su naturaleza procesal, el Juez expide sentencia a fojas 313 y siguientes, declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial celebrado entre las partes, y además, entre otros, fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por *daño moral*; en consecuencia, ordena que el demandante pague por concepto de indemnización a favor de la demandada la suma S/. 10,000.00 (diez mil nuevos soles).

10.1. La reconvencción y la sentencia de primera instancia

93. La sentencia entre otros, ampara la reconvencción de la demandada en la parte referida al *daño moral* y establece que ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el matrimonio y mantener una familia. Se sustenta esencialmente en que de la conducta del demandante se concluye que: a) ha recibido asistencia económica de su esposa para labrarse un futuro mejor, b) ha promovido actos de violencia física en agravio de la demandada, c) ha rehuido el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, motivando se le siga un proceso de alimentos para conminarlo a que cumpla con aquella obligación, d) ha iniciado un proceso judicial de divorcio; por lo que resulta innegable que con la conducta del demandante se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida en común.

Así mismo, para los efectos de determinar el monto indemnizatorio, por la propia naturaleza extrapatrimonial: a) se recurre a la discrecionalidad del magistrado, b) se toma en cuenta el tiempo de separación de hecho, c) también el tiempo que desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos y, d) que subsiste la pensión alimenticia a favor de la demandada.

10.2. La reconvencción y la sentencia de segunda instancia

94. La Sala Superior ha revocado solo en el extremo que declaraba fundada la pretensión de régimen de visitas –en razón de que los hijos eran ya mayores de edad– y reformándola ha declarado sin objeto este pronunciamiento por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional. En consecuencia, se confirmó, entre otros, el monto indemnizatorio de S/. 10,000.00 (diez mil nuevos soles) fijado por el Juez.

En segunda instancia, se ha establecido que la demandada: a) es cónyuge perjudicada, pues no motivó la separación de hecho, b) cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, c) posteriormente asumió la tenencia y educación de los hijos, d) asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante.

Calificando estos hechos, la Sala Superior concluye que la demandada es la cónyuge inocente y además perjudicada, lo que permite al juzgador señalar una indemnización por el *daño y perjuicio* sufrido, debido a la aflicción de los sentimientos y la frustración del *proyecto de vida matrimonial*, y que se trata de un supuesto de *responsabilidad civil familiar de tipo contractual*.

También la Sala estima que le corresponde velar por la *estabilidad económica de la consorte perjudicada* así como reparar los *daños a su persona* fijando una indemnización, más aún si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la demandada y sus hijos, quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorroto de alimentos, quedando desvirtuados los argumentos de recurso de apelación.

En criterio del Colegiado Superior, el monto indemnizatorio fijado por el Juez corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso, tanto más que no es posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio.

En resumen, el Juez, amparando la reconvencción en parte, ha señalado un monto indemnizatorio solo por concepto de daño moral; mientras que la Sala Superior al confirmar la sentencia del Juez ha considerado a la demandada como cónyuge inocente y perjudicada, estimando que ello permite determinar una indemnización a favor de esta por el daño y perjuicio sufrido.

Por lo tanto, la Sala concluye que la indemnización debe cubrir el daño y perjuicio sufrido por la demandada, mientras que el Juez reduce el ámbito de la indemnización y lo circunscribe al daño moral.

10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia

95. En relación al principio de congruencia, aplicable al tema de la indemnización, debe considerarse que la demandada ha solicitado expresamente el pago de una indemnización y al efecto ha formulado reconvencción en la forma de ley. En tal sentido, se fijó como uno de los puntos controvertidos: “establecer si producto de la conducta asumida por el demandante se han generado daños en la demandada, la[s] que son de responsabilidad del demandante, en su caso cuál es el monto indemnizatorio”.

El Juez y la Sala Superior se han pronunciado sobre esta pretensión reconvenccional, estimándola en parte. Por tanto, las instancias de mérito han observado el principio de congruencia procesal al haberse pronunciado sobre el petitorio y los hechos

alegados por la demandada en su reconvención, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Sin embargo, como se tiene anotado, también es suficiente que la parte interesada –demandante o demandada– haya alegado en primera instancia hechos relacionados con su calidad de cónyuge más perjudicada para que el Juez tenga que pronunciarse en la sentencia sobre tal petición implícita y, los hechos concretos alegados por la parte, respetando el derecho de defensa de la parte contraria.

96. No obstante, en cuanto a los argumentos de la sentencia de primera instancia, es necesario precisar lo siguiente:

A) La asistencia económica de la demandada a favor del actor para que estudie y obtenga el título de pedagogo, si bien puede generar un daño moral, también origina un desequilibrio económico en la demandada, pues dicha asistencia fue en el entendido que era para que el demandante se forje un futuro mejor para el bienestar personal no solo de él sino de la familia; lo que se halla probado con las cartas de fojas 59 a 68, en donde el mismo actor solicita a la demandada diferentes sumas de dinero para sus estudios referidos y así también lo reconoce el propio demandante. Con los documentos de fojas 69, 70, 71 y 72 se prueba que la demandada tuvo que efectuarse un préstamo de dinero en cuatro oportunidades para la tesis y graduación del actor. Esta asistencia y esfuerzo económico de la demandada no fue compensado por el actor, produciéndose un evidente desequilibrio económico; en consecuencia, el perjuicio a la demandada rebasó el daño moral.

B) En cuanto a los actos de violencia promovidos contra la demandada, no solamente producen un daño moral en sentido estricto sino que generan un daño a la persona¹³⁹. En el proceso se ha acreditado que la demandada sufrió agresiones físicas y violencia moral, como resulta del acta de conciliación de fojas 74, documento privado de transacción extrajudicial de fojas 75 y 75 vuelta, del acta de compromiso y desistimiento entre las partes y de la manifestación policial de fojas 77, documentos en los cuales el actor reconoce ser autor de los maltratos físicos y morales, aunque alega que la culpa es de la demandada porque es celosa. Así mismo, de las constancias de fojas 83 y 84, de los cuatro certificados médicos legales de fojas 85 a 88 se corrobora las lesiones corporales sufridas por la demandada, tales como equimosis con hematoma peripalpebral izquierdo en pirámide nasal con desviación de tabique nasal hacia la derecha; además de otros hematomas, excoriaciones y equimosis en diferentes partes del cuerpo, en distintas fechas. En consecuencia, no solamente se ha producido perjuicios de carácter moral, por las tribulaciones, sufrimientos psicológicos y angustias sino también daños a la persona por las lesiones corporales y vulneración a la integridad física de la demandada. En consecuencia,

¹³⁹ Como se ha dicho nuestro Código Civil vigente reconoce el daño a la persona y el daño moral, aunque no en forma sistemática; en consecuencia, correlacionando estos dos conceptos, se ha establecido que el daño a la persona es el género y el daño moral es la especie, en el sentido de que el daño moral está comprendido dentro del daño a la persona; empero, en algunos casos el propio Código (artículo 1322) utiliza ambos conceptos como sinónimos.

y tal como lo ha señalado la sentencia de segunda instancia, por consiguiente se ha producido daños a la persona de la empleada.

C) Sobre el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del demandante a favor de la demandada e hijos, lo que determinó que fuera demandado judicialmente para su cumplimiento (Exp. N° 177-1997), debe ser tomado en cuenta como elemento de convicción relevante para considerar a la empleada como cónyuge más perjudicada. Uno de los efectos directos e inmediatos de la separación de hecho fue el incumplimiento de sus obligaciones legales alimentarias del actor a favor de su cónyuge e hijos, casi todos ellos entonces menores de edad, lo que constituye una forma evidente de perjuicio.

D) Con relación al inicio del presente proceso de divorcio, en principio ello no puede generar ningún tipo de responsabilidad y por consiguiente ninguna obligación. El requerimiento de tutela jurisdiccional efectuado por el actor mediante el ejercicio regular del derecho de acción no origina perjuicios ilegítimos, no solamente por estar prevista la aludida pretensión de divorcio en el ordenamiento jurídico, sino porque además no se ha acreditado que el derecho de acción fuera ejercitado en forma arbitraria o irregular para que genere tal responsabilidad como lo exige el artículo 4 del Código Procesal Civil¹⁴⁰. Tan cierto es ello que la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho que da origen a este proceso ha sido amparada por las dos instancias de mérito¹⁴¹.

97. En lo referente a los argumentos y fundamentos de la sentencia de vista también se advierte que:

A) Como se tiene anotado, la culpabilidad del cónyuge no es requisito del divorcio remedio; empero, este elemento subjetivo puede ser tomado en cuenta en la determinación del *quantum* indemnizatorio, y así lo hace la sentencia. En esta perspectiva, se argumenta que la demandada es cónyuge inocente, pues no dio motivo a la separación de hecho, por el contrario cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común y asumió la tenencia y educación de los hijos. También puede observarse que la referida sala, al igual que el juzgado, justifica la indemnización en el hecho de que la demandada es quien asumió los gastos para que el actor obtuviera su título de docente.

¹⁴⁰ Artículo 4. Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil. Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.

¹⁴¹ El ejercicio arbitrario o irregular del derecho de acción tiene lugar cuando la pretensión es manifiestamente infundada o ambigua, o se sustenta en hechos evidentemente falsos o con intenciones dolosas, tal ocurre cuando se elige la vía más perjudicial para el adversario, la confusión a través del proceso con la intención de provocar una incertidumbre dañosa, o cuando se despliega una actividad procesal que encierra engaño, temeridad o malicia, o cuando se recurre al proceso sin necesidad de ello. El ejercicio abusivo también puede darse en el curso de la actividad procesal (la acción se ejercita durante todo el proceso). Cfr.: Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y Malicia en el Proceso*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2002, p. 175.

B) Así mismo, la Sala Superior estima que le corresponde velar por la estabilidad económica de la consorte perjudicada. Sin embargo, no expone las razones puntuales por cuales habría existido un desequilibrio económico, como sería el de: a) relacionar la situación material de un cónyuge respecto del otro y simultáneamente comparar la situación material resultante del cónyuge que se considera más perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. De otro lado, la sentencia mencionada sustenta en parte la indemnización en la frustración del “proyecto de vida matrimonial”; concepto que como hemos visto es discutible y con un fuerte ingrediente de subjetividad, pero que además la Sala no precisa cuáles son en concreto las probabilidades de realización de la persona de la demandada que quedan truncas a consecuencia de la frustración del citado proyecto de vida.

11. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN

98. En el recurso de casación interpuesto por el actor, éste invocó como infracción normativa la aplicación indebida del artículo 345-A del Código Civil, alegando que la reconvencción se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, pero tal hecho no ha sido acreditado por la demandada. También alegó que la Sala Superior llegó a la convicción de que la demandada es la consorte inocente y perjudicada, sin haberse probado las causales determinantes de los daños y perjuicios ni del daño moral, pues no se probó que el recurrente hubiere contraído compromiso con otra mujer, como sería una partida de nacimiento de hijo extramatrimonial.

También el recurrente invocó como causal casatoria la infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, alegando que las sentencias del Juez y de la Sala Superior son contradictorias, pues el primero omite pronunciarse sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, de lo que concluye que no existe una adecuada motivación.

99. Como puede apreciarse de la reconvencción, la misma se sustentó esencialmente en que la demandada le remitía dinero al actor para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, que además tuvo que efectuarse un préstamo dinero para remitírselo, que cuando fue a visitarlo a la Escuela de Huancho fue avergonzada y golpeada al extremo de dejarla inconsciente, y que tales maltratos sucedieron continuamente. Dentro de los bienes gananciales adquiridos afirma que debe considerarse cinco máquinas de tejer y doscientas veinticinco varillas de fierro para construcción, bienes que fueron vendidos por el actor, además de llevarse éste el dinero ahorrado ascendente a US\$. 6,000.00 (seis mil dólares americanos), dejándola en el más completo abandono moral y material.

Si bien se aprecia que en la citada reconvencción la demandada también afirmó que el actor la ha dejado por irse con una profesora y que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, también es cierto que la supuesta relación con tercera persona no constituye el único hecho sustentatorio de la reconvencción, y en todo caso, ésta ha sido amparada por los otros hechos alegados y probados.

100. La Sala Superior ha llegado a la convicción de que la emplazada es la más perjudicada, por los fundamentos que se detallan en la propia sentencia de vista, valorando las pruebas aportadas al proceso, y en donde no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del actor (que sustentaría en parte el daño moral), no obstante dicha omisión no causa la nulidad de la sentencia de vista por no ser un hecho relevante y único de la reconvención, y además la eventual subsanación no cambiará el sentido de la resolución impugnada.

101. En cuanto a la alegada infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, no se aprecia contradicción entre las dos sentencias de mérito, ya que como se ha anotado la supuesta infidelidad del recurrente no es el único hecho que sustenta la reconvención y la omisión de su pronunciamiento no constituye causal de nulidad insubsanable. La Sala Superior ha motivado adecuadamente no solo en cuanto a la pretensión principal de divorcio por separación de hecho sino también en cuanto a la reconvención, y particularmente ha motivado fáctica y jurídicamente la fundabilidad de la pretensión reconvencional interpuesta por la demandada, considerando a ésta como la cónyuge perjudicada; en tal sentido, tampoco se verifica infracción a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso tutelado por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado.

En conclusión, y por todas estas consideraciones, el recurso de casación interpuesto por el demandante René Huaquipaco Hanco debe ser declarado infundado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil.

12. DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL

102. El precedente judicial que se establece en mérito a la presente resolución tiene fuerza vinculatoria para los jueces de todas las instancias y órganos jurisdiccionales de la República¹⁴² de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley 29364; por consiguiente, es de observancia obligatoria desde el día siguiente de su publicación oficial para los jueces en procesos pendientes de resolver y cuando resuelvan casos similares y en procesos de naturaleza homóloga (proceso de divorcio por la causal de separación de hecho y proceso de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho según lo dispuesto por los artículos 333 inciso 12, 345-A y 349 del Código Civil). No será vinculante para los casos ya resueltos pasados en autoridad de cosa juzgada.

¹⁴² El precedente judicial establece reglas o criterios cualificados de interpretación y aplicación del derecho objetivo, que resultan de observancia obligatoria por los jueces de todas las instancias; en virtud de cuyas reglas deben resolver los casos esencialmente semejantes de forma similar al resuelto en la casación que origina el precedente.

IV. FALLO

Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y de la Sala Civil Transitoria, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil:

Primero. Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas 426 a 430, su fecha 22 de setiembre del 2010, expedida por la Sala Civil de San Román – Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno.,

Segundo. Así mismo, declara que **CONSTITUYE PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene **facultades tuitivas** y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

2. En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

3. Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:

3.1. A pedido de parte, podrá formularse tal **pretensión** en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvencción, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.

3.2. De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya **alegado o expresado** de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos

postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.

3.3. En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.

3.4. En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.

3.5. En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.

4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: **a)** el grado de afectación emocional o psicológica; **b)** la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; **c)** si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; **d)** si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.

5. El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.

6. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.

SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial “El Peruano”, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Víctor Ticona Postigo.

SS.

LUIS FELIPE ALMENARA BRYSON

RAMIRO DE VALDIVIA CANO

VÍCTOR TICONA POSTIGO

ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ

ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE

SABINO LEÓN RAMÍREZ

JOSÉ ALBERTO PALOMINO GARCÍA

RICARDO GUILLERMO VINATEA MEDINA

FRANCISCO MIRANDA MOLINA

ARISTÓTELES ÁLVAREZ LÓPEZ

Carmen Rosa Champac Cabezas
Relatora

LA SEÑORA RELATORA CERTIFICA QUE LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO, ES COMO SIGUE:

En Lima, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once, el Juez Supremo que suscribe ha propuesto el siguiente voto singular, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Además de las consideraciones planteadas en el voto mayoritario, es necesario enfatizar los siguientes aspectos:

I. EL FIN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA

La persona humana es el fundamento y el fin de la convivencia política. Dotado de racionalidad, el hombre es responsable de sus propias decisiones y capaz de perseguir proyectos que dan sentido a su vida, en el plano individual y social. La apertura a los demás es el rasgo que la caracteriza y la distingue: en relación con los demás, la persona humana alcanza su plena y completa realización. Esto significa que por ser una criatura social y política por naturaleza, la vida social no es, pues, para el hombre sobrecarga accidental. Es una dimensión esencial e ineludible. La comunidad política, realidad connatural a los hombres, existe para obtener un fin de otra manera inalcanzable: el crecimiento más completo de cada uno de sus miembros, llamados a colaborar establemente para realizar el bien común.

La persona es, desde el punto de vista ontológico anterior a la comunidad política. El respeto de su dignidad mediante la tutela y la promoción de los derechos fundamentales e inalienables del hombre tiene que reflejarse en normas objetivas para garantizar la satisfacción de las exigencias humanas fundamentales. Si no hay una acción apropiada de los poderes públicos solo se produce entre los ciudadanos un mayor número de desigualda-

des —lo que hace que los derechos de la persona humana pierdan eficacia y se conviertan en propuestas retóricas—.

Estas políticas deben evitar que la preferencia dada a los derechos de algunos particulares venga a cohonestar su posición de privilegio: La posición de privilegio del o la cónyuge que en el interior de la comunidad familiar tiene el poder económico, de quien tiene trabajo remunerado, de quien tiene la posibilidad de coaccionar, chantajear, verter amenazas y cumplirlas frente al menos favorecido. En contra de la parte débil de la relación conyugal que, en el Perú, no puede defenderse de la violencia familiar ni la violencia sexual, ni tiene capacidad económica, social o cultural para acercarse a un abogado, para demandar, para defenderse judicialmente, para ofrecer prueba o actuarla o para reconvenir; o si está interesado/a, procesalmente, en defender la vigencia del matrimonio antes que en reclamar la vigencia de sus derechos personales.

II. LA SOCIEDAD Y EL ESTADO AL SERVICIO DE LA FAMILIA

La norma legal debe enfatizar una relación correcta y constructiva entre la familia, la sociedad y el Estado; la prioridad social de la familia; el deber fundamental de respetar y promover el matrimonio y la familia; garantizar y favorecer la genuina identidad de la vida familiar y a evitar y combatir todo lo que la altera y daña. El respeto y la promoción de los derechos de la familia.

Todo esto requiere la realización de auténticas y eficaces políticas familiares, con intervenciones precisas, capaces de hacer frente a las necesidades que derivan de los derechos de la familia como tal. En este sentido, es necesario como requisito previo, esencial e irrenunciable, el reconocimiento —lo cual comporta la tutela, la valoración y la promoción— de la identidad de la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio.

El reconocimiento, por parte de las instituciones civiles y del Estado, de la prioridad de la familia sobre cualquier otra comunidad y sobre la misma realidad estatal, comporta superar las concepciones meramente individualistas y asumir la dimensión familiar como perspectiva cultural y política, irrenunciable en la consideración de las personas.

Esta perspectiva hace posible elaborar criterios normativos para una solución correcta de los diversos problemas sociales, porque las personas no deben ser consideradas solo singularmente, sino también en relación a sus propios núcleos familiares, cuyos valores específicos y exigencias han de ser tenidos en cuenta.

En un régimen de economía social de mercado, la relación que se da entre la familia y la vida económica es significativa. La familia es protagonista esencial de la vida económica, orientada no por el consumismo sino según la lógica del compartir y de la solidaridad entre las generaciones.

La aportación que la familia puede ofrecer a la realidad del trabajo es preciosa, y por muchas razones, insustituible. Se trata de una contribución que se expresa tanto en términos económicos como a través de los vastos recursos de solidaridad que la familia posee.

Estos últimos constituyen un apoyo importante para quien, en la familia, se encuentra al cuidado de los hijos y de la familia; o sin trabajo remunerado. Pero más radicalmente aún, es una contribución que se realiza con la educación al sentido del trabajo y la responsabilidad social.

En la relación entre la familia y el trabajo, las labores de cuidado familiar, comenzando por las de la madre, precisamente porque están orientadas y dedicadas al servicio de la calidad de la vida, constituyen un tipo de actividad laboral que debe ser socialmente reconocida y valorada y otorgársele las posibilidades para desarrollar plenamente sus funciones maternas. (Juan Pablo II, Carta enc. *Laborem exercens*, 19: AAS 73 1981)

III. LA SOLIDARIDAD Y LOS PROCESOS DE FAMILIA

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, como lo declara el artículo 1 de la Carta Política de 1993. El fin de la vida social es el bien común históricamente realizable. El bien común de la sociedad no es un fin autárquico, pues solo tiene valor en relación al logro de los fines últimos de la persona y al bien común de todos, incluyendo a quienes no les es factible la defensa judicial de sus derechos. La responsabilidad de implementar el bien común compete tanto a las personas particulares como al Estado, porque el bien común es la razón de ser de la autoridad política. Esta responsabilidad es aún más clamorosa en sociedades en las que ni la persona ni la familia están en condiciones de alcanzar por sí mismas su pleno desarrollo; en sociedades que son abatidas por el consumismo, el relativismo, el hedonismo y el egoísmo. De ahí deriva la delicada función del poder público y la necesidad de las instituciones políticas de hacer accesibles a todas las personas los medios necesarios para la búsqueda de una vida auténticamente humana; conciliando con la justicia los diversos intereses particulares.

En esta perspectiva, aquellos funcionarios e instituciones a quienes compete la responsabilidad de la administración de justicia están obligados a fomentar el bien común en la perspectiva del bien efectivo de todos los miembros de la comunidad civil.

3.a) La solidaridad como principio social

Las nuevas relaciones de interdependencia entre hombres deben transformarse en relaciones que tiendan hacia una verdadera y propia solidaridad ético-social. La solidaridad no es solo una fundamental virtud moral y social. Es también un principio social ordenador de las instituciones, mediante la creación o la oportuna modificación de ordenamientos jurídicos, políticos y económicos.

La solidaridad es también, “la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos”. (Juan Pablo II, Carta enc. *Sollicitudo rei socialis*, 38:1988 565-566).

3.b) Solidaridad y crecimiento común de los hombres

El término «solidaridad», se traduce en la aportación positiva que nunca debe faltar a la causa común, en la búsqueda de los puntos de posible entendimiento incluso allí donde prevalece una lógica de separación y fragmentación.

El principio de solidaridad implica que gobernantes y gobernados cultiven la conciencia de la deuda que tienen con la sociedad. Son deudores de aquellas condiciones que facilitan la existencia humana.

Tal deuda se aligera con las diversas manifestaciones de la actuación de los funcionarios públicos que tienen la posibilidad o la obligación social y ética de contribuir a que el camino de los hombres no se interrumpa, ni aún ante situaciones adversas, sino que permanezca abierto para las generaciones presentes y futuras.

3.c) Solidaridad familiar

La subjetividad social de las familias se expresa también con manifestaciones de solidaridad y ayuda mutua y con mayor razón cuando la enfermedad, la pobreza, la injusticia, la edad o el individualismo atacan la familia y el matrimonio. Se trata de la consecuencia de la realidad familiar. La solidaridad pertenece a la familia como elemento constitutivo y estructural.

Es una solidaridad que puede asumir el rostro del servicio que persigue el derecho y de la atención a cuantos viven las consecuencias del relativismo, el hedonismo, el egoísmo y el consumismo; que se hace voz ante las instituciones de cualquier situación de carencia, para que intervengan según sus finalidades específicas.

Las familias, lejos de ser solo objeto de la acción política, pueden y deben ser sujeto de esta actividad, movilizándose para «procurar que las leyes y las instituciones del Estado no solo no ofendan, sino que sostengan y defiendan positivamente los derechos y deberes de la familia. En este sentido, las familias deben crecer en la conciencia de ser “protagonistas” de la llamada “política familiar” y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad». (Juan Pablo II, Exh. ap. Familiaris consortio, 44: (1982) 136; Santa Sede, Carta de los derechos de la familia, artículo 9).

También debe considerarse que el artículo 335 del Código Civil establece que “Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio”; pese a que este principio universal haya sido transgredido en el texto del artículo 333 inciso 12 del propio Código Civil.

Por las razones expuestas, de conformidad con la norma prevista en los artículos 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 400 del Código Procesal Civil: el Juez que suscribe se adhiere al voto unánime que:

a) Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASA** la sentencia de vista que corre de fojas 426 a 430.

b) Declara que deben **CONSTITUIR PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, violencia familiar, los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros, en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1, 2, inciso 1, 4 y 43 consagran, respectivamente:

Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado;

La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre, y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece. Así como reconoce la fórmula política del Estado social y democrático de Derecho.

2. En los procesos sobre divorcio y de separación de cuerpos los jueces tienen el deber de velar, de oficio, por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil; aún si ello no hubiese sido demandado, ni reconvenido ni alegado. Se trata de una obligación constitucional y su fundamento es la equidad y la solidaridad.

3. El derecho reconocido en el artículo 345-A del Código Civil es irrenunciable pues está referido a una obligación constitucional del Estado, la sociedad y de la parte ofensora, cuyo fundamento es la equidad y la solidaridad.

4. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio, los jueces deberán señalar con criterio de conciencia, con arreglo a la sana crítica y de acuerdo a cada caso una indemnización por las responsabilidades en que hubiere incurrido el cónyuge que incumpla sus deberes familiares; lo que incluye el daño a la persona y el daño moral, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal,

independientemente de la pensión de alimentos, gananciales, derechos hereditarios, providencias en beneficio de los hijos que pudiera corresponderle.

5. Para que proceda el reconocimiento judicial de los derechos reconocidos por el artículo 345-A del Código Civil la actuación de oficio o el pedido de parte podrán ser formulados en cualquier estado del proceso. En todo caso, los jueces deberán garantizar a las partes el ejercicio del principio de contradicción, de su derecho constitucional a la instancia plural y de defensa.

SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial “El Peruano”, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco.

Sr. RAMIRO DE VALDIVIA CANO

Carmen Rosa Champac Cabezas

Relatora

CUARTO PLENO CASATORIO CIVIL

Corte Suprema de Justicia de la República
Pleno Casatorio Civil

SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO

CASACIÓN N° 2195-2011-UCAYALI

- Demandantes** : Jorge Enrique Correa Panduro; César Arturo Correa, Panduro y Luis Miguel Correa Panduro.
- Demandados** : Mirna Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco.
- Materia** : Desalojo por ocupación precaria
- Vía procedimental** : Proceso Sumarísimo

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Materia del recurso.
- III. Fundamentos del recurso.
- IV. De la convocatoria al Pleno Casatorio.
- V. Consideraciones.
 - A. De la contravención al derecho a un debido proceso.
 - a.1. El debido proceso: Aspecto formal y sustancial.
 - a.2. De la motivación de las resoluciones.
 - a.3. De la causal de casación.
 - B. De la posesión y otras figuras afines.
 - b.1. La Posesión.
 - b.2. Clases de posesión.
 - b.2.1. Posesión mediata e inmediata.
 - b.2.2. Posesión legítima e ilegítima.
 - b.2.3. Servidor de la posesión

- C. Del ocupante precario.
 - c.1. Consideraciones previas.
 - c.2. Del ocupante precario en sede nacional.
 - c.3. Supuestos de posesión precaria.
- D. Naturaleza la sentencia a dictarse.
- VI. Conclusiones.
- VII. Fallo.

Sentencia dictada por el Pleno Casatorio Civil realizado por las salas civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República

CASACIÓN N° 2195-2011-UCAYALI

En la ciudad de Lima, Perú, a los trece días del mes de agosto de dos mil doce, los señores jueces supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, por mayoría, han expedido la siguiente sentencia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 400° del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha veintinueve de diciembre del año dos mil once; oídos que fueron los informes orales de los abogados de ambas partes, así como de los amicus curiae invitados; discutida y deliberada que fue la causa:

I. INTRODUCCIÓN

1. A fojas 62 corre la demanda interpuesta por Luis Arturo Correa Linares, apoderado de Luis Miguel Correa Panduro; Jorge Enrique Correa Panduro y César Arturo Correa Panduro, la misma que la dirigen contra Mirna Lisbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco.

El petitorio de la demanda está dirigido a que se ordene el desalojo por ocupación precaria del inmueble ubicado en el jirón Tarapacá N° 663 y 665 de la ciudad de Pucallpa.

2. El accionante manifiesta que sus poderdantes son propietarios del inmueble materia de reclamo, cuya titularidad tienen inscrita en los Registros Públicos de la ciudad de Pucallpa, siendo que la numeración del bien fue otorgada por la Municipalidad provincial de Coronel Portillo, el cual está signado como la fracción Lote. 1-A, Mz. 86, del plano regulador de la ciudad de Pucallpa, que corre en la Ficha 1619D, Partida Electrónica DDDD2031, y la Ficha 16189, Partida Electrónica DDDD2050.

3. Finalmente, el actor señala que, como sus poderdantes han adquirido el bien inmueble, los demandados tienen la condición de precarios, dado que antes fue una casa familiar.

4. Mediante resolución del uno, de junio del 2010 (obrante a fojas 67 del principal), se declara inadmisibles las demandas, ordenándose que se precise el petitorio de la misma, siendo subsanada oportunamente (a fojas 71).

5. Admitida a trámite la demanda, por resolución de fojas 73, se corre traslado a los emplazados, siendo contestada a fojas 185 por Mirna Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco, quienes deducen la excepción de Falta de Legitimación para Obrar de los demandantes, señalando que estos han dejado de ser propietarios del inmueble materia de reclamo, por cuanto, a la fecha de interposición de la demanda, los demandados poseen el bien por más de cuarenta años. Posesión que se realiza se forma pacífica, pública y como propietarios, por lo tanto ha operado la prescripción adquisitiva del inmueble.

Por otro lado, indican que los poderdantes del demandante no han poseído nunca el inmueble, el cual perteneció a los padres de la codemandada y de su hermana, quien es madre de los poderdantes.

6. A fojas 192 se declara inadmisibles las demandas, siendo subsanada por los emplazados a fojas 197 y 298, respectivamente, por lo que mediante resolución número cuatro, del 5 de junio de 2010, se tiene por deducida la excepción y por contestada la demanda, señalándose fecha para la audiencia única, de acuerdo a ley.

7. La citada audiencia se lleva a cabo el 10 de agosto del 2010, conforme consta del acta de fojas 492, en la que se declara infundada la excepción deducida, y preguntadas que fueron las partes sobre dicha decisión, estas manifestaron su conformidad con lo resuelto (tal como consta a fojas 497). Seguidamente se declaró saneado el proceso y se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes.

8. Mediante sentencia del 15 de septiembre de 2010 (fojas 526) se declaró fundada la demanda, ordenándose el lanzamiento de los demandados del bien inmueble materia de reclamo, una vez haya quedado consentida o ejecutoriada dicha sentencia.

9. La sentencia aludida fue apelada por ambos demandados, como consta a fojas 536 y 549, respectivamente, alegándose que la demanda se sustentó en artículos 1699°, 1700° y 1704° del Código Civil, referidos a la conclusión del arrendamiento y que el Juez resolvió aplicando dichas normas, incluyendo el artículo 1697° del mismo Código (que no fue invocado por el accionante), con el fin de dilucidar el fondo de la controversia. Asimismo, que la parte accionante absolvió fuera de tiempo el traslado de la excepción deducida, absolución que tampoco se les notificó. Finalmente, argumentan que se debió hacer referencia al proceso de usucapión que sobre el mismo inmueble siguen ante el mismo Juzgado, el cual también debió acumularse al proceso de desalojo.

10. La Sala Superior especializada en lo Civil y afines de Ucayali, mediante sentencia de vista del 8 de abril del 2011, confirma la alzada en todos sus extremos, precisando que la demanda debe ampararse conforme a lo resuelto por el *A quo*, acotando que los demandantes han acreditado haber obtenido la titularidad sobre el bien materia de reclamo, al haberlo recibido en anticipo de legítima de parte de la señora Nancy Panduro Abarca, y que en lo que concierne a la posesión a título de propietarios por usucapión que alegan los demandados, se observa que los documentos que se adjuntan, varios de ellos aparecen a nombre de terceros, por lo que no habiéndose desvirtuado la precariedad de la posesión resulta viable el desalojo.

Dicha resolución es la que viene en Recurso de Casación por la demandada Mirna Lizbeth Panduro Abarca conforme se procede a describir seguidamente.

II. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación, interpuesto a fojas seiscientos veintitrés, por doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca, contra la sentencia de vista, de fojas seiscientos diez a seiscientos once, expedida el 8 de abril del 2011, por la Sala especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que resuelve confirmar la sentencia apelada que declara fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Por resolución del 8 de septiembre de 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se declaró procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa de naturaleza procesal —referida al inciso 3 del artículo 122° del Código Procesal Civil y al inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado—, prevista en el artículo 386° del Código Procesal Civil, al haberse satisfecho los requisitos de fondo regulados por los incisos 2, 3 y 4 del artículo 388° del mismo cuerpo legal, por los fundamentos siguientes:

Infracción normativa de naturaleza procesal

a) Para sustentar esta denuncia, la recurrente sostiene dos argumentos: La infracción del inciso 3 del artículo 122° del Código Procesal Civil, puesto que la demanda de desalojo por ocupación precaria se planteó usando normas referidas a la conclusión del arrendamiento, no obstante ello, la sentencia de primera instancia lejos de corregir ese error, incrementó un artículo más, el 1697° del Código Civil, referido a las causas de resolución del arrendamiento, resultando claro que se ha hecho uso indebido de una norma de derecho material, puesto que el caso versa sobre desalojo por ocupación precaria. Incluso que, sobre este punto, la resolución impugnada no hace ninguna referencia, pese a que fue advertido en el recurso de apelación, por tal motivo la sentencia no se encuentra debidamente motivada conforme lo dispone el artículo 122°, inciso 3, del Código Procesal Civil. Finalmente, señala la recurrente, que si bien en la demanda se invocan artículos ajenos al petitorio, el Juez, en aplicación del principio *iura novit curia*, dispuesto por el artículo VII del Título preliminar del Código Civil,

debió aplicar los artículos 2°, numeral 16, de la Constitución Política y 896°; 923° y 950° del referido Código Civil.

b) La infracción del inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, dado que durante el desarrollo del proceso no se ha respetado el derecho de las partes, pues no se han cumplido los plazos respecto a la deducción de la excepción de Falta de Legitimación para Obrar, pese a haber sido advertida esta omisión por la recurrente; así como tampoco se les corrió traslado del escrito de absolucón de la citada excepción. Omisiones que, pese a haber sido denunciadas, ninguna de las dos instancias han resuelto este punto de la controversia, lo que atenta contra el derecho al debido proceso previsto en la norma mencionada, toda vez que las resoluciones judiciales deben pronunciarse sobre todos los puntos controvertidos, conforme señala el artículo 122°, inciso 4, del Código Procesal Civil.

IV. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO

1. Mediante resolución del 5 de diciembre de 2011, la Sala Civil Permanente convocó a los integrantes de las salas civiles, Permanente y Transitoria, de la Corte Suprema de Justicia de la República, al Pleno Casatorio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400° del Código Procesal Civil, con el objeto de fijar precedente judicial en atención al caso materia de autos. Interviniendo como Juez Ponente el señor César Castañeda Serrano.

2. A través de sendas resoluciones, del veinte de diciembre de dos mil once, se aceptó la intervención, en calidad de *amicus curiae*, de los señores abogados especialistas en materia civil: Fernando Bustamante Zegarra; Martín Mejorada Chauca, Luis Guillermo Vargas Fernández; Jorge Avendaño Valdez y Alberto Loayza Lazo, quienes hicieron uso de la palabra el día de la vista de la causa para abordar los temas que se les había planteado previamente.

V. CONSIDERACIONES

1. Habiéndose invocado vicios *in procedendo* como única causal casatoria, es menester realizar el estudio de dicha causal, no solo atendiendo a sus efectos, sino también como un paso previo al análisis que se realizará de algunas instituciones jurídicas, con fines de sustentar el acuerdo del pleno casatorio.

2. El asunto a dilucidarse en este proceso se centra en esclarecer si se ha incurrido en un errado razonamiento al momento de fundamentar la segunda sentencia de mérito, que confirma la de primera instancia, la cual declaró fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria.

Para tal cometido se hace necesario tener como puntos de debate o análisis las instituciones jurídicas vinculadas a la posesión y los títulos legitimantes para alegar tal derecho. Esto en lo que concierne al ámbito del derecho sustancial, en tanto que como

cuestión procesal se abordará el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y la motivación de las resoluciones judiciales.

A. DE LA CONTRAVENCIÓN AL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO

3. Conforme a lo alegado por la recurrente, se acusa que en la sentencia de vista se ha incurrido en contravención al debido proceso por contener una indebida motivación, al no haberse resuelto sobre todos los extremos materia del recurso de apelación.

Como un acto previo a emitir pronunciamiento sobre la denuncia casatoria anotada, se ha visto por conveniente recapitular algunas ideas sobre lo que se entiende por el debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales.

a.1. El debido proceso: aspecto formal y sustancial

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

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

5. De su inicial concepto, como garantía procesal de la libertad (*procedural limitation*), el debido proceso ganó profundidad y extensión desde fines del siglo XIX, hasta llegar a constituirse en una garantía de fondo (*general limitation*), garantía sustantiva y patrón de justicia¹ reconocida en los principales pactos y tratados internacionales, entre los que cabe destacar los artículos 8° y 10° de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 6° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6. A nivel doctrinario, se ha señalado que el derecho al debido proceso tiene dos vertientes; la primera referida, de orden procesal, que incluye las garantías mínimas que el sujeto de derecho tiene al ser parte en un proceso. En esta fase se pueden encontrar el derecho al juez natural, el derecho a probar, el derecho a impugnar, el derecho a la doble instancia, el derecho a ser oído, el derecho a la defensa, entre otros. En tanto que el aspecto sustantivo está referido al derecho a exigir una decisión justa².

¹ Cf. **Linares, Juan Francisco**, *Razonabilidad de las Leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires, 1970, pp. 15 – 22.

² Para una ordenada exposición sobre el debido proceso, vid: **Hurtado Reyes, Martín**, *La casación civil. Una aproximación al control de los hechos*, Lima, Idemsa, 2012, p. 299 y ss.

a.2. De la motivación de las resoluciones

7. El tema de la motivación de las sentencias y de las resoluciones en general, como es sabido, no ha tenido una alongada práctica en el mundo jurídico, sino que la misma ha sido una conquista de la ciudadanía casi a finales del siglo XVIII. Si bien es cierto que en nuestra tradición jurídico castellana tenemos antecedentes históricos en cuanto a la exigencia de la motivación de las sentencias, esa no fue una práctica de todos los ordenamientos jurídicos europeos.

8. En efecto, la obligación de motivación de las sentencias es el resultado de una larga y conflictiva evolución histórica³, puesto que los reinos europeos, fieles a los principios del *ius commune*, no tenían por función motivar sus sentencias, dado que la actividad de juzgar era una tarea reservada a la nobleza, por lo que el fundamento y respaldo de la actividad de un juez se encontraba en su prestigio social, además que tal comportamiento se debía, también, a la Decretal *Sicut Nobis* de Inocencio III dictada el año 1199, de cuyo texto los comentaristas dedujeron el principio de derecho común según el cual *iudex non tenetur exprimere causam in sententia*⁴.

9. Tal comportamiento judicial, empero, no fue de ordinario proceder en todos los reinos europeos, dado que en algunos de ellos se hacían excepciones a tal regla, como en el reino de Aragón, por el origen contractual de su monarquía, donde sí se llegó a obligar a los jueces y tribunales a motivar sus sentencias⁵; por lo que, en la España tardo medieval coexistieron dos regímenes totalmente diferenciados, por un lado el Castellano que no contemplaba la obligación legal de motivar las sentencias y por el otro, el Aragonés que sí lo exigía, hasta que se dio la unificación normativa en el siglo XVIII, iniciada con la Real Cédula del 23 de junio de 1778, dictada por Carlos III, lo que se tradujo en la generalización de la prohibición de justificar las sentencias a todo el territorio español⁶.

³ Nos remitimos para todo lo dicho a: **Colomer Hernández, Ignacio**, *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 60 y ss.; **Garriga, Carlos y Marta Lorente**, “El juez y la ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)” en: **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, N° 1, 1997, p. 97 y ss, e **Igartua Salaverria, Juan**, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003, passim.

⁴ Cf. **Colomer Hernández**, Ob. cit., p. 64.

⁵ Cf. **Garriga y Lorente**, Ob. cit., p. 101.

⁶ Cf. **Colomer**, Ob. cit., p. 69.

Por su lado Tomás-Javier Aliste señala que en el reino de Aragón las normas que exigían la motivación de las decisiones judiciales eran explícitas, mientras que en reino de Castilla ello emergía de los textos legales, por lo que no se podría afirmar de manera categórica que en dicho reino no era una deber el que se justificaran las decisiones judiciales. Asimismo, este autor llega a sostener que la real intención de Carlos III fue la de erradicar el carácter perjudicial de una praxis motivadora, cuyo entendimiento se reducía a plasmar en la sentencia un mero resumen de lo obrado en autos, no teniendo otro fundamento que el interesado engrose de la fortuna de los escribanos, los cuales por esta vía encontraban una fuente más para incrementar los aranceles cobrados a los litigantes.

Cf. **Aliste Santos, Tomás-Javier**, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 100, 101 y 106.

10. Sea como fuere antes, el punto es que, posteriormente, con la llegada de la Revolución Francesa, se introduce definitivamente la obligatoriedad de fundamentar las sentencias, y se hace a través de la Ley del 24 de agosto de 1790, con la clara intención de someter la actuación del juez a la ley, a diferencia de la antigua forma de actuar del antiguo Régimen, dado que el no motivar constituía un elemento esencial para un ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces.⁷

11. Bien se dice que cuando se empezó a exigir la motivación de las sentencias, se perseguían tres funciones esenciales: la primera, tutelar el interés público, porque se concebía la posibilidad de anular la sentencia por notoria injusticia; la segunda, era el permitir a las partes y a la sociedad en general que pudiesen apreciar la justicia de la sentencia redactada, con el objeto que los destinatarios pudiesen aprehender y valorar lo ajustado a Derecho de esta, a efectos de ponderar una posible impugnación de la misma, y la tercera, el expresarse en la sentencia la causa determinante de la decisión, resolvía el problema de saber entre las varias acciones o excepciones formuladas cuáles habían sido acogidas por el juez para condenar o absolver.⁸

12. Nuestro ordenamiento legal no ha sido ajeno a tal exigencia, puesto que desde los albores de nuestra República, en la Constitución de 1828, ya se estipulaba en su artículo 122° que los juicios civiles deberían ser públicos, los jueces deliberarían en secreto, pero las sentencias serían motivadas y se pronunciaban en audiencia pública. Garantía ésta que se ha mantenido incólume hasta nuestros días. Es más, ha tenido un mayor espectro de aplicación, como toda garantía dentro de un Estado Constitucional y Social de Derecho, por lo que el inciso 5 del artículo 139° de nuestra actual Constitución prescribe que es un principio de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.⁹

13. En esa misma corriente garantista se encuentran el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el artículo 122° del Código Procesal Civil, textos normativos que señalan los requisitos esenciales para la validez de toda resolución judicial,

⁷ Cf. **Colomer**, Ob. cit., pp. 65-66. Bien se dice respecto a la discrecionalidad, como un concepto diferente a la arbitrariedad, que "...es muy importante recordar que la presencia creciente de discrecionalidad ni proporciona inmunidad no es equivalente a una toma de decisiones arbitraria, por el contrario, su existencia, correlativa, al cambio de funciones operado por muchos sistemas jurídicos es, antes que nada, un desafío para la existencia de controles jurídicos y sociales críticos e inescindible de la exigencia de mayores cuotas de responsabilidad por quienes son titulares de un poder de decisión."

Cf. **Añón, José María**, "Notas sobre la discrecionalidad y legitimación", en: **Doxa**, N°s 15-16, 1994, p. 902.

⁸ Cf. **Colomer**, Ob. cit., p. 65.

⁹ Se dice que: "Entendida como instrumento para evitar la arbitrariedad del poder, la motivación adquiere, además, una particular importancia merced a la evaluación que ha conocido el Estado de Derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos, y que, al consagrar esos derechos en el nivel jurídico más alto, la Constitución, condiciona también la legitimidad (interna) de los actos del poder a la protección de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos."

Cf. **Gascón Abellán, Marina**, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 192.

prescribiendo que su incumplimiento acarrea la nulidad de la misma, habida cuenta que por mandato constitucional, la argumentación jurídica, constitutiva de la motivación de una resolución judicial, tendrá necesariamente forma escrita y su contenido será tanto de naturaleza jurídica como fáctica inherentes al caso materia de la decisión.

14. Ahora bien, en doctrina se suele mencionar que la función de la motivación tiene una dimensión endoprosesal y otra extraprosesal. Se dará la primera, cuando esté encaminada a permitir un control técnico jurídico de la decisión judicial, que sucesivamente desarrollarán los litigantes (control privado) y los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional); en tanto que la segunda engloba el conjunto de funciones que cumple la motivación fuera del ámbito del proceso, dado que hace referencia a las consecuencias e impacto que el dictado de una resolución jurisdiccional tiene a nivel social¹⁰, puesto que, como dice Igartua Salaverría, ni las partes, ni sus abogados, ni los jueces que examinan los recursos agotan el destino de las motivaciones de las sentencias, dado que estas también van dirigidas al público.¹¹

En suma, motivar significa expresar las razones por las que ha sido dictada una decisión. Por lo que, siendo obligación de los jueces dictar decisiones que sean conformes al derecho, se debe presumir que el motivo por el que ha sido dictada una determinada decisión, en vez de otra distinta, consiste en que el juez que la ha dictado de tal modo, considera que la misma es conforme con el derecho. Por tanto, cuando el Derecho establece que el juez que dicta una decisión debe de motivarla, lo que le está exigiendo es que indique el motivo por el que él considera que dicha decisión es conforme al Derecho.¹²

15. También, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, se considera que la motivación de las sentencias cumple múltiples finalidades, así por ejemplo: **a)** Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo de este modo con el requisito de publicidad esperado; **b)** Hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; **c)** Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido; **d)** Permite la efectividad de los recursos por las partes; y **e)** Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos¹³.

16. Con igual criterio, se suele distinguir entre motivación formal y motivación sustancial. Entendiéndose por la primera a aquella que está constituida por enunciados colocados topográficamente en la parte que la sentencia dedica a la motivación; en

¹⁰ Cf. Colomer, Ob. cit., p. 124.

¹¹ Cf. Igartua Salaverría, Ob. cit., p. 24.

¹² Cf. Hernández Marín, Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 145.

¹³ Cf. Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la constitución*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 205, y Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 64. En sede nacional resulta ilustrativo lo desarrollado sobre la motivación por: Hurtado Reyes, Martín, *La casación civil...*, p. 187 y ss.

tanto que la segunda (la sustancial), se compone de enunciados cuyo contenido asume, directa o indirectamente, una función justificatoria de lo que se haya decidido. Estando a lo dicho, la existencia de la motivación formal exige la presencia de enunciados, en tanto que la existencia de la motivación sustancial se basa en los significados de los enunciados formulados.¹⁴

17. Finalmente, se ha expresado que no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional, ya que la exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes.¹⁵

a.3) De la causal de casación

18. Ingresando específicamente al fundamento del recurso de Casación, la recurrente denuncia que la demanda de desalojo se ha planteado invocando normas referidas a la conclusión del arrendamiento y que el *A quo*, lejos de corregir ello, ha aplicado, además, el artículo 1697° del Código Civil, referido a las causales de resolución del arrendamiento. Siendo así, a criterio de la impugnante, el tribunal *Ad quem*, también ha incurrido en el mismo error al no haber resuelto sobre este punto que fue materia de apelación, por lo que estaría indebidamente motivada.

19. En lo que concierne a este extremo de la denuncia casatoria, es menester precisar que en ninguna de las sentencias de mérito se hace alusión alguna —expresa o implícitamente— a los artículos del Código Civil referidos al contrato de arrendamiento que menciona la recurrente, con lo cual, formalmente, no se puede señalar que dichas normas hayan servido de sustento jurídico a los jueces de mérito para resolver sobre el fondo de la litis, dado que han sido otras normas sustantivas y procesales las que se han invocado para amparar la demanda, con lo cual queda sin mayor sustento lo denunciado en el recurso de casación. Es más, conforme a lo alegado, se estaría propiamente ante un caso de aplicación indebida de normas legales más que en uno de motivación indebida, razón adicional para no dar cabida a la denuncia casatoria.

20. Sin perjuicio de lo ya apuntado, y siguiendo a lo descrito en el escrito que contiene el recurso de casación, pareciera que la recurrente hubiera entendido que el *A quo* ha aplicado normas referidas al contrato de arrendamiento —y a la conclusión del mismo por la causal de resolución, al momento de plasmar su razonamiento, en el considerando tercero¹⁶—, cuando se menciona cuáles serían los requisitos o supuestos para

¹⁴ Cf. **Igartua Salaverría, Juan**, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009, pp. 28 y 29.

¹⁵ Cf. **Picó i Junoy**, Ob. cit., p. 61.

¹⁶ El citado considerando tercero, en realidad es el fundamento basilar de la sentencia de primera instancia, por lo que, pese a su alongada extensión, conviene consignarlo, el cual se transcribe literalmente como

que prospere una demanda de desalojo. Empero, ello no es así, habida cuenta que siguiendo el razonamiento del magistrado de primera instancia, se ha indicado que para que la posesión de los demandados no se configure como precaria tendrían que haber estado en alguno de los supuestos señalados en el citado considerando tercero. Pero de modo alguno se puede arribar a la conclusión que se aplicaron las normas de la resolución de un contrato de arrendamiento, y menos que la Sala Superior haya sostenido la existencia de una relación contractual de arrendamiento entre las partes. Incluso, el tribunal superior es más específico, cuando alude a casaciones que se refieren a la figura del poseedor precario puntualmente. Por lo tanto, como ya se anotó, este extremo del recurso deviene en inamparable.

21. Siguiendo la línea expositiva de la recurrente, queda por determinar si es que era procedente o no la acumulación de los procesos de desalojo con el de Usucapión, que los demandados estaban siguiendo ante el mismo Juzgado. Al respecto se debe precisar que no resultaba viable dicha acumulación, en primer lugar —desde un plano netamente formalista—, porque la normativa procesal no admite la posibilidad de acumular pretensiones que se tramitan en distintas vías procedimentales —ello desde el solo aspecto formal—. Empero, este tribunal considera que nada impide que ante situaciones especiales puedan acumularse determinados casos, tramitables en vías de cognición diferentes, siempre y cuando el juzgado justifique los motivos por los que resulta atendible dicha acumulación y no se afecte el derecho a la defensa de las partes. Así, por ejemplo, se afectaría el derecho de defensa si se dispone la acumulación de la prescripción adquisitiva, con el ya iniciado proceso de desalojo por ocupación precaria —que por tramitarse en la vía sumarísima, resulta más breve—, con una reconvencción

sigue: “**Tercero.**— Que, la esencia del proceso de desalojo por ocupación precaria no consiste en determinar o resolver en definitiva el derecho de propiedad, sino la validez de la restitución de la posesión en base a cualquier título válido y suficiente que la justifique, frente a la ausencia o fenecimiento del que tuvo la parte ocupante; título o ausencia o fenecimiento del mismo que por su naturaleza, debe ser elemento de probanza y dilucidación; para que prospere esta acción es necesaria la existencia de tres presupuestos indispensables: **a)** Que los actores acrediten plenamente ser titulares del dominio del bien inmueble, cuya desocupación solicitan; **b)** que se acredite la ausencia de una relación contractual de arrendamiento entre los demandantes; y **c)** que para ser considerado precario debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso o disfrute del bien, por parte de la demandada. Respecto al acápite a) de las pruebas aportadas por los demandantes como son la escritura pública de anticipo de legítima otorgada por Nancy Panduro Abarca a favor de ellos, y la copia literal de la Partida número 00002050, se acredita que los demandantes son los titulares del dominio, situación que no ha sido objetada por los demandados; en cuanto a la letra b) ambas partes no han referido tener relación contractual de arrendamiento; y por último la letra c) respecto a este punto los demandados refieren que “...son poseedores desde hace cuarenta años y que la posesión la realizan de forma pacífica, continua, pública y como propietaria, por lo que ha ganado la propiedad del referido inmueble por efectos de la prescripción adquisitiva de dominio...” (Sic.), por lo que es menester aclarar que en este proceso no se definirá el derecho de propiedad como lo reclaman los demandantes; éstos presentan entre otros documentos, varios recibos de agua a nombre de Balbina Abarca de Panduro, recibos de luz a nombre de Balbino Abarca de Panduro, diversos auto avalúos a nombre de Teófilo Panduro Ruiz y Abarca Sarmiento Balbina para acreditar que viene poseyendo los inmuebles reclamados; empero, estos documentos acreditan que terceras personas ajenas a los demandados fueron los que pagaron los derechos mencionados, y si bien acreditan con otros documentos como recibos de pago de teléfono y apertura de establecimiento otorgada por la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo estar en posesión del bien, esto no constituye circunstancia alguna que justifique el uso o disfrute del mismo, pues los demandados no con inquilinos ni arrendatarios de los propietarios, ejerciendo por ende la posesión de facto, resolviéndose de esta manera el punto controvertido en el sentido de que los demandados no cuentan con algún título para que ejerzan la posesión del inmueble materia de litis.”

cuya pretensión sea prescripción adquisitiva que, por corresponderle el procedimiento denominado Abreviado, los plazos de su trámite son mucho más largos y la posibilidad de defensa de las partes resulta más amplia. En segundo lugar (en este caso concreto), porque los demandados nunca solicitaron tal acumulación, ni tampoco reconvinieron, sino que se limitaron a señalar que estaban siguiendo un proceso de usucapión ante el mismo Juzgado (Expediente N° 00407-2010-0-2402-JR-CI-01) y que se debía tener en cuenta que la demanda era improcedente porque ya habían adquirido el bien por prescripción adquisitiva; y en tercer lugar, porque en ambas instancias de mérito sí se ha hecho alusión a la usucapión alegada, señalándose expresamente, en la sentencia apelada, que en este proceso de desalojo no se estaba discutiendo la titularidad de la propiedad, sino cual de las partes tenía un título que la legitimara para ejercer el derecho a poseer el bien y que cualquier discusión sobre la propiedad se tenía que ventilar en el proceso más largo. Esta apreciación resulta jurídicamente correcta, por cuanto en un proceso de desalojo, por su naturaleza sumaria, dada la simplicidad de su objeto (verificar el derecho a poseer), no es factible ingresar a realizar un análisis pleno respecto de la validez de títulos o a las formas de adquisición de la propiedad, los que deben ser debatidos mediante la realización de actos procesales plenos, de trámite más amplio, sino que tan solo se analiza cuál de las partes tiene un título que la habilite a poseer. Por lo tanto, este aspecto de la denuncia casatoria tampoco tiene asidero.

22. En lo tocante al segundo argumento —que para efectos didácticos corre bajo el literal b) del capítulo III precedente—, señalan que no se habría respetado el derecho de las partes, al no haberse cumplido con los plazos señalados para la absolución de la excepción deducida, con lo cual se habría violado el debido proceso contemplado por el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, así como tampoco se les habría notificado con el escrito de dicha absolución, razón por la cual también se les habría privado de su derecho al debido proceso.

23. Sobre ello se debe señalar que no basta con que se denuncie que se ha violado el debido proceso, sino que es menester se precise cuál de los derechos que componen este derecho complejo (continente) se han vulnerado, esto es: qué actos procesales se ha visto impedida de realizar la parte que alega esa vulneración y de qué manera se le ha causado algún perjuicio, puesto que para alegar nulidades no basta con que se haya infringido alguna formalidad prevista por ley, sino que además se debe haber causado agravio con ello, de lo contrario, al no existir agravio no hay nulidad que declarar (por eso en la doctrina francesa se dice muy gráficamente *pas de nullité sans grief*). Por ello, se sostiene que la finalidad de las nulidades procesales es la de asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio¹⁷.

24. Ahora bien, la recurrente sostiene que el *Ad quem* no ha advertido que el Juez de primera instancia dio por absuelto el traslado de la excepción deducida, cuando la misma era extemporánea. Al respecto, es necesario remitirnos a los autos para verificar,

¹⁷ Cf. **Maurino, Alberto**, *Nulidades procesales*, 2ª reimpresión de la 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 37.

en primer lugar, si es que aconteció tal hecho y, en segundo lugar, si es que con ello se ha violado algún derecho de la reclamante.

25. Como se puede advertir de los actuados, a fojas trescientos dos obra la resolución número cuatro, del 5 de junio del 2010 —siendo lo correcto que debió consignar el mes de julio de dicho año, puesto que el escrito de subsanación de omisiones de la contestación de la demanda está fechado con el dos de julio, como consta a fojas doscientos noventa y seis del principal—, la cual, además de tener por contestada la demanda, corre traslado de la excepción de Falta de Legitimación para Obrar de los demandantes, que fuera deducida juntamente con la contestación, la que es notificada al demandante apoderado Luis Correa Linares en su casilla procesal el viernes 9 de julio (fojas trescientos doce) y es absuelta mediante escrito del miércoles 14 de julio de 2012 (fojas cuatrocientos sesenta y seis), esto es, dentro de los tres días de plazo que le dio el Juzgado para absolver dicho traslado, con lo cual se verifica que la denuncia de la recurrente no tiene sustento alguno.

26. Es cierto que en la resolución número cinco, del 15 de julio de 2010, el Juez señala que la fecha de absolución del traslado fue el 15 de julio de 2012, pero ello no se ajusta a los actuados, como se ha señalado en el numeral precedente, obediendo tal hecho a un error intrascendente del *A quo*, lo que de por sí no es causal de nulidad, puesto que este hecho tampoco fue alegado por la demandada ni ante el mismo Juez de primera instancia, cuando se realizó la audiencia única, ni tampoco en sus alegatos previos a la sentencia. Ergo, es manifiesta la ausencia de sustento real de la denuncia casatoria de la recurrente, tanto más si es que cuando se declaró infundada la excepción que dedujera, ella ni su conviviente apelaron de dicha decisión, así como tampoco alegaron la existencia de alguna invalidez procesal. Por el contrario manifestaron su plena conformidad con la decisión del juzgador, de desestimar la excepción que dedujeron, tal como se observa del acta de fojas cuatrocientos noventa y siete del principal.

27. Respecto a que no se le habría corrido traslado del escrito de absolución de la excepción deducida, también se debe señalar que estando a la estructura sumaria del presente proceso, y a diferencia de los otros procedimientos más latos, en el caso bajo análisis se busca resolver una litis dentro de los plazos más cortos y con la realización de de actos procesales que resulten indispensables para garantizar el derecho de defensa, en aplicación de los principios de economía y sus sub principios celeridad y concentración procesal, por lo que disponer el traslado sin límite de todas las absoluciones o escritos atentaría contra los principios aludidos y la tutela jurisdiccional oportuna.

28. Estando a ello, conforme a las reglas del artículo 554° del Código Procesal Civil, una vez contestada la demanda, se procede a fijar fecha para la audiencia única, en la cual se resuelven las excepciones y cuestiones probatorias deducidas, no señalándose que se deba de notificar a la parte excepcionante con la absolución del traslado de las excepciones que hubiere formulado la parte excepcionada, ello se debe a la simple razón que, estando a la sumariedad del procedimiento, es la audiencia única el momento preciso donde se llevan a cabo todas las actuaciones procesales pertinentes, se ejercen

todas las defensas pertinentes y se emite sentencia inmediatamente o, en todo caso, dentro de un plazo fijado por ley.

29. Sobre este punto, a mayor abundancia, resulta necesario exponer que tampoco la excepcionante alegó, en el acto de la audiencia única, que se había incurrido en lo que considera causal de invalidez procesal (no habersele corrido traslado del citado escrito presentado por la parte demandante absolviendo el traslado de la excepción), por lo que, al no haber demostrado que se le causó perjuicio alguno con ello, no se hace atendible la supuesta invalidez argüida. Es más, con su silencio convalidó cualquier eventual agravio que pudo habersele irrogado, pues recién alegó esta supuesta infracción en su recurso de apelación y menos aún resulta oportuno alegar dicho vicio en casación, cuando estuvo en oportunidad de alegarlo en la misma audiencia única aludida. En consecuencia, este extremo de su recurso también deviene en inamparable.

En suma, la causal de contravención al debido proceso no resulta amparable, con sustento en las razones precedentemente expuestas, por lo que debe ser desestimada.

B. DE LA POSESIÓN Y OTRAS INSTITUCIONES AFINES.

Como quiera que en el presente caso constituye materia de controversia únicamente el interés invocado por las partes a disfrutar de la posesión inmediata, conforme al derecho y a los hechos invocados por la demandante y contradicho por la parte demandada, consideramos necesario abordar someramente algunas cuestiones relacionadas con la figura jurídica de la posesión y otras instituciones afines, para luego adentrarnos al tema de la posesión precaria.

b.1. La posesión:

30. Como referente legislativo básico en nuestro ordenamiento civil tenemos que el artículo 896° define lo que es la posesión, conforme al texto siguiente:

“**Artículo 896°:** La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”.

Al respecto, como bien comenta Jorge Eugenio Castañeda, la posesión es el poder o señorío de hecho que el hombre ejerce de una manera efectiva e independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente; poder que jurídicamente se protege con la prescindencia de la cuestión de saber si corresponde o no a la existencia de un derecho. Más adelante acota que se trata de un poder de hecho, del ejercicio pleno o no de las facultades inherentes a la propiedad, es decir el *usare*, el *fruere* y el *consumere*.¹⁸

¹⁸ El autor sigue la definición del tratadista argentino Daniel Ovejero. Cf. **Castañeda, Jorge Eugenio**, *Los derechos reales*, 4ª ed., t. I, Lima, P. L. Villanueva, 1973, pp. 93-94 y 95.

31. En el siglo decimonónico Francisco García Calderón señalaba que la posesión era la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservarlo para sí. No debiendo confundirse la posesión con la propiedad, puesto que ésta consiste en el derecho de disponer de las cosas a su arbitrio y la posesión en la mera tenencia, que muchas veces no está acompañada del dominio.¹⁹

32. Es ya sabido que sobre la posesión existen las dos teorías clásicas, cuyos exponentes fueron Savigny y Ihering, para el primero la posesión es el poder que tiene una persona de disponer físicamente de una cosa, acompañado de la intención de tenerla para sí (*animus domini, animus rem sibi habendi*). Sin el elemento volitivo, la posesión es simple detentación, la intención es simplemente un fenómeno psíquico, sin repercusión en la vida jurídica. Esta posesión es lo que se ha pasado a denominar la teoría subjetivista de la posesión.

Por su lado, Ihering consideraba la posesión como una relación de hecho, establecida entre la persona y la cosa para su utilización económica. No negaba la influencia de la voluntad en la constitución de la posesión, pero encontraba que su acción no era más preponderante que en cualquier relación jurídica.²⁰

33. En palabras de Álvarez-Caperochipi, las discrepancias entre estas dos posiciones se afincan fundamentalmente en el análisis del *animus*; mientras que Savigny, en consonancia con su visión de la posesión como imagen de la propiedad, considera que el *animus* consiste en un *animus domini*, esto es en una voluntad de señorío pleno sobre la cosa, Ihering, desde su perspectiva de la realidad de la posesión, consideraba que bastaba un puro *animus possidendi*; lo cual implica afirmar no solo el valor jurídico de la apariencia, sino también la supremacía (o mejor la realidad) de la apariencia.²¹

En atención a ello, el citado autor opina que 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.²²

¹⁹ Cf. **García Calderón, Francisco**, *Diccionario de la legislación peruana*, t. II, edición facsimilar de la segunda edición de 1879, Lima, Grijley, 2003, p. 1559.

²⁰ Cf. **Castañeda, J. E.**, Ob. cit., p. 96, también **Díez-Picazo, Luis**, *Fundamentos de derecho civil patrimonial, volumen tercero. Las relaciones jurídico-Reales, el registro de la propiedad, la posesión*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1995, pp. 548-549.

²¹ Cf. **Álvarez Caperochipi, José A.**, *Curso de derechos reales. Propiedad y posesión*, t. I, Madrid, Civitas, 1986, p. 84.

²² Íd. p. 86.

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.

b.2. Clases de posesión

35. Nuestro ordenamiento civil contiene una clasificación de los tipos de posesión y sus efectos, tal como se puede verificar de lo regulado por los artículos 905° a 911° del Código Civil, siendo que la posesión puede ser mediata o inmediata; legítima o ilegítima, esta última se sub clasifica de buena o mala fe, y finalmente la posesión precaria, la misma que ha suscitado arduos debates, tanto en los ámbitos doctrinarios como jurisprudencial, a nivel nacional en cuanto a su conceptualización y alcances, sobre lo que más adelante nos ocuparemos.

36. La materialización de la posesión se refleja también en la forma de organizar y entender la concurrencia de posesiones, por ello el Derecho alemán concibe la posesión mediata y la inmediata que se disponen superpuestas en concurrencia vertical sobre la cosa, encontrándose en la base la posesión inmediata, que aporta el elemento corporal sobre el que se edifica la pirámide posesoria. En otros términos, el poseedor superior es poseedor por intermediación del sujeto que tiene la cosa, si se prefiere, éste comunica a aquél el *corpus* necesario para elevarlo a la categoría de poseedor.²³

b.2.1. Posesión mediata e inmediata

37. El artículo 905° del Código Civil regula lo concerniente a la posesión mediata e inmediata, señalando que es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título, mientras que le corresponderá la posesión mediata a quien confirió el título.

38. Conforme expresa Hernández Gil, la posesión inmediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediato mantiene una relación de donde surge la dualidad (o pluralidad) posesoria, por lo que el poseedor mediato “ostenta” o “tiene” y no “ejerce”, porque en la posesión mediata predomina la nota de la atribución o el reconocimiento antes que la del “ejercicio” propiamente dicho. El poseedor mediato no posee por sí solo, requiere el concurso (no para compartir, sino para superponerse) de un mediador posesorio, que es el poseedor inmediato. 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 determinada por otro u otros poseedores (mediatos).²⁴

²³ Cf. Jiménez Horwitz, Margarita, “La concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa: especial referencia al artículo 463 del Código Civil” en: Anuario de Derecho Civil, Madrid, t. LII, 1999, p. 613.

²⁴ Cf. Hernández Gil, Ob. cit., p. 111.

39. Lo que específicamente se configura como posesión inmediata no puede darse por sí sola, fuera de la mediación; cuando falta ésta, la inmediatividad no es un grado de la posesión, sino simplemente la única forma de poseer. Si para que haya un poseedor inmediato se requiere de un mediato, también el poseedor mediato requiere del inmediato, no siendo concebible una posesión como mediata sin otra inmediata.²⁵

b.2.2. Posesión legítima e ilegítima

40. De lo regulado por los artículos 906° a 910° del Código Civil, emerge que la posesión es legítima cuando existe correspondencia entre el poder ejercido y el derecho alegado, será ilegítima cuando deja de existir esa correspondencia.

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.

b.2.3. Servidor de la posesión

42. Otro aspecto de relevancia que se debe abordar es el referido al servidor de la posesión que viene regulado por el artículo 897° del Código Civil, el mismo que no se concibe como poseedor porque ejerce el poder posesorio de otra persona en relación de dependencia o subordinación, dado que actúa por orden, no por poder; no es representante, sino instrumento de la posesión, toda vez que no está en un plano de igualdad con el poseedor sino que está subordinado a este, por lo que, al no ser poseedor, está privado de las acciones e interdictos posesorios.²⁶

43. En suma, el servidor de la posesión no participa en la posesión ni ésta se desplaza hacia él. El poder efectivo que ejerce sobre la cosa ni es posesorio en cuanto ejercido por él ni incorpora una representación del que ostenta la posesión, toda vez que ésta queda por entero en el otro, en el único poseedor, en el que imparte las instrucciones.²⁷

²⁵ Ibídem, p. 111, Vid. también **Díez-Picazo**, *Sistema...*, p. 107.

²⁶ Cf. **Ramírez Cruz, Eugenio María**, *Tratado de derechos reales*, t. I, 3ª ed., Lima, Rodhas, 2007, p. 404, también **Díez-Picazo**, Ob. cit., p. 671.

27 Cf. **Hernández Gil**, Ob. cit., pp. 123-124.

C. DEL OCUPANTE PRECARIO.

1) Consideraciones previas.

44. Mucho se ha escrito sobre lo que debemos de entender por la figura del ocupante precario y a pesar de ello nos encontramos ante una realidad con posturas divergentes tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, sea a nivel nacional como en el Derecho comparado. No ubicándose una definición, desde la perspectiva sustantiva, que permita cubrir todas las circunstancias fácticas que se presentan en nuestra realidad y que son planteadas a la Jurisdicción, por los usuarios del servicio, para su justa solución.

Una de esas posturas se ha decantado, por considerar que el concepto de precario solamente puede corresponder a la idea romana que al respecto se tuvo, en el sentido que el origen del precario consistía en el acto por el cual una persona cedía a otra, a petición o ruego de esta, el uso y disfrute de cierto bien sin remuneración ni estipendio alguno, pero con la facultad de darle por terminado en cualquier momento.²⁸

45. Solo a manera de referente en la legislación comparada, y siguiendo lo dicho por Guadalupe Cano, en España el artículo 1750º del Código Civil de dicho país ha suscitado dos posiciones distintas a nivel doctrinario y jurisprudencial respecto al precario. Una primera tendencia conceptúa al precario como un contrato, pues sostiene que existen reminiscencias del antiguo concepto romano del precario, por la cual el comodante cede a ruego del comodatario y convienen en entregar la cosa por espíritu de liberalidad, gratuitamente, con la obligación de devolverla cuando la reclame el comodante. Por el contrario, el otro sector estima que dicho artículo no contempla la figura de un precario de origen contractual, sino de una simple situación posesoria que autoriza a disfrutar o usar un inmueble ajeno gratuitamente, bien por mera liberalidad o simple tolerancia²⁹ del titular de la posesión real.

²⁸ Cf. **Cano Moriano, Guadalupe**, *Estudio sobre la figura del precario*, Madrid, Edersa, 1999, p. 243. También **Ferrer Martín, Daniel**, *El precario y el juicio de desahucio por juicio de precario*, en: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, t. XXXVI, enero-diciembre, 1952, p. 303.

²⁹ Latour señala que liberalidad y tolerancia no son términos o expresiones idénticas. Liberalidad, gramaticalmente, equivale a virtud moral del que da generosamente lo que tiene sin esperar recompensa, al paso que tolerancia vale tanto como acción y efecto de tolerar, de sufrir, llevar con paciencia, y, en última instancia, disimular o permitir algunas cosas sin consentirlas expresamente. Lo primero equivale a un obrar, un hacer, algo positivo, en suma. Lo segundo, a mera abstención, un no obrar o no hacer, simple pasividad en suma.

Por tal razón, sigue precisando el autor citado, que el precario sea, por esencia, revocable a voluntad del *precario dans* -en doctrina se denomina como “precario dans” al sujeto que concede el uso o posesión de la cosa, bien mediante un acto de liberalidad o concesión graciosa, bien porque tolera los actos de ocupación del precarista o la posesión de quien, por cualquier motivo ha visto desaparecer el título que lo legitimaba, permitiendo de este modo el uso y disfrute gratuito de un inmueble ajeno que puede ser libremente revocado-, no autoriza a catalogar esta institución dentro de la órbita contractual. La revocación en el “precario dans” equivale a la negación de su propia liberalidad o tolerancia.

Cf. **Latour Brotons, Juan**, “*El precario*”, en: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, t. XLIII, Madrid, 1959, pp. 1074 y 1075. Vid. también: **Cano Moriano**, Ob. cit., p. 110.

46. Sobre ello, Daniel Ferrer Martín nos dice que existe un doble concepto de precario, uno restringido, coincidente con el fijado en el Derecho romano, que considera precario el disfrute gratuito de una cosa ajena, por tolerancia de su dueño, y otro amplio, que además del anterior, admite en el precario todos los supuestos de ocupación, tenencia o disfrute de un inmueble sin título, ya porque no se ha tenido nunca, bien por extinción del que se tenía, o con título ineficaz frente al del propietario, cuyos casos, a excepción del último, en definitiva, quedan resumidos en el primero, puesto que la ocupación sin título y sin pago de renta equivale al disfrute por tolerancia del dueño.³⁰

47. La misma jurisprudencia española ha ido basculando, desde una concepción restrictiva del precario, a una más amplia, sin encontrar aún una posición definitiva, que permita dar una solución a dichos conflictos.

Justamente sobre ello, Moreno Mocholi nos dice que el concepto romano de precario ha sido paulatinamente ampliado por la jurisprudencia hasta comprender no solo la detentación por tolerancia, sino todos aquellos casos en los que el demandado no se apoya en ningún título y su posesión presenta caracteres de abusiva.³¹

48. Siendo así, hoy en día la jurisprudencia española viene siendo uniforme al considerar como posesión precaria a aquella ocupación de un inmueble ajeno sin pago de renta ni merced y sin título para ello, o cuando el que se invoca es ineficaz frente al poseedor real a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarlo o sea poseedor jurídico.³²

49. De acuerdo a lo señalado, se puede decir que en lo que respecta a la doctrina y jurisprudencia española, se asume que la figura del precario supone una situación posesoria, razón por la cual esta calificación jurídica del precario es consecuencia del concepto que se tiene de la institución en estos últimos tiempos, cuya esencia radica, como antes, en la gratuidad, pero no nace ya con carácter exclusivo de la concesión del poseedor real, sino también de la ocupación sin título de un inmueble³³. No es ya el contrato que confiere una tenencia, sino una detentación que si bien es cierto algunas veces tiene su origen en un contrato, pero otras no; lo que ha determinado que

³⁰ Cf. **Ferrer Martín, Daniel**, "El precario y el juicio de desahucio por causa de precario", en: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, t. XXXVI, 1952, p. 305.

³¹ Para esto nos remitimos al prolijo estudio realizado sobre el precario por: **Moreno Mocholi, Manuel**, *El precario. Estudio histórico-crítico, aplicado al derecho español con ensayo de estructuración y sistematización de fuentes*, 2ª ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S. A., 1976, pp. 355-356. En esa misma línea de análisis se encuentra Guadalupe Cano en su ob. cit., p. 85 y ss.

³² Cf. **Cano Moriano**, Ob. cit., p. 90.

³³ Manuel de la Plaza indicaba que el precario supone una situación posesoria, que, a pesar de su inestabilidad, ha de ser mantenida, mientras no se obtenga el vencimiento del poseedor en el proceso de destitución; la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo; y a la falta de título que justifique el goce de la posesión, bien porque nos dé una situación de preferencia respecto a un poseedor de peor derecho.

Cf. **De la Plaza, Manuel**, *Derecho procesal civil español*, vol. II, 2ª edición corregida, aumentada y puesta al día, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945, pp. 354-355.

se desplace el eje característico de la institución de la causa al efecto, cifrando en este –tenencia, detentación, posesión en suma– la esencia de la misma y prescindiendo de la causa originadora, que unas veces será el contrato y otra el vicio en la posesión.³⁴

2) Del ocupante precario en sede nacional.

50. Teniendo en cuenta la situación descrita, la Corte Suprema de Justicia de la República, máximo órgano para la resolución definitiva de conflictos, no puede resultar ajena frente a la necesidad de darle un contenido preciso al caso del ocupante precario en sede nacional. Con mayor razón si nos encontramos, ante una legislación no muy precisa, a cuya interpretación no contribuye con mucha precisión la doctrina anteriormente expuesta, al otorgarle un concepto variado, impreciso y, en no muy pocas oportunidades, contradictorio, deviniendo en insuficiente para cubrir todos los supuestos planteados por las partes, generando una jurisprudencia igualmente imprecisa. Esta situación genera inseguridad jurídica en nuestra sociedad, debilidad que es aprovechada por quienes, sin justificación jurídica, vienen disfrutando de la posesión de un gran número de predios, provocando un preocupante problema social (con implicancias económicas), que devienen en conflictos, cuya necesaria solución definitiva, por la jurisdicción civil, generan un alto costo tanto a nuestra sociedad como al Estado, los cuales deben destinar un alto porcentaje de su presupuesto para atender la solución de dichos conflictos, los que, por experiencia jurisdiccional, se puede afirmar que integra un preocupante y elevado porcentaje, entre los conflictos que se tramitan en el Poder Judicial; recargando aún más la actividad de los jueces, efecto que se incrementa, debido a que las indecisiones anteriormente expuestas, generan inseguridad, trasladando falta de predictibilidad en las decisiones judiciales, debilidades de las cuales buscan aprovecharse, como ya se ha dicho, personas inescrupulosas, pretendiendo ostentar la posesión de un inmueble, por un tiempo prolongado, sin sustento jurídico alguno. Ello se agrava más, cuando observamos que hay una alta incidencia de procesos cuyas pretensiones se declaran improcedentes, bajo la concepción de que en el desalojo por ocupación precaria, basta que se presente cualquier aspecto vinculado a la propiedad o cualquier circunstancia que se alegue no puede ser controvertida y decidida en el proceso sumario de desalojo, para que la jurisdicción la acoja como razón para rechazar la demanda, considerando que previamente tal situación debe ser discutida previamente en un proceso de trámite más lato, lo cual, desde luego viene afectando el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, porque con una sentencia que declara improcedente la demanda, mal puede considerarse que está propendiéndose a la protección del derecho sustantivo afectado y menos que se está dando solución al conflicto. Dentro de esta concepción, para ejercer el derecho a poseer resulta necesario se discuta previamente, en otro proceso más lato, la defensa expuesta por el demandado, con la cual pretende justificar su posesión.

51. Siendo este el diagnóstico, y aprovechando la oportunidad que se presenta para resolverse la controversia sometida a análisis, este Colegiado ha considerado que es

³⁴ Cf. Ferrer Martín, Ob. cit., p. 306.

impostergable la necesidad de solucionar estos conflictos en forma predecible, precisa y oportuna. Por tal motivo, resulta pertinente efectuar una interpretación del artículo 911° de nuestro Código Civil, otorgándole un contenido que permita establecer por este alto Tribunal, de una manera clara y uniforme, la conceptualización de la figura jurídica del precario, que priorice la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional. Entendiéndose, dentro de una concepción general y básica, que cuando dicho artículo en análisis 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 posesión³⁵; 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.

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

53. Al respecto resulta interesante lo definido por el Diccionario de la Real Academia, cuando señala, en cuanto al término de Derecho, que se concibe como precario lo que se tiene sin título, por tolerancia o por *inadvertencia* del dueño.

De lo señalado, surgen dos características básicas, la primera, referida a la necesidad de una tenencia, de una posesión de hecho o material de la cosa ajena y, la segunda, a la ausencia de título jurídico de esa posesión. Pero la ausencia de título puede encontrar su justificación en la tolerancia o en la inadvertencia del dueño.

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 –dentro de lo cual, desde luego, se engloba al servidor de la posesión, a quien el poseedor real le encarga el cuidado de un bien, esto es por un acto de mera liberalidad y con carácter gratuito, y que si no atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario–, es decir, en este primer caso, no necesariamente se requiere de la presencia de un acto jurídico que legitime la posesión del demandado, lo que no excluye también el caso aquel en que el uso del bien haya sido cedido a título gratuito, sin existir de por medio el pago de una renta.

³⁵ Posición que coincide con la expuesta por el *amicus curiae*, Dr. Martín Mejorada Chauca, tanto en la vista de la causa, como en sus artículos publicados.

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; entendiéndose que el acto o el hecho existente, en el que el demandado venía sustentado su posesión, al momento de la interposición de la demanda, ha variado, debido a un acto que puede o no depender de la voluntad de las partes, variación que deja de justificar la posesión del demandado y, por ende, corresponde otorgársela al demandante, por haber acreditado su derecho a tal disfrute.

56. En efecto, la no existencia de un título o el fenecimiento del que se tenía - con el cual justificaba su posesión el demandado- se puede establecer como consecuencia de la valoración de las pruebas presentadas, de dicha valoración es que surge en el juez la convicción de la no existencia de título o que el acto jurídico que lo originó contiene algún vicio que lo invalida, como es una nulidad manifiesta prevista por alguna de las causales del artículo 219° del Código Civil, o en todo caso, cuando siendo válido el negocio jurídico, éste ha dejado de surtir efectos por alguna causal de resolución o rescisión, pero sin que el juez del desalojo se encuentre autorizado para declarar la invalidez, nulidad, ineficacia, etc. de dicho acto jurídico, por cuanto ello corresponde al juez donde se discuta tal situación.

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” del 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, los cuales, a pesar de alegarse mantener conexión con el derecho al disfrute del derecho a poseer, para su satisfacción se exige la acreditación de supuestos diferentes³⁶, en algunos casos más complejos de tutelarse y de allí la exigencia del cumplimiento de vías procedimentales más amplias.

³⁶ Ferrer apunta que no puede ser motivo del juicio de desahucio el resolverse incidentalmente cuestiones que tiendan a destruir el dominio y la posesión en que por el momento aparece el demandante, como ocurriría al pedir la nulidad de las escrituras de la adquisición, ni tampoco pueden decidirse cuestiones de

59. Dentro de esta línea de interpretación corresponde establecer, concordantemente, en cuanto al artículo 586° del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no solo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio, con lo cual se colige que el desalojo por ocupación precaria no exige de modo alguno que deba ser incoado únicamente por quien ostenta la propiedad del bien, dado que además de éste, se encuentran legitimados los otros sujetos mencionados, quienes resultan tener calidad para solicitar la entrega en posesión del inmueble, con lo cual cobra fuerza lo dicho respecto al artículo 585°, en cuanto a que el término “restitución” se debe entender en un sentido amplio y no restringido. Quedando entendido que la probanza de la legitimidad para obrar activa estará referida al supuesto que alegue la parte actora (propietario, administrador o que idóneamente considere tener derecho a la restitución del bien).

60. En esa misma línea de ideas, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva; para mantener la sistematicidad, resulta concordante interpretar conjuntamente el citado artículo 586° con el artículo 911° del Código Civil, por lo que se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión inmediata o que, en todo caso, en la realidad se han producido la desaparición de los actos o hechos, jurídicamente regulados y protegidos, generando como efecto la pérdida del derecho a poseer.

61. Estando a lo señalado, esta Corte Suprema acoge un concepto amplio del precario —a efectos de englobar todas las variables, que en la casuística se viene planteando a la Jurisdicción, de tal manera que se atiendan estas variables y se reduzcan ostensiblemente los casos de improcedencia—, no limitándose únicamente al caso que el propietario cede la posesión de un inmueble para que otro la use y se la devuelva cuando lo reclame, sino también cuando existe una situación de tolerancia de la posesión de hecho sin título (hecho o acto alguno) que la ampare, o cuando sobreviene un cambio de la causa, por cesar la vigencia de un acto jurídico o variar los efectos de los actos o hechos antes existentes, situación que justificaban, al demandado al ejercicio del disfrute del derecho a poseer. 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 —sea a título de propietario, poseedor mediato, administrador, comodante, etc.— 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.

dominio o mejor derecho de poseer, ya que solo debe atenderse al estado posesorio, sin prejuzgar cuestiones de propiedad.

Cf. Ferrer Martín, Ob. cit., p. 311.

62. Ahora bien, estando a lo conceptualizado, y sin que se pretenda hacer una relación con carácter de *numerus clausus*, consideramos necesario, que, aplicando los criterios anteriormente expuestos y tomando como base los casos recurrentes ante la Jurisdicción Civil y que se han venido conociendo y decidiendo en forma contradictoria, en algunos casos por esta Corte Suprema y sobre todo por los demás órganos jurisdiccionales de grados inferiores, establecer criterios para poder discernir aquellos casos que configurarían o no supuestos de ocupantes precarios:

3) Supuestos de posesión precaria.

63. Teniendo en cuenta lo dicho, siempre a título de *numerus clausus*, a continuación se plantea un conjunto de casos, que se han evidenciado como los más recurrentes en los procesos de desalojo que se tramitan en los diferentes órganos jurisdiccionales, y que configurarían supuestos de ocupación precaria:

I. En los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. En estos, se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para esto, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Siendo así, no es necesario exigir la previa resolución judicial del contrato, puesto que la terminación del mismo se acordó en los términos contractuales suscritos por las partes o se realizó bajo las reglas del artículo 1429° ya citado. Si el Juez advierte, como consecuencia de la valoración correspondiente, que los hechos revisten mayor complejidad y que no resultan convincentes los fundamentos fácticos y las pruebas del demandante o del demandado deberá dictar sentencia declarando la fundabilidad o infundabilidad de la pretensión. La declaración de improcedencia de la demanda la efectuará excepcionalmente y sustentándola únicamente en la falta o deficiencia de un presupuesto para la validez de la relación jurídica procesal, mas no por cuestión de fondo.

II. También constituirá un caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la conclusión del contrato y devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. Dicha comunicación debe ser indubitable, de lo contrario, dará lugar a que la demanda de desalojo por precario se declare infundada. Por el contrario, no constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700° del Código Civil, puesto 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. Solo en el caso de existencia de requerimiento, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

III. Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez de la causa, del análisis de los hechos y de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, solo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia, al exponer las razones que justifican su decisión, y declarará fundada o infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes para sustentar su derecho, a ejercer la posesión inmediata, es el que adolece de nulidad manifiesta.

IV. La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil. En este caso, para que proceda la demanda de desalojo por precario, se deberá exigir que el demandante haya requerido, en forma previa a la demanda, mediante documento de fecha cierta, la devolución del inmueble o, en todo caso, que en el contrato de compraventa haya manifestado que no continuará el arrendamiento. En este último supuesto, tal decisión debe ponerse en conocimiento del demandado, a partir del momento en que se celebró el contrato de compra venta, acto después del cual el ocupante devendrá en precario.

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

VI. La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para destruir la pretensión de desalojo y 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; por lo tanto, se limitará a establecer si, de la valoración de las pruebas, surge en él la convicción de, si corresponde o no, declarar el derecho de poseer a favor del demandante o del demandado. Es decir, el Juez no debe ingresar a verificar si es que la parte demandada adquirió o no el bien por usucapión, sino que debe limitarse a verificar si del análisis de los hechos y de la valoración de las pruebas presentadas por la parte emplazada surge en él la convicción de la existencia de lo que viene considerándose como un título suficiente, que enerve el derecho que esgrime el demandante. Este hecho (de declararse fundada la demanda de desalojo por precario), en nada afecta lo que se vaya a decidir en el otro proceso donde se verifique la pretensión de usucapión. De ampararse, mediante resolución definitiva, la demanda de prescripción adquisitiva, el usucapiente tendrá

expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

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

65. En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601° del Código Procesal Civil, que permite abrir el debate de la posesión en un proceso plenario, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdical, evidencia, sin duda que el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien, puesto que, al haber sido negligente en la defensa de su posesión durante el plazo de un año, mal puede pretender usar un procedimiento sumario para recuperar su bien, dado que el despojo presupone que ha sido el mismo accionante quien padeció ese acto de desposesión ilegítima.

D. DE LA NATURALEZA DE LA PRESENTE SENTENCIA

66. Resulta necesario que este Pleno Casatorio precise cuales son los alcances de la cosa juzgada aplicable a las sentencias definitivas, que pongan fin a este tipo de procesos. Correspondiendo precisar, sin afectar la sistematicidad de nuestro Código Procesal Civil, que toda sentencia que pone fin a todo proceso, entre ellos, el de desalojo por ocupación precaria, en cuanto se convierte en definitiva, adquiere todos los efectos de la cosa juzgada y por lo tanto la única posibilidad de ser revisada es mediante el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, dentro de los presupuestos que exige el mismo.

67. Lo expuesto anteriormente no descarta ni contraviene la posición pacífica existente en la doctrina procesal, respecto a que toda sentencia surte los efectos de cosa juzgada únicamente, en cuanto al ámbito de la pretensión procesal, cuyo contenido hubiere sido materia de conocimiento, debate, prueba y decisión, en la jurisdicción³⁷. Así, interpuesta nueva demanda, en la que la nueva pretensión consignada, se sustente en hechos con contenido y efectos diferentes a los planteados en el proceso anterior, no estaremos frente a identidad de pretensiones, supuesto que se exige para que se produzca la cosa juzgada. Así por ejemplo, si en el caso de la usucapión, de la resolución o nulidad del acto o título, situaciones en las cuales sustentó la parte ganadora (o perdedora) su derecho a poseer, hubieren variado, con posterioridad a la demanda y sentencia de desalojo, por la expedición de una sentencia, expedida por el órgano jurisdiccional, en el cual se decidió la usucapión, resolución, nulidad de acto jurídico, etc. no existe impedimento alguno, para que quien obtuvo una sentencia favorable, alegando estos hechos nuevos y diferentes a los alegados en la oportunidad anterior,

³⁷ En esto se sigue la idea propuesta por Sonia Calaza.

Cf. Calza López, Sonia, "La cobertura actual de la cosa juzgada", en: **Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid**, N° 20, 2009-II, p. 88.

insistan en la interposición de una demanda nueva en la que se discuta y decida el desalojo por ocupación precaria, si es que se exponen como fundamentos fácticos estos nuevos hechos y se ofrecen las correspondientes pruebas.

68. Estando a lo señalado, y a la alta incidencia de declaraciones de improcedencia de las demandas de desalojo por precario, resulta necesario que los jueces de toda la República, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente sentencia, en estricto respeto del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, eviten emitir sentencias inhibitorias, recomendándosele, resuelvan sobre el fondo, pronunciándose por la fundabilidad o no de la pretensión planteada.

69. La tutela jurisdiccional efectiva, consagrada tanto en el artículo 139°.3 de la Constitución Política como el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, debemos entenderla como la observancia tanto al derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, como a merecer un pronunciamiento sobre el fondo, según el sentido que a justicia corresponda, así como a la eficacia de lo decidido en la sentencia, dentro de una concepción garantista que comprende todo lo concerniente al derecho a accionar, a probar, a la defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, y a la obtención de una resolución fundada en derecho.

VI. CONCLUSIONES

Estando a las consideraciones expuestas, estimamos que el recurso de Casación es infundado al haberse dictado la sentencia de vista de acuerdo a Derecho, por lo que:

1. No hay contravención al debido proceso conforme ha alegado la recurrente, consiguientemente la resolución impugnada no adolece de motivación aparente o defectuosa.
2. Por otro lado, todo lo analizado representa una evidente utilidad desde el punto de vista de la uniformidad en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, por cuanto se ha venido observando una serie de interpretaciones sobre lo que debe entenderse respecto a la categoría del ocupante precario, por lo que no uniformizar dichos criterios implicaría dejar subsistentes interpretaciones contradictorias, susceptibles de reproducirse en casos posteriores, con evidente peligro para la igualdad, la seguridad y certidumbre jurídicas³⁸.
3. Este Pleno Casatorio considera necesario precisar que la correcta interpretación del artículo 911° del Código Civil, así como de los artículos 586° y 586° del Código Procesal Civil debe hacerse en el sentido que se ha dejado sentado en los numerales precedentes. Reiterándose que los mismos no son *numerus clausus*, sino que se han establecido en atención a los casos recurrentes que se presentan en la judicatura y que han suscitado mayores discrepancias en los diferentes niveles judiciales.

³⁸ Cf. **Guzmán Flujá, Vicente C.**, *El recurso de casación civil (control de hecho y de derecho)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 104 y 110.

VII. FALLO

Por tales razones, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400° del Código Procesal Civil:

a) Declara, por unanimidad, **INFUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca; en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista, obrante de fojas seiscientos diez a seiscientos once, su fecha ocho de abril de dos mil once, expedida por la Sala Especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Ucayali;

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

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

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

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

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

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

5.1 Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor

complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.

5.2 Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700° del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

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

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

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

5.6 La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el 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 pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

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

c) **ORDENARON** la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial “El Peruano”, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su difusión.

SS.

RAMIRO DE VALDIVIA CANO

ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ

EVANGELINA HUAMANÍ LLAMAS

ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE

RICARDO VINATEA MEDINA

CÉSAR CASTAÑEDA SERRANO

Leslie Sotelo Zegarra
Secretaria de la Sala Civil Permanente
de la Corte Suprema de Justicia de la República

La Secretaria que suscribe certifica que, además de los considerandos precedentes, el voto singular de los señores jueces supremos Ramiro de Valdivia Cano y Andrés Caroajulca Bustamante jueces de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, es como sigue:

Consideramos necesario elucidar algunas razones adicionales a las que contiene la presente sentencia.

I. DEONTOLOGÍA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA PRECARIEDAD

1. Cada agrupación social es el tapiz en el que se entretejen los dos clásicos elementos complementarios: Por un lado: Las personas y grupos, miembros de ese cuerpo social; sujetos administrados o gobernados y a quienes les es inherente una dignidad esencial y permanente - los mandantes, en una comunidad democrática.

Y por otro, la magistratura: los medios o instituciones ordenados al fin de administrar o gobernar –que, en una comunidad democrática, son los mandatarios- cuyos funciones son, a su vez, encargadas a personas: magistrados, administradores o gobernantes, que constituyen la autoridad.

2. En este tapiz, es notable el criterio deontológico y primario de toda la magistratura: Administrar justicia es buscar el bien de grupo; cuyo criterio se halla en la base del principio de convergencia en el bien común; advirtiéndolo que “Summum ius summa iniuria”; como lo recordó el señor V. Rodolfo Walde en reciente mensaje. Pues bien, la razón última y vinculante en cada acto de la magistratura es la de servir a los mandantes y demás miembros del cuerpo social; y no el servirse de ellos. El bien común, -el que las personas buscan y pueden conseguir formando la comunidad social,- es expresión del bien moral. Es garantía del bien personal, familiar y comunitario.

3. Tal es el espíritu que anima la convocatoria a este Pleno Casatorio³⁹ sobre la ocupación precaria. El magistrado está sometido a la búsqueda permanente del bien común, que constituye su tarea diaria. Debe arbitrar con los medios más adecuados para alcanzar ese objetivo, respetando en todo momento la capacidad de iniciativa de los miembros (personas o grupos) de la sociedad, en cuanto puedan realizar por sí mismos.

A su vez, todos estos – magistrados y no- magistrados, están en la obligación de contribuir, con su esfuerzo y su aporte y según sus propias capacidades, al logro de los fines

³⁹ IV Pleno Casatorio Civil del 29 de diciembre de 2011, sobre desalojo por ocupación precaria, casación N°2195-2011. El suscrito, Dr. Ramiro de Valdivia Cano, tuvo el honor de dirigir este certamen casatorio por cuanto fui convocado a suceder al Sr. Dr. Luis Felipe Almenara Bryson, Presidente de la Sala Civil Permanente, hasta noviembre del 2011, ya que él fue merecidamente elegido miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, por la Sala Plena de la Corte Suprema. En cuanto al señor Presidente de la Sala Civil Transitoria, el Sr. Dr. Víctor Ticona Postigo, incansable promotor de la realización del Pleno Casatorio, no pudo estar presente el día de la Vista de la Causa debido al sentido deceso de su señor padre. El alejamiento formal de tan probos como distinguidos Jueces Supremos y eminentes estudiosos del Derecho Civil no nos privó de su acertado consejo y acompañamiento a lo largo de los ocho meses que duraron los debates. A ambos, les reitero mi profundo afecto y agradecimiento.

sociales; en tanto no son meros receptores o beneficiarios pasivos; son creadores de aquello que reciben. Corresponde, por tanto, al magistrado, el deber de preocuparse por asegurar, mediante resoluciones justas, que los individuos, en la búsqueda legítima del bien particular, sirvan también al bien común. La bilateralidad de este precepto implica que, por su parte, los miembros de la comunidad, - señaladamente en el uso y disfrute de los bienes que otorga el derecho de propiedad,- deben tener en cuenta el servicio a los demás, en el marco de la justicia, que brota de la dimensión social de la propiedad.

4. El primer principio (correspondiente al magistrado) se denomina de la subsidiariedad; el segundo (que incluye a todos los miembros de la comunidad) es el de la participación. La vitalidad de estos principios emerge en cada una de las etapas de la historia del Derecho que se propone revisitar.

En esa visita, la trascendencia del Derecho Romano a lo largo de la historia universal y su influencia en el quehacer jurídico peruano son fácilmente advertibles. Más aún cuando se analiza instituciones tan actuales como la de la *precariedad* y el mismo perfil del *Precario habere*, entre otras interdicciones que nacieron en la Roma clásica. Son innumerables las instituciones que fueron asumidas y perennizadas en el Derecho de los pueblos de Occidente y continúan ampliando su radio de inculturación.

5. Así es como el IV Plenario Civil Casatorio (2011) de la Corte Suprema ha debatido a lo largo de nueve meses acerca de las connotaciones de la institución jurídica del desalojo del inmueble ocupado por el precario y la proficua polémica a que dio origen- parte de longevos conceptos del Derecho Romano. No es superfluo recordar que en el instituto del *precarium*, del Derecho Romano clásico, el precarista solía ser un “cliente” que impetraba a su patrono el favor de otorgarle el disfrute pleno y gratuito de un fundo de propiedad de aquel, como un recurso para mantenerse él y su familia. Ulpiano definía al precario de la siguiente forma: “*Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu quamdiu i qui concessit patitur.*” Aunque el patrono, el *precario dans*, podía revocar tal concesión en cualquier momento, lo cierto es que la concesión se convertía usualmente en vitalicia o era de larga duración en el tiempo. No era infrecuente que se prolongase durante generaciones para la utilización con ese fin del legado *sinendi modo* o para otros fines.

II. HISTORIAL DEL PRECARIUM

6. Debe indicarse que en el Derecho Romano el contrato de **precario** era concebido como aquel contrato por el que una persona concedía a otra el uso gratuito de una cosa con la facultad de revocárselo a su propio arbitrio. Por el contrato de precario, el patrono concedía la cosa **in genere**, a título de tolerancia, sin determinación del tiempo, finalidad ni modo.

7. En la fase romana post- clásica el *precarium* deviene en un contrato innominado, afinado entre los derechos reales, que acaba por la muerte de su otorgante, pero mantiene su característica básica de ser una nítida posición posesoria esencialmente re-

vocable; revocabilidad que viene determinada por el juego de la cláusula de posesión viciosa en el interdicto posesorio.

8. Del precario derivan en la Edad Media distintas modalidades de concesiones de derechos reales vinculados al agro. Tal como lo ocurrido en las antiguas provincias romanas en las cuales, los terratenientes locales solían constituir sus ejércitos privados; al modo en el que los magnates de la metrópoli mantenían como patronos, sus grupos de “clientes” a los que brindaba a cambio, protección legal. Cuando alguien se interesaba en establecer una relación patrón- cliente, impetraba el patrocinium del magnate y lo formalizaba realizando el acto de Comendación, encomendándose o confiándose al cuidado de su patrón. El encomendado permanecía libre, obteniendo vestido y alimento en pago de sus servicios –cualquiera que ellos fueren. Si el hombre era de alguna clase alta, era llamado “Fidelis”, i.e. hombre fiel. En el período Carolingio, el término “Vassus” –que primigeniamente denotaba a un hombre de modestas circunstancias– había adquirido el significado de hombre que prestaba servicios militares a su patrón o señor. Ser Vassus, o vasallo no era ignominioso. Era el nuevo nombre de un status ganado por el acto de encomienda personal.

9. El patrón romano solía conservar para sí el título de propiedad del inmueble concedido, pero otorgaba al cliente el uso temporal de ella, junto con todos los beneficios de él derivados, por todo el tiempo que se mantuviese la relación –con frecuencia, de por vida. Los magistrados carolingios adoptaron esta vieja práctica de la época clásica, para esta clase de tenencia utilizando el clásico término romano, Precarium, y a veces, el nuevo: Beneficium, para describir la relación establecida entre la tierra temporalmente otorgada a un vasallo en contraprestación por sus servicios. Hacia el año 1000, el acto de convertirse en vasallo, usualmente, tenía la connotación de recibir el beneficio. El beneficiario, inclusive, podía rehusarse a prestar el servicio fiel o el deber de lealtad – a menos que estuviese satisfecho con la tierra que se le ofrecía.

III. DEL PRECARIUM CONTEMPORÁNEO – LA OCUPACIÓN PIDGIN

10. En el Derecho actual todavía persiste una reminiscencia de la antigua noción de precario, pero su acepción ha devenido muy distinta de la que rigió en Roma, pues no se configura el precario como un contrato, sino que se concibe como una situación de hecho o, incluso, ilegítima; o como posesión concedida o tolerada.

11. Si en el pasado, la institución jurídica dio lugar a controversia y a eclosión social, hoy en día su misma definición crea resistencias, dudas y jurisprudencia contradictoria. Sus expresiones sociales son aún menos pacíficas, tanto a lo largo de sociedades desarrolladas como en las sub desarrolladas. Entre ellas se abre paso el postulado del principio del destino universal de los bienes.

12. Entre las manifestaciones de evolución más notorias se puede hacer referencia a la suscitada en la Ciudad Eterna, la cuna del Derecho Romano, que ha prohiado las versiones tercermundistas de la ocupación precaria. Roma ya le ha puesto un apelativo: la ocupación pidgin (Pidgin Cities). Lo que en Glasgow se conoce como Pop Up cities.

En todo caso se trata de la ocupación no regulada o ilegal de espacios en la ciudad por parte de desposeídos y, hoy en día, la posesión inmediata que ejercen de facto, parias e inmigrantes: Y no está lejos de convertirse en una vía de renovación de los barrios en la ciudad, en una forma alambicada de Derecho Real. En un tipo de asentamiento, la ocupación pidgin, que favorece la proliferación de nuevas formas de ciudadanía.

13. *Pidgin* deriva de la incorrecta pronunciación que los chinos hacían del vocablo inglés *business*. La necesidad primero y la costumbre, después, dejaron establecido que los ingleses deberían decir “pidgin” en lugar de *business*, cuando querían comerciar con los chinos -cambiando su propio lenguaje para hacerse comprender. Para comerciar y hablar *pidgin* hubo que aceptar el error lingüístico, estar dispuesto a equivocarse deliberadamente, y a no querer corregir ni corregirse, ni determinar las cosas, sino dejarse llevar por lo imprevisible. No solo por lo conveniente que resultaba el comercio chino, sino porque no se avizoraba alternativa a la tolerancia y aceptación del error.

14. En la Roma del s.XXI, el envejecimiento de la población y la subsecuente migración internacional han alcanzado niveles inéditos, produciendo fenómenos urbanos imprevistos y los consiguientes problemas socio- jurídicos a los que no escapan los Derechos Reales. La ocupación pidgin de espacios rebeldes con vocación pública es la que está emergiendo de los grupos de inmigrantes y de su interacción con los barrios ya consolidados de la capital italiana. Tal como ha ocurrido en el interior del IV Pleno Casatorio, para entender la ocupación pidgin y a su colega, la ocupación precaria, hay que liberarse del miedo a equivocarse a errar deliberadamente, a preferir la justicia y a estar disponibles para ponderar las nuevas interacciones.

15. No obstante, el esquema básico aún no es sustituido: En los interdictos prohibitorios para retener la posesión prevalece el que está actualmente asentado en el inmueble. Es el mismo interdicto «*uti possidetis*» en cuya fórmula romana clásica se asienta la cláusula consabida que estableció que solo puede prevalecer el que no lesiona la posición del contrario por un acto de violencia o con un vicio de su posesión. Aunque esta cláusula aún tiene un efecto relativo: cuando el poseedor con «vicio» no deriva su posesión del adversario (*ab altero*), sino de otra persona cualquiera, entonces tal defectuosa derivación no le impediría prevalecer en el interdicto contra su adversario.

16. En la ocupación precaria peruana está latente la propia red de espacios rebeldes con vocación pública, paralela a las prácticas informales de las ocupaciones pidgin de Roma. No solo se trata de precarios en la clásica acepción o en la que da el art. 911° del Código Civil⁴⁰. La metodología de ocupación ya permite elaborar mapas de liberación de espacios abandonados de la ciudad -en particular los bienes abandonados debido a la especulación inmobiliaria, aquellos adquiridos por las mafias, o el patrimonio hereditario o público vacantes o en tela de juicio. Roma posee muchos de estos inmuebles urbanos vacantes que han sido abandonados o dejados desiertos por las costumbres

⁴⁰ Código Civil - Posesión precaria

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

individualistas del consumismo en los nuevos estilos de vida urbanos occidentales; o por las crisis de las antiguas industrias.

17. En el Perú, la situación se agrava por las derivaciones de la intensa presión del mercado inmobiliario; pero, tanto como en Roma, el auge de la ocupación precaria columbra un cambio socio jurídico más profundo que la simple renovación física de espacios abandonados. Este fenómeno de “neo liberación” de espacios abandonados resulta siendo una clave interesante para interpretar las nuevas realidades sociales -supuestamente libradas al devaneo de las fuerzas del mercado.

18. Las ocupaciones de inmuebles vacíos realizada por familias de todo el mundo avanza con más energía cuando los movimientos de lucha por el derecho a la vivienda, abrieran su lucha a familias inmigrantes, del extranjero o de las zonas más deprimidas del propio país, de extrema pobreza y de necesidad habitacional. En Roma, muchas de estas familias inmigrantes vivían en asentamientos informales, incluso debajo de puentes y autopistas, otras, víctimas de la recesión europea, habían perdido el trabajo y pasaban de una situación de bienestar a una de precariedad no prevista y a un destino incierto. Va en aumento el número de inmigrantes que luchan por sus derechos en primera persona.

19. La incertidumbre legal y la endeble predictibilidad en sede judicial o administrativa contribuyen a que la nueva configuración eche mano al aforismo medieval “*beati possessores*” que aludía a la ventaja de los poseedores inmediatos demandados frente a los demandantes, sobre cuyos hombros se atribuye la carga de la prueba. A tal dificultad de probanza se le encuentra similitud con la denominación de “*probatio diabolica*”, que parece provenir de los “juicios del alma”, - aquellas piezas judiciales del medioevo, representadas escénicamente en forma plástica en las que el Diablo, que pretende reivindicar la titularidad del Derecho Real para el Infierno, siempre acaba perdiendo, por defecto de prueba, ante el Ángel.

20. Es en este nuevo desarrollo de los Derechos Reales en que el IV Pleno Casatorio Civil ha llegado mucho más allá de los paradigmas señalados por el Derecho Romano. Ha logrado remontarse al reconocimiento de la vigencia de la dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado y en la constante búsqueda del Bien común; entendido el Bien común como el conjunto de aquellas condiciones de la vida social, con que las personas, las familias y los grupos o asociaciones pueden lograr, con mayor plenitud y facilidad, su propia perfección. (cf. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia).

21. El intercambio de criterios entre jueces altamente calificados conduce a pergeñar que, al tratar cualquier ítem vinculado al Derecho Real, es imposible ignorar que el bien común exige facilitar a cada hombre (varón o mujer) todo lo necesario para que pueda acceder a una vida verdaderamente humana. Por ello y para ello se origina y se configura la sociedad, con su ordenamiento estructural (político, económico, jurídico, cultural). Por su naturaleza, el bien común está determinado esencialmente por la dignidad de todo ser humano: desde su fecundación. Mientras sus exigencias particulares

derivan de las condiciones propias de cada época y lugar es obligación del Estado y de la sociedad adecuarse para satisfacer tales exigencias.

22. Al atender a las exigencias del hombre en lo concerniente a los Derechos Reales se debe partir del enlace intrínseco que los vincula con el principio antropológico y con el del orden natural. Porque el bien común exige tener en cuenta la realidad completa de la persona, de manera que sus contenidos no pueden establecerse de manera arbitraria.

23. No podría ofrecer soluciones jurídicas, valederas quien no fuese capaz de conocer realmente los genuinos contenidos del bien común, quien no tuviese un adecuado conocimiento de cuáles son las exigencias para ese logro y partiese de una concepción antropológica deficiente, que olvidase o negase alguno de los elementos que integran el ser personal del hombre.

24. Ello implica la reiteración del deber de la judicatura de promover que todos los seres humanos puedan concretar la posibilidad de disfrutar del bienestar necesario para su desarrollo integral. Por eso, la aplicación de los postulados de la justicia social en el uso de los bienes es el punto de partida de todo el ordenamiento ético-social. Y los que, de una y mil formas, ha tratado de asentarse a lo largo de la historia. Tales postulados exigen, a su vez, la práctica de otro pilar del Derecho: Los bienes – sean intelectuales o materiales– están destinados a todos.

25. Es así que, ante la formulación de la ponencia, no se puede menos que volver a visitar el antiguo principio jurídico de solidaridad; i.e. la invocación al compromiso personal y comunitario con la opción preferencial por la dignidad de todos los seres humanos.

26. Cada persona está llamada a alcanzar altísimas finalidades concordantes con su dignidad; pero, no podría prescindir de los bienes para responder a las necesidades. Especialmente a aquellas, sin cuya satisfacción su misma existencia física se torna inviable. Estas son las que devienen en indispensables para alimentarse y crecer material y espiritualmente; para comunicarse, y para constituirse en familias y grupos sociales -entre otras exigencias básicas.

27. Del repaso de los hitos históricos se tiene que concluir que la aplicación del principio del destino universal de los bienes es el punto de partida de todo el ordenamiento ético-social.

28. Es de tal trascendencia este principio que una comunidad humana se hunde en la depresión y la atrofia cuando se niega -a alguno, a muchos o a algunos de los seres humanos que la integran- la posibilidad de disfrutar del bienestar necesario para su desarrollo integral.

29. El postulado del destino universal de los bienes es un derecho natural, inherente a la naturaleza del hombre. Su vigor es, además, de la mayor necesidad si es que una comunidad se propone la salvaguarda de la justicia social y la solidaridad humana.

No se pretenda ubicar este postulado en los catálogos del Derecho Positivo o en los de un determinado contexto histórico; más bien, en los anales de la lucha por la consolidación de la dignidad humana como supremo fin de la sociedad y del Estado. En ellos se reflejan con nitidez las frecuencias y las vibraciones de la sociedad. Y las del presente manifiestan un dantesco espectáculo de desigualdades materiales. La magia del admirable crecimiento macroeconómico actual solo hace más clamorosa la miseria de importantes segmentos sociales. ¡Otra razón adicional para invocar la exigencia del destino universal de los bienes!⁴¹

Por las razones expuestas, en esta sentencia dictada por el Pleno de magistrados de la Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República; en atención a los fundamentos alegados en este voto; y, de conformidad con la norma prevista en los artículos 143° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 400° del Código Procesal Civil: el Juez que suscribe se adhiere al voto en mayoría que: **a) Declara INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca y, en consecuencia, **NO CASA** la sentencia de vista que corre de fojas 610 a 611.

S.

RAMIRO DE VALDIVIA CANO

ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE

Leslie Sotelo Zegarra

Secretaria de la Sala Civil Permanente
de la Corte Suprema de Justicia de la República

41

MATERIAL BIBLIOGRÁFICO CONSULTADO:

- D'ORS, Álvaro. DERECHO ROMANO PRIVADO. Décima edición revisada. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2004
- DE VALDIVIA CANO, Ramiro. DERECHO CONSTITUCIONAL I. Texto Universitario. Edición El Catoliquito. Arequipa, 2009
- ROMÁN MANRIQUE, Benjamín. DERECHO ROMANO. Texto Universitario. Universidad Católica de Santa María. Arequipa, 1970.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

- <http://www.agtvm.com/Arrendamiento.Precio..htm> 2012.08.14
- <http://www.pidginperfect.com/index.php?/architecture/the-pop-up-city/>
- <http://www.bing.com/search?q=cOMPENDIO+DE+LA+DOCTRINA+SOCIAL+CAT%C3%93LICA&src=IE--SearchBox&FORM=IE8SRC>

La Secretaria que suscribe certifica que, además de los considerandos precedentes, el voto singular de la señora Ana María Aranda Rodríguez, Jueza de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, es como sigue:

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. CONCEPTO DE POSESIÓN**
- III. SERVIDOR DE LA POSESIÓN**
- IV. CLASIFICACIÓN DE POSESIÓN**
- V. POSESIÓN PRECARIA**
- VI. TITULO**
- VII. ACUMULACIÓN**
- VIII. DEFENSA POSESORIA**

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente pleno casatorio ha sido desarrollado no solo en atención a las decisiones dispares que reiteradamente han llegado a la Corte Suprema de Justicia de la República, sino y sobre todo, dado el gran impacto que ha producido en nuestra sociedad la ocupación de bienes inmuebles.

2. Se considera que es necesario que esta sede casatoria brinde las pautas adecuadas a fin que las instancias de mérito, puedan decidir con criterio uniforme en los casos en que se está frente a una ocupación precaria, evitando la inseguridad jurídica de quienes ostentan algún derecho sobre determinados bienes. Nuestro ordenamiento procesal civil ha diseñado una vía expeditiva para conocer el proceso de desalojo por ocupación precaria, que es la vía procedimental sumarísima, que muestra un trámite célere, a fin de lograr la pronta restitución de cualquier bien.

3. Comprendiendo esta situación, la labor de la Corte Suprema de Justicia de la República no puede ser ajena al perjuicio que se genera tanto en las titularidades sobre los bienes como en el normal desarrollo del tráfico jurídico de éstos, que se ve afectado por quienes no ostentan ni título ni causa jurídica alguna que los ampare en la ocupación de los inmuebles, encareciendo su transferencia al trasladar los costes económicos que

supone esta situación anómala, dado que *si los derechos no son percibidos como claramente definidos, entonces es más costoso contratar sobre ellos*⁴².

4. La trascendencia de este pleno casatorio se puede apreciar en la decisión adoptada en mayoría, la cual recoge el desarrollo jurisprudencial de varias décadas de nuestra institución, las posiciones doctrinarias e interpretación normativa que los jueces han venido considerando, y permite presentar de una manera clara las reglas que serán de observancia obligatoria para toda la judicatura, quienes son los encargados de impartir justicia en el caso concreto, en un tema de gran impacto social entre nosotros como es el desalojo por ocupación precaria.

II. CONCEPTO DE POSESIÓN

5. La posesión, como la tenemos regulada entre nosotros, responde a la concepción objetiva de ella, tributaria de Ihering, que es la asumida por los tratadistas nacionales, y que ha establecido que *la posesión nace del contacto del hombre con la tierra; exterioriza un estado de hecho*⁴³, y ha sido conforme a esta concepción que fue desarrollada en el Segundo Pleno Casatorio Civil, en su considerando 25, precisándose que (...) *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* (...).

6. Sobre el particular, cabe precisar que la posesión se encuentra taxativamente regulada en el artículo 896 del Código Civil, el cual establece que *es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*, y ello es importante para señalar que la posesión entre nosotros no depende de la voluntad del sujeto sino del ejercicio de hecho del sujeto sobre el bien; por ello es que, quien aparece en la realidad fáctica como el que ejerce el derecho de uso del bien es a quien se considera el poseedor del mismo; razón por la cual, en nuestro sistema no existen ni posesiones abstractas ni posesiones fictas.

7. Es importante tener en cuenta que *la posesión lejos de ser en todo caso un mero estar nutrido de ventajas o renunciadas, ha de ser considerada también, desde el punto de vista jurídico, como instrumento de reforma y del cambio social*⁴⁴, dado que si bien el ejercicio del derecho de posesión compete a su titular, éste debe realizarse en armonía al sustrato económico y social en el cual se desenvuelve el sujeto de derecho.

⁴² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Los sistemas de transferencia de propiedad y la propiedad inconclusa. En: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores. Primera Reimpresión. Octubre de 2009. p 183.

⁴³ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones del Derecho Civil. Los Derechos Reales. Lima: Comisión Administradora del Fondo Editorial de San Marcos. Tomo I. 1965. p 9.

⁴⁴ HERNANDEZ GIL, Antonio. La función social de la posesión. Madrid: Alianza Editorial. 1969. p 67.

III. SERVIDOR DE LA POSESIÓN

8. Sin perjuicio de lo antes señalado, queda absolutamente claro que el servidor de la posesión no es un poseedor, conforme lo establece el artículo 897° del Código Civil, cuando señala que, *no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas; y ello es así en razón que el servidor de la posesión ejerce la misma en nombre de otro, que la tiene. Su estatuto es puramente negativo; nos dice solo quien no es poseedor. Mientras las cosas estén en manos del servidor de la posesión se han de considerar a todos los efectos jurídicos como si estuvieran en las manos del poseedor*⁴⁵.

9. Fue siguiendo la línea legislativa antes señalada que, en el Segundo Pleno Casatorio, en su considerando 35, se precisó que (...) *el servidor de la posesión no participa en la posesión ni ésta se desplaza hacia él. El poder efectivo que ejerce sobre la cosa ni es posesorio en cuanto ejercido por él ni incorpora una representación del que ostenta la posesión, toda vez que ésta queda por entero en el otro, en el único poseedor, en el que imparte las instrucciones. Ello implica que en este caso, a pesar del ejercicio de hecho del uso del bien, éste no lo realiza para sí mismo, sino para otro, quien es el titular del ejercicio del derecho de posesión, de quien depende, y de quien recibe órdenes e instrucciones pero no como un representante sino como un dependiente.*

IV. CLASIFICACIONES DE POSESIÓN

4.1. POSEEDOR MEDIATO E INMEDIATO

10. Nuestro cuerpo normativo civil en el artículo 905 establece que *Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título. En efecto, el poseedor mediato posee por medio del poseedor inmediato, que es la persona que por estar ligada con una relación jurídica a aquél se halla en una posesión directa con la cosa*⁴⁶.

11. Este desarrollo normativo, fue reseñado también en el Segundo Pleno Casatorio Civil en su considerando 33, estableciendo (...) *conforme a lo expresado por Hernández Gil, la posesión inmediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediato mantiene una relación de donde surge la dualidad (o pluralidad) posesoria, por lo que el poseedor mediato “ostenta” o “tiene” y no “ejerce”, porque en la posesión mediata predomina la nota de la atribución o el reconocimiento antes que la del “ejercicio” propiamente dicho. El poseedor mediato no posee por sí solo, requiere el concurso (no para compartir, sino para superponerse) de un mediador posesorio, que es el poseedor inmediato. Hay una yuxtaposición vertical y hasta, en cierto sentido, jerárquica de posesiones. Aunque el poseedor inmediato tiene unos poderes directos*

⁴⁵ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLON. Sistema de Derecho Civil. Madrid: Tecnos. Sexta Edición. Vol III. 1997. p 109.

⁴⁶ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLON. Op., cit., 107.

sobre la cosa (de ahí que sea inmediato), su posición jurídica dentro de la mediación posesoria, viene determinada por otro u otros poseedores (mediatos).

12. Asimismo, el citado pleno Casatorio precisó en el considerando 34 que (...) lo que específicamente se configura como posesión inmediata no puede darse por sí sola, fuera de la mediación; cuando falta ésta, la inmediatez no es un grado de la posesión, sino simplemente la única manera de poseer. Si para que haya un poseedor inmediato se requiere de un mediato, también el poseedor mediato requiere del inmediato, no siendo concebible una posesión como mediata sin otra inmediata.

13. Sobre el particular, cabe precisar que es a partir de esta norma que se puede apreciar que el legislador utiliza el término “título”, que ha sido interpretado de diversas maneras y que se desarrollará más adelante.

4.2. POSESIÓN LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA

14. Si bien, nuestro Código Civil no ha estatuido una segunda clasificación de la posesión, ésta se puede interpretar a partir de lo establecido en el artículo 906 de nuestra norma sustancial, la cual establece que *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*. De esta manera, *la posesión legítima es la que se conforma con el derecho mientras que la ilegítima es la contraria al derecho*⁴⁷. Siendo ello así, en esta norma, además de referirse nuevamente a la expresión “Título”, se establece la existencia de la posesión ilegítima de buena fe, y en la norma siguiente, artículo 907º, consigna hasta cuándo puede señalarse que existe esta buena fe; es por ello que, también podemos interpretar a contrario, que existe una posesión ilegítima de mala fe, cuando no cumple con los requisitos antes precisados, y que adicionalmente, como contrapartida del concepto de posesión ilegítima, también puede interpretarse a contrario, la existencia de una posesión legítima, que vendría ser la ejercida conforme al derecho vigente.

V. POSESIÓN PRECARIA

5.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

15. A parte de una clasificación taxativa de posesión, mediata e inmediata, y otra que puede ser establecida vía interpretación normativa, conforme lo hemos señalado precedentemente, legítima e ilegítima; nuestro Código Civil ha establecido en el artículo 911 del Código Civil, otro supuesto de posesión, que no tiene antecedentes legislativos en nuestros dos cuerpos normativos civiles anteriores, Código Civil de 1852 y Código Civil de 1936.

16. El artículo 911 del Código Civil de 1984 establece que *La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido*. Siendo, *Lucrecia Maish*

⁴⁷ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. La posesión ilegítima o precaria. En: Themis Revista de Derecho, editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 4, Segunda Época. 1986. p 59.

Von Humboldt quien la consideró en el artículo 80 de su proyecto y así ha sido recogida por el artículo 911⁴⁸.

17. La posesión precaria es la que ha suscitado una serie de disquisiciones, debates y posiciones contrapuestas, pues su definición no es pacífica; sin embargo, lo que sí debe quedar claramente establecido, es que la posesión precaria se encuadra en lo que el Código Civil de 1984 establece como posesión ilegítima, porque es la que se ejerce sin título o porque su título ha fenecido.

18. Siendo ello así, la posesión precaria, es un supuesto específico de posesión ilegítima, que ha logrado su consagración legislativa en el artículo 911 del Código Civil, luego de un largo desarrollo jurisprudencial, como lo veremos en el punto siguiente.

5.2. EL CONCEPTO DE PRECARIO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1912

19. Si bien la posesión precaria, como lo hemos señalado precedentemente, no tiene antecedentes en los cuerpos normativos civiles; si lo tiene en la norma procesal anterior, concretamente en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, que en su artículo 970, señala que *Hay acción de desahucio para recuperar bienes sujetos en los casos de los artículos 1002, 1006 y 1174 del Código Civil, sin necesidad de juicio anterior en que se declare el comiso o la conclusión o pérdida de la enfiteusis o de las servidumbres mencionadas. Hay también acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión.*

20. Es a partir de la interpretación de la norma antes reseñada, por parte de la judicatura nacional, que empieza a desarrollarse jurisprudencialmente el concepto de precario, y que por cierto, produjo una dispar jurisprudencia, al punto que, como lo hemos precisado, la Dra. Lucrecia Maish Von Humboldt, consideró necesario plasmarla legislativamente para así encontrar la unificación de la interpretación de este concepto, que desde sus inicios, en sede nacional, ha sido fruto del desarrollo jurisprudencial de más de 80 años, y que este pleno casatorio acertadamente ha desarrollado para unificar criterios.

5.3. JURISPRUDENCIA DEL USO PRECARIO ANTES DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

21. Es en base al artículo 970 del Código de Procedimientos Civiles de 1912, que se comenzó a elaborar la jurisprudencia del uso precario, pero debe tenerse en cuenta que en aquel momento, se encontraba aún vigente el Código Civil de 1852, que en su artículo 452° establecía que *Posesión es la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el*

48 ARIAS-SCREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Lima: Normas Legales. Segunda Edición. Tomo III Derechos Reales. Diciembre 2011. p 123.

ánimo de conservarlo para sí. En esta norma podemos apreciar de manera contundente la influencia de Friedrich Karl von Savigny, para quien resultaba fundamental el ánimo de poseer, por lo que nuestro primer cuerpo normativo civil se alineaba en torno a la posición subjetiva de la posesión.

22. El Código de Procedimientos Civiles de 1912, mientras estuvo vigente el Código Civil de 1852, desarrolló la siguiente jurisprudencia:

El ocupante sin título puede ser desahuciado por el que posee el bien como propietario.- A.J. 1919. Pág. 68⁴⁹.

Quien no prueba que ocupa el inmueble como arrendatario se encuentra en la condición de ocupante precario.- Procede el desahucio.- A.J. 1934, pág. 178.- R. de T. 1934, pág. 368.- Rev J. P. 1968, pág. 764⁵⁰.

El que ocupa el bien por concesión graciosa del propietario, es ocupante precario. Procede el desahucio. A.J. 1915, pág. 208⁵¹.

En esta última jurisprudencia puede notarse como es que, como lo señala Savigny, es la voluntad de quien concede la posesión, el signo distintivo de ésta.

23. Nuestra evolución normativa en el Código Civil de 1936, consagra legislativamente el artículo 824º, el cual establece que *es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos.* Es a partir de esta norma que nuestro sistema se adscribe a la corriente objetiva de la posesión, cuyo referente fue Caspar Rudolf von Ihering, al considerar que es el ejercicio de hecho y no el ánimo de poseer, el signo distintivo de la posesión.

24. El Código de Procedimientos Civiles de 1912, mientras estuvo vigente el Código Civil de 1936, desarrolló la siguiente jurisprudencia:

Procede el desahucio por ocupación precaria contra el que ocupa un inmueble sin título alguno y, además, anteriormente fue vencido en un juicio de reivindicación del mismo bien.- Rev Jurid. 1961, N° 1, pág 31⁵².

Si el demandado no prueba que paga merced conductiva, se encuentra en la condición de ocupante precario, contra quien procede el desahucio.- “El Peruano”, 5 Nov. de 1952.- A.J. 1966, pág. 118⁵³.

⁴⁹ GUZMAN FERRER, Fernando. Código de Procedimientos Civiles. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores. Cuarta Edición. 1982. p 1002.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² GUZMAN FERRER, Fernando. Op., cit., p 1001.

⁵³ GUZMÁN FERRER, Fernando. Op., cit., p 1002.

Es ocupante precario el que ocupa una casa-habitación, que estuvo alquilada a otra persona, sin mediar contrato de arrendamiento, ni pagar merced conductiva.- A.J. 1947, pág. 243.- Rev. del F. 1959, N° 3, pág. 718⁵⁴.

Es precario el que ocupa un inmueble sin título ninguno y sin pagar merced conductiva, aunque invoque a su favor la donación del mismo, si ésta no consta de escritura pública.- Rev. J. P. 1962, pág. 331; 1967, pág. 941⁵⁵.

25. En la jurisprudencia reseñada, se hace evidente que ya no es la sola voluntad la que distingue el ejercicio de la posesión, sino que es el ejercicio de hecho, y un elemento adicional, que resulta importante en la concepción de precario que hoy tenemos regulada, el “Título”, concepto que desarrollaremos a continuación.

VI. TÍTULO

26. El tema en debate en la posesión precaria, el sustento del mismo, se centra particularmente para nosotros, en lo que entendemos por “Título”, y para ello nos vamos a referir a una serie de definiciones, empezando por la que establece el lenguaje español en el Diccionario de la Lengua Española⁵⁶, el cual utilizamos una gran mayoría de peruanos, y en donde el título puede entenderse tanto como la causa, razón o motivo de algo, así como el documento jurídico que otorga un derecho.

27. En el lenguaje jurídico, *Título*^{57,58} puede entenderse como causa, razón o motivo jurídico, y lo apreciamos cuando nuestro ordenamiento entiende que el título es el fun-

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ GUZMÁN FERRER, Fernando. Op., cit., pp 1002 a 1003.

⁵⁶ **Título:** (Del lat. *titulus*). *m. Palabra o frase con que se da a conocer el nombre o asunto de una obra o de cada una de las partes o divisiones de un escrito. // 2. Renombre o distintivo con que se conoce a alguien por sus cualidades o sus acciones. // 3. Causa, razón, motivo o pretexto. // 4. Documento jurídico en el que se otorga un derecho o se establece una obligación (...).* Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. España: Mateu Cromo Artes Gráficas S.A. Vigésimo Segunda Edición. Tomo 10. 2001. p 1483.

⁵⁷ **Título:** *Origen. Causa. Razón. Motivo. Pretexto // Instrumento o diploma que acredita la legitimidad de una profesión // Origen o fundamento jurídico de un derecho, potestad u obligación, y demostración fehaciente del mismo. // Por ejemplo, los testimonios de las escrituras públicas de dominio debidamente inscritas en los Registros Públicos, constituyen título de propiedad legítimo para su dueño. // Documento en el cual consta una obligación de carácter mercantil. // Para Capitant, es causa o fundamento jurídico de un derecho, por ejemplo: acto a título oneroso o a título gratuito; justo título, título de nobleza. En otra acepción, según el mismo autor, dicese del documento escrito redactado con el fin de consignar un acto jurídico o un acto material que puede producir efectos jurídicos (...).* FLORES POLO, Pedro. Diccionario de Términos Jurídicos. Lima: Marsol Editores S.A. Volumen 4. 1987. pp 344 a 345.

⁵⁸ **Título:** *Palabra o frase que da a conocer algo. Renombre adquirido por acciones especiales. / Origen, causa, razón. / Pretexto, excusa. / Instrumento, documento, diploma que acredita determinados estudios, la legalidad de la profesión o la de un nombramiento. / En términos legislativos, una de las principales divisiones de los cuerpos legales; que suele seguir a los libros en importancia y atender a los capítulos (v.). / Fundamento de un derecho u obligación. / Documento que prueba una relación jurídica. / Demostración auténtica del derecho con que se posee. / Dignidad nobiliaria. / Persona que la ostenta. / Documento que acredita una deuda pública o valor mercantil (...).* CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Heliasta. Vigésimo Novena Edición. Tomo VIII. 2006. p 112.

damento jurídico por el que se alega algo, ergo, la justificación jurídica del mismo invocada por el sujeto de derecho, no solo es el documento, que es otra de las acepciones de título; lo cual debemos tener como premisa, para una adecuada interpretación del artículo 911 del Código Civil, y que deberá ser analizado por los magistrados cuando les corresponda impartir justicia en el caso a resolver, a propósito de las pretensiones de desalojo por ocupación precaria, teniendo como base a las categorías generales que presentamos a continuación.

6.1. HECHO JURÍDICO

28. Todo hecho no es relevante para el derecho, para ello se requiere que éste haya sido apreciado por nuestro ordenamiento jurídico, y en razón de ello *la juridicidad de un hecho se plantea, (...) generalmente en relación estrecha con la existencia de una norma*⁵⁹.

29. De esta manera *el modelo del hecho jurídico en sentido estricto se da, con seguridad, en todos los casos en los cuales se toman en consideración solamente eventos naturales o, bien se toman, indiferentemente, eventos naturales y comportamientos humanos*⁶⁰. Siendo ello así, debemos tener en cuenta que un hecho jurídico es un acaecimiento, la producción de un evento, algo que sucede pero que tiene consecuencias jurídicas.

6.2. ACTO JURÍDICO EN SENTIDO ESTRICTO

30. Corresponde precisar que *en el acto jurídico en sentido estricto sería necesario, como también suficiente, que se quiera ejecutar el comportamiento como tal. Sería relevante la mera voluntariedad del acto y no el fin jurídico (“el propósito”) para el cual se le ejecuta*⁶¹. El acto jurídico en sentido estricto tiene como base a la voluntad de realizar el mismo, pero es independiente del efecto jurídico que se busca.

31. No todos los actos jurídicos son negocios jurídicos, desde que aquellos producen sus efectos con independencia de lo que las partes buscan.

6.3. NEGOCIO JURÍDICO

32. Los negocios jurídicos están *caracterizados por el propósito (en el sentido de que para el derecho es relevante, a más del evento y la voluntariedad del comportamiento, el fin práctico que el sujeto pretende)*⁶².

33. Un negocio jurídico constituye la autorregulación de intereses de las partes, que se produce no solo por la mera voluntariedad del comportamiento de éstos para celebrar-

⁵⁹ BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BRECIA y otros. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia. Tomo I, Volumen 2 Hechos y Actos Jurídicos. Traducción Fernando Hinestrosa. p 563.

⁶⁰ BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BRECIA y otros. Op., cit., p 575.

⁶¹ BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BRECIA y otros. Op., cit., p 578.

⁶² BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BRECIA y otros. Op., cit., p 572 a 573.

los, sino que además de plasmarse en cuanto tal, buscan un propósito, que es el efecto recogido por el ordenamiento jurídico.

34. De esta manera, *los actos jurídicos en sentido estricto tienen lugar cuando no hay negocio. Se trata de actos voluntarios –no hechos– (que producen efectos jurídicos) y hay negocio cuando el autor o autores declaran su voluntad, a efectos de autoregular sus propios intereses, con la consecuencia de crear (modificar o extinguir) o regular relaciones jurídicas*⁶³.

35. En atención a lo expuesto, consideramos que los jueces de mérito deben propender a realizar un meditado análisis de las categorías jurídicas previamente reseñadas, para establecer si la posesión que ejerce la parte demandada en un proceso de desalojo por ocupación precaria, se sustenta en un título posesorio o si este ha fenecido. Ello no implica un pronunciamiento sobre la prevalencia o ineficacia del mismo, salvo que se trate de nulidades manifiestas o que dentro del mismo proceso pueda determinarse la falta de idoneidad del título, sin desnaturalizar la vía procedimental sumarísima.

VII. ACUMULACIÓN

36. Las normas de acumulación de pretensiones, la verdadera acumulación, así como de reunión de sujetos procesales, desarrollada a través del instituto del litisconsorcio, se encuentran previstas a partir de los artículos 83 y siguientes del Código Procesal Civil.

37. La acumulación de pretensiones, es en suma la reunión de pretensiones sobre la base de la conexidad de estas, conforme lo establece el artículo 84 del Código Procesal Civil, pues *se requiere de un factor de relación entre las distintas pretensiones para que éstas puedan ser reunidas o acumuladas*⁶⁴.

38. De esta manera, la conexidad se aprecia en la misma estructura de la pretensión, tanto en su objeto, el pedido concreto de aplicación, como la causa de pedir de ésta, que estará constituida por los fundamentos que cada sujeto procesal sustenta en base a su pedido.

39. En el caso del proceso de desalojo por ocupación precaria, teniendo en cuenta que el objeto del proceso se centra en determinar respecto a la parte demandada, la existencia de título que justifique la posesión o su ausencia, o si teniendo título éste ha fenecido; corresponde a la judicatura rechazar de plano todo pedido de acumulación que pretenda ser deducida en autos por parte del demandado, más aún cuando nos encontramos en un proceso cuya tramitación se realiza en la vía sumarísima, que está destinado a atender asuntos que no requieren de mayor complejidad, por ende no están previstas mayores actuaciones procesales, razón por la cual este instituto procesal debe ser rechazado al pretenderse incluir en el objeto del proceso de desalojo por ocupación precaria, controversias ajenas a lo que hemos reseñado precedentemente.

⁶³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Acto Jurídico Negocial. Lima: Gaceta Jurídica. Abril de 2008. p 41.

⁶⁴ MATHEUS LOPEZ, Carlos. Parte, Tercero, Acumulación e Intervención Procesal. Lima: Palestra. 2001. p 67.

VIII. DEFENSA POSESORIA

40. El derecho a la posesión, también puede ser objeto de tutela a través de las llamadas defensas posesorias, nos referimos a los interdictos de recobrar así como a los interdictos de retener; vencido el plazo de prescripción de un año, luego de producido el hecho que fundamenta la demanda, previsto en el artículo 601 del Código Procesal Civil, sin haberse ejercitado la acción interdictal, el poseedor tiene expedito su derecho para promover las acciones posesorias.

41. Estimamos, que luego de vencido el plazo antes señalado, quien ha sido despojado, podrá iniciar otro proceso, incluyendo el desalojo por ocupación precaria, teniendo en cuenta que ahora deberá acreditar como parte demandante, su derecho a poseer en tanto que deberá establecerse en el proceso si el demandado tiene título o no, o si su título ha fenecido, para justificar la posesión que ostenta.

42. Se considera pertinente mencionar, que quién promueve un proceso de desalojo por ocupación precaria debe estar premunido de alguna de las calidades previstas en el artículo 586 del Código Procesal Civil, es decir demostrar que tiene derecho a la restitución del bien, y como se ha referido con anterioridad, alegar que la parte demandada carece de título justificativo de la posesión que exhibe.

43. Negar lo anterior, es decir, sostener que no es viable promover un proceso de desalojo en estos casos, daría lugar a limitar de manera inconstitucional el derecho de acción de los justiciables, en su contenido de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, vulnerándose el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, desnaturalizando la esencia de un Estado Constitucional de Derecho como es el caso del Perú; asimismo, se estaría inaplicando el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual establece de manera taxativa que *Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso*, norma que constituye el desarrollo legal de la previsión constitucional antes precisada.

44. En esa misma línea de pensamiento, reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, sostiene que uno de los contenidos del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, conforme lo ha establecido en el fundamento jurídico 08 de la STC 763-2005-AA/TC, el cual precisa que *cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura prima facie, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, se sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un procedimiento cualquiera que sea su resultado.*

S.
ARANDA RODRÍGUEZ

Leslie Sotelo Zegarra
Secretaria de la Sala Civil Permanente
de la Corte Suprema de Justicia de la República

La Secretaria que suscribe certifica que el voto en minoría de los señores jueces supremos Ponce de Mier; Valcárcel Saldaña; Miranda Molina y Chaves Zapater es como sigue:

Quienes suscriben este voto en minoría expresamente hacen constar que concuerdan con la parte resolutive de la sentencia del presente Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República en cuanto declara infundado el recurso de casación interpuesto por doña Mirna Lisbeth Panduro Abarca consecuentemente no casa la resolución de vista obrante de fojas 610 al 611 de fecha 08 de abril de 2011 expedida por la Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali y lo determinado en el literal a) del Fallo; en tanto que no concordamos con los puntos que establecen doctrina jurisprudencial vinculante ni con las consideraciones pertinentes que la sustentan, conforme a los siguientes fundamentos:

I. CUESTIONES PRELIMINARES.

A. El procedimiento predeterminado por ley

Nuestra Constitución reconoce este derecho fundamental en el artículo 139 inciso 3 en cuanto dispone: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos.”

A su turno, nuestro Código Procesal establece normas que determinan expresamente la vía procedimental para los asuntos o litigios, dependiendo de la naturaleza de la pretensión o su cuantía, pero al mismo tiempo contiene normas flexibles que permiten al Juez adecuar la vía procedimental, siempre que considere atendible su empleo.

El proceso judicial, en principio, es unitario; constituye un conjunto de actos que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado; no obstante, atendiendo a la finalidad de la pretensión que constituye su objeto o a la complejidad o urgencia de tutela del derecho material, los procesos contenciosos se clasifican en: a) Proceso de declaración o de conocimiento; b) Proceso de ejecución y c) Proceso cautelar.

Para Lino Enrique Palacio⁶⁵, el proceso de declaración, llamado también de conocimiento o de cognición, persigue que el órgano jurisdiccional declare la existencia o inexistencia de un derecho (o derechos) sustantivo (una relación jurídica sustancial o

⁶⁵ Cfr.: PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil, Tomo I*. Segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990; pp. 304 y ss.

una relación jurídica) invocada en la demanda por el actor; persigue, por tanto, eliminar la incertidumbre que obstaculiza o traba el ejercicio regular de aquel derecho sustantivo, o la efectividad o consecuencia de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, brindando la seguridad jurídica que no existe o existe precariamente en las relaciones humanas, con relevancia para el derecho.

Como sostiene Monroy Gálvez⁶⁶, la intervención de un Juez en un proceso de conocimiento es más o menos amplia, dependiendo de la naturaleza del conflicto de intereses y de la opción del legislador de conceder más o menos posibilidades de actuación al Juez y a las partes, siendo que esta variación determina precisamente la existencia de distintas clases de procesos de conocimiento: a los más amplios se les denomina *de conocimiento propiamente dichos*, a aquellos en los que los plazos se han reducido se les conoce como *abreviados*, y a los procesos en los que el debate se reduce a la prueba de uno o dos hechos específicos reciben el nombre de *sumarísimos*.

En el proceso de ejecución no se discute la existencia o inexistencia de un derecho; por el contrario, existe un derecho cierto o presumiblemente cierto contenido en los llamados títulos de ejecución, sean estos de naturaleza judicial (sentencia o laudo arbitral firme) o extrajudicial (como la letra de cambio o el pagaré), a los cuales la ley concede la ejecución forzada, sin que sea necesaria la previa declaración positiva de certeza.

Finalmente, el proceso cautelar tiene por finalidad obtener de la prestación jurisdiccional que se adopten medidas para conservar o preservar la situación de hecho o de derecho mientras el órgano jurisdiccional dicte sentencia final, previniendo así los posibles daños que se pudieran causar debido a la demora en la composición del litigio. Agrega en este punto Lino Enrique Palacio, citando a Liebman, que: “La función que el juez cumple en esta clase de procesos no es ajena, desde luego, a todo conocimiento. No se trata, sin embargo, de un conocimiento sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sino de un conocimiento periférico o superficial tendiente a formular un pronunciamiento de simple probabilidad acerca de la existencia del derecho que se discute en el proceso principal.”⁶⁷

B. El proceso de conocimiento o de cognición

Nuestro Código Procesal Civil vigente adoptó la precitada clasificación de los procesos contenciosos en conocimiento, de ejecución y cautelar. Particularmente, respecto del proceso de conocimiento previó una sub clasificación, atendiendo a la necesidad, complejidad y urgencia de las materias sometidas a la jurisdicción, de tal manera que dicho proceso comprende: b.1) el proceso de conocimiento propiamente dicho; b.2) el proceso abreviado; y, b.3) el proceso sumarísimo.

⁶⁶ Cfr.: MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Primera edición, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2007; p. 273.

⁶⁷ PALACIO, Lino Enrique. Ob.Cit.; p. 308.

b.1. El proceso de conocimiento propiamente dicho: Se distingue por ser el más completo, así como por la amplitud de los plazos previstos para cada una de las actuaciones procesales, concediendo un amplio margen para la acreditación de los hechos alegados por las partes, en atención a la naturaleza compleja de las pretensiones que se discuten o a su alta estimación patrimonial.

Según el artículo 475° del Código Procesal Civil, modificado por Ley 29057, acceden al proceso de conocimiento los asuntos contenciosos que: 1) No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el Juez considere atendible su tramitación; 2) la estimación patrimonial del petitorio sea mayor de mil Unidades de Referencia Procesal; 3) son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible su procedencia; 4) el demandante considere que la cuestión debatida solo fuese de derecho; y, 5) los demás que la ley señale.

b.2. El proceso abreviado: Se caracteriza, precisamente, por la abreviación o reducción de los plazos, así como de las actuaciones procesales, en razón a la menor complejidad de las causas tramitadas en esta vía o su reducido valor económico.

Acceden al proceso abreviado, según lo dispuesto en el artículo 486 del mismo cuerpo normativo, también modificado por Ley 29057, los siguientes asuntos contenciosos: 1) Retracto; 2) título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación de áreas o linderos; 3) responsabilidad civil de los Jueces; 4) expropiación; 5) tercería; 6) impugnación de acto o resolución administrativa; 7) la pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de cien y hasta mil Unidades de Referencia Procesal; 8) los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el Juez considere atendible su empleo; y, 9) los demás que la ley señale.

b.3. El proceso sumarísimo: Es el proceso de cognición reducido a su mínima expresión, tanto en lo que se refiere en actuaciones procesales como a plazos, de forma tal que, inmediatamente después de concluir la etapa postulatoria, el juez se encuentra habilitado a sanear el proceso, fijar puntos controvertidos, admitir y actuar pruebas y emitir sentencia en un solo acto. Su existencia y regulación obedece a la necesidad de tutela urgente y a la escasa complejidad de las materias sometidas a jurisdicción, por tanto, está prohibido en esta vía: reconvenir, informar sobre hechos y ofrecer medios probatorios en segunda instancia, entre otros.

En atención a lo normado en el artículo 546 del acotado Código Procesal, igualmente modificado por Ley 29057, se tramitan en la vía del proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos: 1) Alimentos; 2) separación convencional y divorcio ulterior; 3) interdicción; 4) **desalojo**; 5) interdictos; 6) los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo; 7) aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal; y, 8) los demás que la ley señale.

C. El desalojo como proceso sumarísimo

Entre otras pretensiones, el Código de Procedimientos Civiles regulaba el llamado juicio de desahucio dentro del juicio de menor cuantía. Se asignaban como características de esta vía la reducción del término probatorio y la abreviación de los trámites para actuar las pruebas; la contestación, formulación de excepciones y reconvencción debían proponerse solo en el acto de comparendo, expidiéndose sentencia por el juez dentro de los diez días posteriores a su celebración.

Entendemos que el hecho de que el legislador hubiera regulado del juicio de desahucio dentro del proceso de menor cuantía encontraba su razón de ser en la finalidad concreta que perseguía: recuperar el uso del bien por quien lo entregó, ya sea en virtud de un contrato de locación conducción, o en virtud a un usufructo, o por simple acto de liberalidad transitoria o de amistad, revocable a voluntad de quien lo entregó. La falta de entrega o devolución del bien por la persona obligada o requerida a hacerlo habilitaba recurrir a esta vía procesal para concretar su recuperación.⁶⁸

Las circunstancias que justificaron la regulación del juicio de desahucio dentro del llamado juicio de menor cuantía no han variado sustancialmente; por el contrario, se reafirmaron con la promulgación del actual Código Procesal Civil, que considera al proceso de desalojo dentro del proceso sumarísimo, caracterizado por incorporar en un solo acto (audiencia única) las principales actuaciones procesales, como son la conciliación, la resolución de excepciones, el saneamiento, la fijación de puntos controvertidos, la resolución de cuestiones probatorias, la actuación de pruebas y la emisión de la sentencia final.

Como en el caso regulado en el Código de Procedimientos Civiles, el legislador entendió que la única controversia planteada entre las partes –y no otra– era la restitución del bien por quien lo había entregado.

Nótese que la variación del texto del segundo párrafo del artículo 970° del Código de Procedimientos derogado, con el texto de los artículos 585° y 586° del Código Procesal vigente se circunscribe a la sustitución de los términos “recuperar” por “restituir”, que en puridad tienen significados sinónimos, como explicaremos más adelante, así como también expondremos los fundamentos por los cuales en este proceso no puede resolverse otra cuestión distinta a la simple recuperación o restitución del bien.

Sin embargo, para un mejor entendimiento del tema, creemos necesario desarrollar los aspectos referidos a la precariedad a través de su devenir histórico, legislativo y jurisprudencial, para así poder tener una visión completa de lo que entendemos y debe entenderse acerca del desalojo por la causal de ocupación precaria.

⁶⁸ Cfr.: PINO CARPIO, Remigio. *Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles, Tomo IV*. Tipografía Peruana S.A., Lima, 1965; p. 43.

II. EL PRECARIO

A. En el derecho romano.-

En su primera fase evolutiva, la figura del precario se desenvuelve en el seno de la “clientela”⁶⁹ y la organización social de la “gens”. Así, se presentaba como la concesión que el patrono hacía de determinadas extensiones de terreno que estaban bajo su posesión directa, sin que se requiera del cliente canon o tributo como pago o contraprestación por lo que recibía del patrono, aunque el transferente reservaba su potestad revocatoria, la cual podía darse en cualquier momento. Precisamente la palabra *precarium* proviene de *preces* que significa “ruego”, pues el patrono daba la concesión o permiso para ocupar las tierras a ruego del cliente. Como refiere Aníbal Torres Vásquez respecto del precario, citando a Albaladejo, “específicamente se designa con este nombre a la posesión concedida a otro por alguien con reserva del derecho de revocarla a su voluntad.”⁷⁰

Entonces tenemos que, para el derecho romano, la precariedad se distingue por tres características⁷¹: 1) la concesión o permiso que daba el patrono para la ocupación de sus tierras; 2) la liberalidad que implicaba el acto, al no exigirse contraprestación alguna, lo que no quiere decir que el precario no debiera fidelidad al patrono o realizara ciertos servicios a su favor; y 3) su revocabilidad, por la que se deja sin efecto la declaración de voluntad que permitía al precario el ejercicio de la posesión.

En su segunda fase, hace presencia la jurisdicción del pretor y, con ella, el surgimiento de especiales defensas para garantizar la institución del precario, que había alcanzado gran importancia debido al desarrollo del comercio y las ciudades. Estas defensas se desenvolvían en dos vías: a) La defensa a favor del concedente o *precario dans*; y, b) la otorgada a favor del precarista.

Son dos las defensas que se le reconocen a favor del concedente: i) el interdicto de precario y ii) la defensa indirecta. El interdicto de precario se ejercita para recobrar la posesión automática de aquél que se niega a reintegrar la posesión cedida⁷². De otro lado, en cuanto a la defensa indirecta, ésta se ejercía a través de la autodefensa –sin intervención del pretor–, según la cual “(...) puede el concedente ocupar, por su propia autoridad, la cosa cedida reintegrándose en la posesión material de ella, para lo cual cabe utilizar la violencia, siempre que no sea mediante la fuerza armada (...).”⁷³

⁶⁹ Extranjeros voluntariamente sometidos al ejército beligerante o acogidos en Roma bajo protección de la *gens* o siervos anunitidos.

⁷⁰ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Derechos Reales, Tomo I*. IDEMSA, Lima, 2006; p. 388.

⁷¹ Cfr.: MORENO MOCHOLI, Miguel. *El precario*. Segunda edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1976; p. 60-65.

⁷² “Pero hay que tener en cuenta que se concedía no solo al primitivo *precario dans*, sino a cualquiera adquirente posterior. Y en este caso no es acertado considerar el interdicto como recuperatorio, porque el que reclama no había tenido nunca la cosa.” Ibidem, p. 75.

⁷³ MORENO MOCHOLI, Miguel. Ob.cit.; p. 86.

Por su parte, la defensa del precarista descansaba básicamente en los llamados interdictos *retinendae possessionis* y *recuperandae possessionis*, que se ejercitaban ya sea para retener la posesión o para recuperarla⁷⁴. Entre los primeros encontramos al interdicto *uti possidetis*, que impedía la perturbación violenta de la posesión; y así también tenemos el interdicto *utrubi*, destinado a retener la posesión de las cosas muebles. Entre los interdictos de recobrar citamos al interdicto *unde vi*, para repeler el despojo violento que se produjera sin armas, y finalmente el interdicto de *vi armata* para efectos de repeler el despojo valiéndose de las armas, solo en el caso que éstas se hubieran empleado para despojarlo. Por su particularidad, este último interdicto no solo podía ejercitarse contra el *precario dans*, sino también contra terceros.

B. En el derecho moderno

Señala Miguel Moreno Mocholi⁷⁵ que son dos los periodos que pueden distinguirse en esta etapa: 1) el periodo previo a la Codificación, que abarca una serie de disposiciones propias del Medioevo, pasando por las Ordenanzas Reales de Castilla hasta la Novísima Recopilación, en las que la figura del precario se diluye en figuras de tipo señorial en los que predomina la sumisión y el vasallaje; y, 2) así también se distingue el periodo de la Codificación, en donde se delinea la figura de lo que hoy conocemos como precario, como triunfo de la Revolución Francesa y subsecuente caída de las monarquías, y que supuso la abolición radical de las normas señoriales heredadas de la edad media (superioridad del señor frente al siervo), situando a ambos protagonistas en un mismo plano. No obstante, los códigos modernos no regularon expresamente la figura del precario o lo redujeron al papel de una modalidad contractual derivada del comodato.

En el Código Napoleónico la entrega en uso de un inmueble se reguló a través de la figura del comodato, en el que igualmente se dejaba a salvo la facultad del comodante a exigir la devolución del bien y la obligación del comodatario de devolverlo, y que en este caso el incumplimiento tornaba en precario al ocupante. Colin y Capitant, sin embargo, distinguen la figura del precario de la posesión precaria, que ejercía el colono, depositario y usufructuario, quienes poseen a nombre del arrendador, depositante y nudo propietario, respectivamente, reconociendo inclusive tal precariedad en los concesionarios del dominio público.⁷⁶

C. En el derecho comparado

Como bien refiere Gonzales Barrón⁷⁷, los principales Códigos Occidentales no regulan de forma específica la posesión precaria y más bien se ha querido incorporar esta

⁷⁴ Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo. La posesión. Editorial Temis Librería, Bogotá, 1983; pp. 258-262.

⁷⁵ Cfr.: MORENO MOCHOLI, Miguel. Ob.cit., pp. 284-289.

⁷⁶ Ibidem; pp. 290-291.

⁷⁷ GONZÁLES BARRÓN, Gunther. Los vaivenes jurisprudenciales sobre el precario. En: http://www.derechocambiosocial.com/revista022/precario_y_sus_vaivenes.pdf; p. 8.

figura en el contrato de comodato a través de la concesión en uso de un inmueble con carácter revocable.

El Código Civil Italiano considera que el precario se origina por licencia del concedente, y tiene carácter revocable.

En el Código Civil Español se regula al comodato como el préstamo en uso de un bien no fungible a título gratuito. El comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución.

El Código de Portugal también se refiere al comodato con similares características del Código Español (incluida la revocación en cualquier momento).

El Código de Austria ha precisado que solo en el caso de indeterminación en el plazo de comodato se configura un préstamo precario.

El Código Alemán sigue la misma tónica de los Códigos comentados.

En este lado del continente, el Código Civil Argentino regula igualmente la figura del precario dentro del comodato, señalando que el mismo se configura cuando no se pacta su duración ni el uso que se le dará a la cosa, en cuyo caso el comodante puede solicitar la restitución de la cosa cuando quisiera.

En el mismo sentido, en el Código Chileno entiende por precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución, constituyéndolo igualmente la tenencia de las cosas ajenas sin contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.⁷⁸

Para el Código de Colombia, el comodato se torna en precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier momento. Así también constituye precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Gonzales Barrón, luego de analizar referencialmente los Códigos Italiano, Español, Argentino y Chileno, llega a la conclusión que la figura del precario en el derecho romano ha perdurado hasta el derecho moderno, con algunas variantes, y en tal sentido, “(...) está claro que antes y ahora el precario es un poseedor que goza de la posesión

⁷⁸ La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile ha entendido la mera tolerancia como “la exclusiva indulgencia, condescendencia, permiso, aceptación, admisión, favor o gracia”; así también considera que la ignorancia no debe darse con respecto a la tenencia en sí sino respecto de su calificación jurídica, para lo cual había de considerar el grado de instrucción de quien demanda, pues el Diccionario de la Real Academia define el término ignorancia como “la falta de instrucción y noticias”. Finalmente, la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato no solo considera la carencia de estos actos jurídicos, sino de todo título o antecedente que justifique la tenencia. (Cfr.: LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel. *Algunas consideraciones sobre el precario en la jurisprudencia*. En: Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins Ars Boni et Aequi, Año 4, N° 8, Santiago de Chile, 2008; p. 93-94.)

en virtud a una liberalidad, por tolerancia o simple licencia del concedente, y que está obligado a devolver el bien al primer requerimiento”.⁷⁹

III. PRECARIO Y COMODATO

Pudiera afirmarse que la precariedad es una modalidad del comodato⁸⁰, en cuanto ambos se caracterizan por ser actos gratuitos, cuya finalidad o destino es el goce o disfrute de la cosa ajena sin pago o contraprestación. Es cierto que aquellas son sus similitudes, pero en realidad pueden darse sutiles diferencias entre uno y otro. La primera de ellas es que, a diferencia del comodato, cuyo plazo de duración puede ser determinado o indeterminado, ya por convención de ambas partes o por el cese de la situación que dio origen a la relación jurídica entre aquellas, el plazo de la precariedad es ciertamente indeterminado y está sujeto a la voluntad del dueño o propietario, quien con el solo ejercicio de su facultad revocatoria determina su conclusión.

La segunda y más significativa de las diferencias se configura con respecto al destino específico que se le atribuye al bien cedido. En el comodato este destino se encuentra definido, es decir, se encuentra establecido el uso concreto y determinado que se le dará al bien inmueble. En la precariedad, la entrega del bien tiene como destino genérico su ocupación, sin que el dueño o propietario asigne al ocupante un uso o destino específico.

Así lo ha establecido el Tribunal Supremo Español en su Sentencia del 02 de octubre del 2008, cuando al resolver la controversia suscitada entre el propietario del inmueble y quien fuera su nuera, ahora divorciada de su hijo, que se niega a desocupar el citado bien, estableció en su segundo considerando pautas para la distinción entre las figuras del comodato y del precario, siendo las principales:

A. Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista.

B. En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar

⁷⁹ González Barrón, Gunther. Los vaivenes jurisprudenciales sobre el precario; Ob.cit.; p.9.

⁸⁰ Así se reconocía en los Códigos Civiles de 1852 y 1936, el mismo que se configuraba cuando no se ha señalado el plazo ni se ha determinado el uso que se dará al bien cedido en comodato. Al respecto, José León Barandiarán sostenía que “el llamado precario es una sub-especie del comodato, no siendo pues un contrato distinto, a diferencia del antiguo contrato de precario del derecho romano.” (Contratos en el Derecho Civil Peruano, Tomo II. Lima, 1975; p. 64).

de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes.

C. Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista.

Esta sentencia no solo establece estas pautas sino que además nos ilustra el hecho concreto de que un comodato puede tornarse en precario, lo que ocurre cuando el destino o la finalidad concreta para el cual se ha cedido la cosa ha desaparecido. En el caso resuelto por el Tribunal Supremo de España, la Sala estableció que si bien el inmueble fue cedido por el padre (propietario) al hijo para que éste lo ocupe conjuntamente con su familia como inmueble conyugal, sin embargo, al desaparecer la causa o finalidad para la cual se había cedido el inmueble –lo que tuvo lugar al concretarse el divorcio del hijo y romperse la convivencia conyugal– la situación de quien fuera nuera del propietario, e incluso la de su propio hijo, se torna en precarista, toda vez que “(...) al cesar la convivencia conyugal desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida.” Por tanto, establece como **doctrina jurisprudencial** la siguiente: “La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial.”

En tal sentido, sobrevenida la ruptura de la sociedad conyugal, la vivienda pasa a ser ocupada por la ex esposa del hijo por mera tolerancia del propietario, quien puede requerir su devolución en cualquier momento.

Por cierto, aún cuando se trate de una doctrina jurisprudencial, la misma no puede ser entendida como solución única para todos los casos posibles. Resulta de suma importancia advertir las particularidades que importan a cada caso concreto y analizar las relaciones que existen entre la parte que pretende la restitución de la posesión del inmueble y quien lo detenta efectivamente, a fin de determinar si estamos ante un precario, un comodato u otro derecho posesorio. Por ejemplo, en el caso donde la madre cedió a su hijo en uso un inmueble de su propiedad, para ser usado como vivienda familiar conjuntamente con la esposa de éste, no obstante lo cual sobrevino el resquebrajamiento de la relación conyugal, la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia del 21 de octubre del 2010, estableció que existía comodato en la posesión que detentaba la nuera, en razón de que la suegra –propietaria del bien– acompañó al hijo al Juzgado el día del juicio de divorcio, conoció lo que allí se pactó y estuvo de acuerdo con ello, consistiendo en el convenio por el cual ambos cónyuges pactaron que la custodia del hijo común se llevaría a cabo en la vivienda familiar, y que se ejercería en forma compartida y alternada por los padres (el padre los fines de semana y el resto la madre), hasta

que el menor alcanzara independencia económica. Por tanto, habiéndose destinado un uso concreto al bien por un tiempo limitado, existe comodato.⁸¹

Cabe agregar que la sentencia del 02 de octubre del 2008 unificó la jurisprudencia española dispersa hasta ese momento, partiendo del análisis de la sentencia dictada por el mismo Tribunal Supremo el 26 de diciembre del 2005, en el que no solo se trató un caso similar de posesión del bien posterior a la ruptura del vínculo matrimonial, sino también se abordó el tema del comodato y la precariedad en los siguientes términos: “Ciertamente cuando nos encontramos ante una posesión concedida a título gratuito y revocable puede suceder una de estas dos posibilidades:

1ª Que exista una auténtica relación contractual que justifica la posesión; deben aplicarse los efectos que el Código civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicarse el artículo 1750 del Código Civil, sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749º del Código Civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente. Pero hay que tener en cuenta que la relación contractual debe constar de forma clara, aunque puede deducirse también de los actos tácitos de las partes. Pero si cuando cesa este uso, el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista.

2ª Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario, que la sentencia de 30 de octubre de 1986 define como el ‘[...] disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella’, por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño. Por lo tanto, cuando exista un contrato, que debe probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de este contrato; a falta de prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario.”

Veremos más adelante que este razonamiento postulado por el Tribunal Supremo de España respecto de la conversión de la figura de comodatario en precario nos ayudará a interpretar los alcances del artículo 911 del Código Civil, particularmente en cuanto a al extremo que concibe la precariedad como feneamiento del título para poseer.

IV. EL PRECARIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO CIVIL.

A. El Código de Procedimientos Civiles.

La figura del precario aparece específicamente regulada por primera vez en el artículo 970º del derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, referido a la acción de desahucio con el siguiente texto:

⁸¹ Cfr.: ALONSO SAURA María Pilar y Francisco CARRILO VINADER. “Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia. Especial consideración del desahucio por precario”. En: Revista Jurídica Región de Murcia, N° 40, Fundación Mariano Ruiz-Funes, Murcia, España, 2010; pp. 106-107.

Artículo 970. *Hay acción de desahucio para recuperar bienes sujetos a enfiteusis, usufructo, uso o habitación en los casos de los artículos 1902º, 1906º y 1174º del Código Civil⁸², sin necesidad de juicio anterior en que se declare el comiso o la conclusión o pérdida de la enfiteusis o de las servidumbres mencionadas.*

*Hay también acción de desahucio para **recuperar** bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión.* [el resaltado y subrayado es nuestro]

Remigio Pino Carpio sostiene que la precariedad a la que alude la segunda parte de este artículo se refiere “(...) a la tenencia sin título, proveniente de un acto de liberalidad o de amistad de su propietario y por tanto revocable en cualquier momento, razón por la que el tenedor no tiene ningún derecho para continuar su uso. Si esta no fuera la estricta interpretación del caso en cuestión, no se explicaría la existencia de la segunda parte del numeral, pues bastarían los arts. 952,953 y la primera parte del que estudiamos para cubrir todos los casos en que, conforme a los citados numerales procede el desahucio”.⁸³

Similar interpretación ha dado Francisco Velasco Gallo, para quien la precariedad a la que se refiere la norma procesal es la que ejerce el ocupante “(...) que sin título y reconociendo la propiedad de otro, se introduce en un bien ajeno sin pagar pensión”.⁸⁴

Por su parte, la jurisprudencia⁸⁵ recaída en el juicio de desahucio por precario se encargaría de perfilar aún más este concepto. Así se afirmó por ejemplo que: “El concepto de uso precario a que se refiere la segunda parte del art. 970 del C. de P. C. es de ocupante sin título ninguno, con asentimiento tácito del dueño, sin pagar merced conductiva”. Igualmente se ha dicho que: “El uso precario a que se refiere la segunda parte del art. 970 del C. de P. C. supone la preexistencia de un uso idóneo, del que deriva precisamente la precariedad. En consecuencia, si no ha habido transmisión de aquél derecho, sino más bien desposesión clandestina o de facto, no es la acción de desahucio por ocupación precaria la que debe hacerse valer”. En el mismo sentido se

⁸² Se refería al Código Civil de 1852.

⁸³ PINO CARPIO, Remigio. *Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles, Tomo IV*. Tipografía Peruana S.A., Lima, 1965; p. 91. El mismo autor refería, como ejemplo, que no procedía plantear una demanda de desahucio por precario por quien había adquirido un bien arrendado, sosteniendo que: “(...) en nuestros estratos judiciales, es de todos los días ver cómo se invoca como causal para el desahucio la tenencia precaria, sin más que por el hecho de que el actor, que ha comprado el predio locado alega no tener vinculación con el locatario que fue del vendedor. Respecto del demandado, asimismo se ve que este, ante la causal de tenencia precaria invocada por el actor como derivada de la compra que ha efectuado, opone la simulación de la venta. Como veremos al estudiar el art. 970, la causal de tenencia precaria no puede generarse por la compra del predio locado; y tratándose de la simulación alegada por el demandado, no puede ventilarse en el juicio de desahucio, tanto porque se trata de una acción que debe seguirse en la vía ordinaria, cuando porque es extraña al juicio especial que nos ocupa.” (Ibidem; p. 44)

⁸⁴ VELASCO GALLO, Francisco. *Derecho Procesal Civil. Juicios Especiales y Procedimientos No Contenciosos*. Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1976; p. 124.

⁸⁵ Véase diversa jurisprudencia sobre la noción de precariedad a la luz del Código de Procedimientos Civiles en: GUZMAN FERRER, Fernando. *Código de Procedimientos Civiles, Tomo II*. Editorial Científica S.R.L., Lima, 1986; pp. 999-1002.

ha dicho que: “El que ocupa el bien por concesión graciosa del propietario es ocupante precario. Procede el desahucio”, y así también: “En los casos de desahucio por ocupación precaria, sin pagar pensión, no es el demandante quien debe acreditar este hecho, sino el demandado quien debe probar la existencia del vínculo contractual o de otra naturaleza que justifique la ocupación del bien”.

A su turno el artículo 971° del mismo Código de Procedimientos refería que la acción para la recuperación de bien ocupado en precario correspondía al propietario, a los depositarios judiciales y a los administradores de los bienes ajenos. Así también, como única pretensión que podía oponer el demandado dentro del proceso encontrábamos al pago de mejoras regulado en el artículo 974, no pudiendo resolverse cuestiones distintas a la materia que constituye su objeto, que no es otro que recuperar la posesión inmediata de la cosa por quien lo entregó; aún cuando el emplazado alegue detentar derecho de propiedad o de posesión sobre el inmueble, toda vez que tales derechos debían ventilarse en los juicios de reivindicación, mejor derecho de propiedad o de posesión o a través de los interdictos, entre otros.⁸⁶ Finalizado el juicio de desahucio, la parte vencida podía contradecir la sentencia en la vía ordinaria, según lo informa el artículo 973, en concordancia con el artículo 1083, alegando únicamente cuestiones de puro derecho, sin que proceda la restitución de la cosa (en caso de ampararse la demanda), sino únicamente el pago de una indemnización a su favor.⁸⁷

Teniendo en cuenta estas premisas básicas derivadas del desarrollo doctrinario y jurisprudencial, podemos afirmar que el derogado ordenamiento procesal reconocía al precario como la concesión expresa que hacía el propietario o el que hacía sus veces, respecto de un inmueble, para que determinada persona lo ocupe, y que se caracteriza por ser gratuito y revocable.

B. El Código Civil de 1936

A diferencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, el Código Civil de 1936 no hizo mención al precario en sí, salvo en la figura del “comodato precario” regulado en el artículo 1594°, que señalaba:

Artículo 1594. Cuando no se ha determinado el objeto del uso ni su duración, ni aquél resulte determinado por la costumbre, puede el comodante, a su arbitrio, pedir que se le devuelva la cosa prestada.

José León Barandiarán consideraba que la figura del precario regulada en este artículo era, en efecto, una sub-especie de comodato, toda vez que “(...) se ha entregado la cosa

⁸⁶ Cfr.: PINO CARPIO, Remigio. Ob.Cit.; p. 43-44.

⁸⁷ El mismo Pino Carpio señala que: “El actor que ha triunfado en el Juicio de Desahucio o en el Aviso de Despedida, solo ha recuperado el uso de la cosa que le es propia o el uso a que tiene derecho, por lo que, con ello, no ha arrebatado al demandado nada de su patrimonio. De aquí que sería írrito el que, si el locatario triunfa en la acción contradictoria, se dispusiera la restitución de la cosa, la que solo cabe respecto de bienes patrimoniales.” Ibidem; p. 95.

para que la use ciertamente el comodatario, y no en forma indefinida (si no, no se estaría dentro de la configuración estructural del comodato); pero no se ha especificado nada, como ocurre en el comodato ordinario, ya bien sobre la fijación de un plazo de subsistencia del contrato, ya bien acerca del uso de la cosa”. Agrega el maestro Sanmarquino que: “De ahí que lo característico de este tipo de comodato precario, estriba en esa incerteza en cuanto a la subsistencia de la posesión de la cosa por el comodatario, pues el comodante puede *ad nutum* determinar en cualquier momento su término. Ello se explica por la naturaleza gratuita de la ventaja recayente en el tenedor, y porque hay que entender que las partes, sobre todo el comodatario, entendieron que al no precisarse ni tiempo ni objeto del uso, han querido someter la relación jurídica creada a esa resolución por voluntad absolutamente unilateral del comodante. Éste, en su caso, comunicará su determinación al comodatario. Y el comodatario queda obligado de inmediato [a] la devolución de la cosa”.⁸⁸

Es de destacar que la figura normada en el artículo 1594° del Código Civil de 1936 se encontraría, por su sola ubicación en el ordenamiento, sujeta a las obligaciones que vinculan al comodante y comodatario, previstas en los artículos 1592° y 1595° del mismo Código derogado, entre otras normas reguladoras de la relación contractual establecida entre las partes. Sin embargo, el precario constituye una situación de hecho no sujeta a pacto y que, por tanto, no genera una relación jurídica, salvo la obligación de quien intenta en precario de devolver el bien una vez que sea requerida su restitución. Por tanto, al no tener origen en un contrato, no resultaría acertado considerar que la precariedad desarrollada en la doctrina encuentre su símil en el comodato precario.

C. El Código Civil de 1984.

Para reafirmar el hecho de que el comodato precario es distinto a la figura del precario en sí, el Código Civil de 1984 incorporó en el artículo 1737° una redacción similar del artículo 1594° del Código Civil de 1936, aunque con diferencias significativas⁸⁹, e independientemente incorporó la figura de la posesión precaria con el siguiente texto:

Artículo 911°. Posesión precaria.

La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.

⁸⁸ LEÓN BARANDIARIAN, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano, Tomo II*. Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1975; pp. 64-65.

⁸⁹ “**Artículo 1737°. Comodato indeterminado.** Cuando no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite.” Nótese aquí que el legislador del Código Civil de 1984, a diferencia del legislador del Código Civil de 1936, únicamente consideró la falta de acuerdo respecto de la duración del contrato para efectos de tornar el llamado comodato precario en el moderno comodato indeterminado. Para el Código derogado, el comodato precario no se configuraba solo con la falta de acuerdo respecto de la duración del contrato, sino también respecto del destino u objeto de uso del bien.

La redacción de este artículo corresponde a Lucrecia Maisch Von Humboldt y, en atención a lo referido por la citada jurista, obedeció a la necesidad de superar las polémicas doctrinarias y unificar la jurisprudencia contradictoria existente hasta ese momento en nuestros tribunales respecto de la figura del precario⁹⁰. Pero cabe preguntarnos, ¿cuál era esa jurisprudencia contradictoria dictada en materia de precariedad? Estimamos que fue aquella que comenzó a considerar al precario como la simple tenencia sin título, sin incidir en la aquiescencia del propietario, depositario o administrador del bien, según era el espíritu del Código de Procedimientos Civiles, sino considerando circunstancias en las que no mediaba entrega alguna del inmueble entre el propietario o titular del derecho y el ocupante.

Ejemplos de esa jurisprudencia la encontramos en los siguientes fallos⁹¹: “Procede desalojo por ocupación precaria contra el que ocupa un inmueble sin título alguno”. Asimismo: “Procede el desahucio por ocupación precaria contra quien ha ocupado el inmueble sin consentimiento del dueño”. Continúa señalando la jurisprudencia que: “Es ocupante precario el que ocupa una casa-habitación que estuvo alquilada a otra persona, sin mediar contrato de arrendamiento, ni pagar merced conductiva”. Finalmente: “Carece de título y es ocupante precario el marido que continúa ocupando el inmueble después de haber cesado en la administración de los bienes propios de su esposa, por autorización judicial concedida a ésta para administrarlos directamente.” Y así entre otras muchas ejecutorias que desviaron la concepción de precario concebida en el Código de Procedimientos derogado.

Pero regresando al análisis de la norma en comento, debemos referir que el texto propuesto por la destacada jurista fue el siguiente: “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha caducado.” Al incorporarse el texto propuesto al Código Civil, el legislador únicamente optó por variar el término “caducado” por “fenecido”.

Coincidimos con Julio Martín Wong Abad⁹² cuando sostiene que la redacción del artículo 911° del Código Civil vigente, lejos de concluir el debate lo inicia, toda vez que sus alcances no fueron de ningún modo esclarecidos en la Exposición de Motivos. Su redacción genérica ha conducido a las Salas Civiles del Supremo Tribunal, así como a los órganos jurisdiccionales de todas las instancias, a realizar interpretaciones de lo más variadas respecto a lo que éstas entienden como precariedad.

Decimos que adolece de una redacción genérica cuando sostiene que la posesión precaria es la que se ejerce sin título, definición que hasta cierto punto puede estimarse correcta, en cuanto se entiende que quien posee lo hace sin contar con un contrato u

⁹⁰ Cfr.: MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *De los Derechos Reales. Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de Motivos*. Editorial Desarrollo S.A., Lima, 1983; p. 71.

⁹¹ Véase en: GUZMAN FERRER, Fernando. Ob. Cit.; pp. 1002-1013.

⁹² WONG ABAD, Julio Martín. *El Precario y el Juicio de Desahucio por Precario*. Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988.

otro acto jurídico que le otorgue determinados derechos sobre el inmueble, pero no se especifica el origen de su ocupación, esto es, de quien la ha obtenido.

Autores como Héctor Lama More sostienen que la redacción propuesta por el Código Civil vigente se aparta de modo claro y concluyente de la concepción tradicional de la precariedad expuesta en la doctrina y el derecho comparado⁹³. Lama More sostiene que ello se debe básicamente al hecho de que la posesión precaria, según la propia redacción normativa, la ejerce solo aquél que posee sin título.

Permítasenos disentir de esta opinión. No cualquiera que posee sin título es precario, sino que para ser tal debe reunir determinadas características que, si bien no se precisan textualmente en la norma en comento, devienen precisamente de la interpretación histórica, doctrinaria, sistemática y teleológica de la institución del precario.

Creemos firmemente que la labor del juez no se reduce a la mera aplicación de la norma, menos aún se circunscribe a su interpretación literal. No porque el texto de la ley no indique expresamente en qué casos se produce el supuesto específico que regula, debemos concluir inexorablemente que aquella es completa, suficiente por sí misma e inmutable.

Establecer en el proceso la voluntad objetiva de la norma jurídica requiere de métodos o criterios de interpretación; y los criterios pertinentes para cada caso deben ser empleados de la manera más armónica y certera. Todo enunciado normativo requiere de una interpretación; por tanto, no es cierto que cuando el texto de la norma es claro no requiere de actividad interpretativa. Por ello el paradigma que se sustenta en el clásico brocardo: *in claris non fit interpretatio*, ha quedado sin vigencia.

Dentro de los criterios que la doctrina propone y que el Juez debe considerar en su labor interpretativa, puede mencionarse al gramatical (denominado también literal), al lógico-conceptual (argumentos *a priori*, *a contrario*, *a fortiori*, *generalis sensu*, *stricto lege*, *ad absurdum*), al sistemático, al histórico (precedentes inmediatos y remotos, proceso de elaboración de normas, exposición de motivos y debates legislativos), al teleológico y al axiológico, entre otros.

El Juez, en un Estado Constitucional de Derecho⁹⁴, debe recusar y apartarse de las posiciones extremas del positivismo jurídico a ultranza o dogmatismo⁹⁵, y debe también

⁹³ Cfr.: LAMA MORE, Héctor. La posesión y la posesión precaria. Editora Jurídica Grijley, Lima, pp. 147 y ss.

⁹⁴ Con acierto dice Manuel Aragón Reyes "... el problema de la vinculación de los jueces a la ley ha de abordarse desde una perspectiva que podríamos llamar 'moderna', esto es, la propia de un Estado Constitucional de Derecho, y esa perspectiva no es otra que la doble sumisión de los jueces a la constitución y a la ley..." *La Vinculación del Juez a la Ley*, Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), 1997, p. 180.

⁹⁵ El imperio de la Constitución y de la ley es uno de los pilares esenciales de un Estado de Derecho, llámese Estado Constitucional de Derecho o Estado Democrático y Social de Derecho; empero la legalidad surge como una respuesta a la arbitrariedad y el absolutismo del antiguo régimen y así nos lo recuerda Miguel

rechazar las posiciones extremas corrosivas de la Escuela del Derecho Libre, porque el Juez de nuestros tiempos no debe ser la boca de la ley pero tampoco debe atribuirse las facultades propias del legislador. El Juez es ante todo recreador del derecho, pues su sentencia objetiva y materialmente justa recrea el derecho, vivifica los valores y fines de éste, concreta el sistema de valores que acoge la Constitución, primordialmente el valor justicia, que el valor supremo del derecho.

Por las razones expuestas, estimamos que la norma contenida en el artículo 911 del Código Civil no puede ser aplicada de forma aislada y literal, sino que corresponde realizar respecto de ella una interpretación histórica, doctrinaria, y sobre todo, sistemática y teleológica, es decir, atendiendo a su conexión con la totalidad del ordenamiento jurídico y a la finalidad objetiva que persigue. Y para ello, es necesario referirnos a continuación a la regulación del proceso de desalojo desarrollada por el Código Procesal Civil de 1993.

V. EL PROCESO DE DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA.

Como indicáramos anteriormente, el juicio de desahucio regulado en el Código de Procedimientos Civiles no difería sustancialmente del proceso de desalojo que vino a regular el Código Procesal vigente. Mientras que el primero perseguía la “recuperación” del bien entregado por el propietario o por quien hacía sus veces, el segundo persigue la “restitución” del mismo bien.

Se ha definido al verbo recuperar como: “Volver a tomar o adquirir lo que se había perdido.”

Por su parte, se conceptúa a la restitución como la “[d]evolución de una cosa a quien la tenía antes” y así también como el “[r]establecimiento o vuelta de una cosa al estado que tenía antes”.

Los artículos pertinentes del Código Procesal vigente son claros y elocuentes. Veamos:

*Procedimiento.*⁹⁶

Artículo 585º. *La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo. [el subrayado es nuestro]*

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 deman-

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer cuando precisa: “El principio de legalidad se construye históricamente como oposición a la arbitrariedad y la subjetividad de las decisiones del príncipe, como sistema de ejercicio de poder objetivo, igualitario y previsible y como elemento clave para legitimar el poder, para organizarlo y delimitarlo...” Constitución, Legalidad y Seguridad Jurídica, en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), p. 157.

⁹⁶ Artículo modificado por Ley 29057, publicada el 29.06.07.

dante 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.

Sujetos activo y pasivo en el desalojo.

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. [el subrayado es nuestro]

Tercero con título o sin él.

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. [el subrayado es nuestro]*

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.

Por eso, procede el desalojo –en general– contra el arrendatario que no paga la renta, o por haberse vencido o resuelto el contrato que los vinculaba, o cuando se requiera a quien ocupa el bien precariamente, entre otros supuestos, en donde media la entrega física del bien por su titular.

Entonces cabe preguntarnos: ¿es viable plantear un proceso de desalojo por causal de ocupante precario, entendiendo como precariedad a la simple posesión sin título, sin atender a la naturaleza de su origen? Estimamos que no. Desde que el proceso de desalojo persigue esencialmente la restitución del bien que su dueño –o titular del derecho o quien haga sus veces– entregó en su momento al ocupante, de una interpretación sistemática y teológica del artículo 911 del Código Civil con los artículos del Código Procesal Civil enumerados *ut supra*, así como también del desarrollo histórico de las normas que regulan el comodato precario, hasta llegar a su concepción actual contenida en el artículo 1737 del acotado Código Civil, se concluye que el presupuesto para que se configure la precariedad importa que el titular haya entregado al ocupante la

posesión del inmueble, generando como único deber del ocupante devolver o restituir la posesión cuando le sea requerida, asistiendo al citado titular el derecho para exigir, judicial o extrajudicialmente, dicha restitución.

De esta forma, nuestra normatividad vigente continúa con la sistemática y lógica concebida por el Código de Procedimientos Civiles (artículo 970) en cuanto regulaba que el desahucio por precario perseguía la “recuperación” del bien, denominada ahora como “restitución”, entendiéndose por recuperación o restitución el reintegro o retorno del bien al titular.

Asimismo, estando a su propia naturaleza, y teniendo en cuenta que los plazos establecidos para la realización de los actos procesales se reducen a su mínima expresión, es claro que en dicho proceso de desalojo no pueden debatirse cuestiones relativas a la validez o nulidad del título en el cual se sustenta el derecho del demandante o quien solicite la restitución. Tampoco puede pretenderse que, por medio de esta vía, se declare la existencia o constitución de otros derechos, como sería el mejor derecho de propiedad, la adquisición de propiedad por prescripción adquisitiva⁹⁷, u otros derechos reales que el demandado, estime, detenta sobre el bien, más aún si conforme a lo normado en el inc. 1 del art. 559 del C.P.C. está prohibida la reconvencción, y porque para ello se requiere de mayor amplitud en los plazos y actos procesales que permitan el debate probatorio, además de que las citadas pretensiones cuentan con vías procesales específicas más latas que debe ejercitar oportunamente el interesado.

VI. LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 911° DEL CÓDIGO CIVIL

Partimos de considerar que el artículo 911° del Código Civil regula dos supuestos en que se configura la precariedad: cuando quien ocupa el inmueble carece de título, o cuando el título del ocupante ha fenecido.

a. **La ocupación sin título** –que es la precariedad propiamente dicha o como se conoce en la doctrina más autorizada– se configura cuando el titular del derecho concede o entrega gratuitamente a otro la posesión de un inmueble, sea por un acto de liberalidad, amistad, parentesco o guiado por motivos humanitarios, sin exigir contraprestación ni fijarse plazo para su devolución o determinarse el uso específico del bien. Entre el titular y el poseedor se genera una relación de hecho en el que el titular puede –a su arbitrio y en cualquier momento–, requerir la restitución de la posesión que detentaba. La “restitución” importa que el titular haya a su vez “entregado”, pues ese es el presupuesto exigido por el Código Procesal Civil para configurar el derecho a

⁹⁷ No puede adquirir en propiedad quien reconoce que detenta la posesión en nombre de otro. Así lo ha establecido la jurisprudencia cuando señala: “La posesión puede ser en nombre propio (possessio pro suo) o en nombre ajeno (possessio alieno nomine). La primera es la que se ejercita como propietario, animus domini, y conduce a la prescripción adquisitiva de dominio, también denominada Usucapión. La posesión en nombre ajeno reconoce el dominio de otra persona, como es la posesión del arrendatario, del depositario, del usufructuario, del guardador o guardián, etc.” (Casación N° 2105-2004 La Libertad).

solicitar el desalojo por la vía sumarísima. Por tanto, y para este supuesto específico, es improcedente el desalojo de aquél que ocupa sin asentimiento del titular del derecho (propietario, arrendador, administrador, entre otros), en cuyo caso se debe recurrir a la vía más lata para definir el derecho controvertido (reivindicación, mejor derecho de posesión, interdictos, entre otros).⁹⁸

Dentro de la llamada posesión sin título encontramos, además, a **aquella que se ejerce sin justificación alguna**. Así lo ha entendido y desarrollado la jurisprudencia al considerar a la posesión precaria como “la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien” (Casación N° 1147-2001 La Libertad). Del mismo modo se ha dicho que la posesión precaria se configura cuando no existe título o inclusive cuando “no existe siquiera uno inválido que justifique la posesión” (Casación N° 1801-2000 Moquegua). Recientemente, la Casación 417-2009 Ica ha establecido que la posesión precaria “es la que se ejerce de facto, sin contar con título que justifique la posesión, entendiéndose como tal a la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que detenta el ocupante” (Casación N° 417-2009 Ica).

Entonces, *contrario sensu*, si quien ingresó al inmueble lo hizo premunido de un título (aún cuando éste no hubiera sido otorgado por el titular del derecho) o lo hizo existiendo de por medio circunstancias que justificaban este accionar, ciertamente no se configura la precariedad. Las circunstancias “justificantes” de la posesión deben presentarse de forma clara y contundente, y ser suficientemente probadas en los actos postulatorios. No basta alegar, por ejemplo, que se ingresó al inmueble porque el mismo fue objeto de compra venta, cuya entrega debía formalizarse por el vendedor, pero que nunca se concretó con su entrega física, si es que no existen pruebas que acrediten fehacientemente tal circunstancia.

b. Nuestro ordenamiento civil agrega el supuesto de la **ocupación precaria por fene- cimiento del título**, por lo que cabría preguntarnos en qué supuesto se ubica nuestro legislador para justificar esta premisa. Evidentemente se trataría de lo que denominaremos una “precariedad sobreviniente”, porque en puridad la misma no existió sino que se configuró con posterioridad al feneamiento del título.

Sosteníamos que la precariedad se caracteriza por el hecho de haber existido de por medio la entrega efectiva que hace el titular del bien que se va a ocupar, sin que exista ningún título que vincule a las partes. En los casos de precariedad sobreviniente se parte del presupuesto de que existe una entrega efectiva de la posesión del bien por quien es su titular, pero mediando un título que faculta a ejercer tal posesión con la condición de devolverlo (contrato de arrendamiento, anticresis, usufructo, depósito, entre otros).

⁹⁸ Como ocurre, por ejemplo, en el caso del poseedor sin título que pretende ser desalojado por el nuevo propietario del inmueble, de quien no recibió la posesión, alegando la existencia de precariedad. En tales casos, es improcedente demandar el desalojo en la vía sumarísima, siendo lo correcto recurrir a la reivindicación.

Este es el caso típico de la posesión mediata y la posesión inmediata. Al respecto nuestro Código Civil señala:

Artículo 905. Posesión inmediata y mediata.

Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud a un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título.

Entonces, es poseedor mediato el propietario, el comodante, el arrendatario (respecto del sub arrendatario), o quien instituye el usufructo o el depósito, entre otros. Es poseedor inmediato quien ejerce la posesión directa y efectiva de la cosa en virtud a un título conferido, tales como serían el arrendatario, comodatario, usufructuario, etc.

El poseedor inmediato reconoce como verdadero titular del derecho de posesión al poseedor mediato, quien se lo transfirió temporalmente en virtud de un título⁹⁹. No se trata, pues, de dos derechos de posesión independiente, sino de uno solo, así como tampoco puede hablarse de coposesión, pues el poseedor mediato ejerce su derecho a través del poseedor inmediato y no de forma conjunta con aquél.

Como refiere Gunther Gonzáles Barrón: “El reconocimiento legal de una posesión mediata se basa en la espiritualización del concepto de poder de hecho; pues aunque existe un fenómeno de mediación entre el poseedor mediato y el bien, esta relación aparece como un poder de hecho actual, y no como la expectativa de un poder futuro. Según Wolff, la entrega en concepto de arrendamiento, comodato, prenda, etc., no representa una renuncia al poder o señorío, sino una atenuación de éste, y la devolución del bien al poseedor mediato no significa la constitución de un nuevo poder o señorío, sino confirmación de uno ya existente. Por otro lado, el poder del poseedor inmediato es de carácter derivado (deriva de quien le entregó el bien, aunque éste no sea el titular del derecho) y limitado en relación al contenido del derecho superior (...)”.¹⁰⁰

En tales casos, si el título que se tenía para ocupar el inmueble feneció, el propietario se encuentra facultado a demandar la restitución vía desalojo del bien.

En este punto, sin embargo, debemos establecer ciertas restricciones que devienen no solo de la correcta interpretación de las normas procesales sino principalmente de la naturaleza misma de la vía sumarísima en la que se desenvuelve el proceso de desalojo. Hemos venido reiterando e insistiendo que dada la restricción de los plazos y abreviación extrema de los actos procesales que caracterizan a esta vía, se hace imposible deba-

⁹⁹ La jurisprudencia ha sido clara al señalar que si no existe título que acredite la transferencia temporal de la posesión, no se configura la posesión inmediata. Así se sostiene que: “El artículo 905 del Código Civil al definir la condición de poseedor inmediato establece como requisito necesario que posea con un título, situación esta que no se ha dado en autos, pues se ignora la naturaleza y clase de ese título y su existencia; y dada esta situación mal puede considerarse que exista un poseedor que haya dado el título (...). La doctrina es unánime al considerar que cuando alguien posee un bien sin título para sí por sí, excluye la existencia del poseedor mediato.” (Casación N° 1040-1999 Huaura).

¹⁰⁰ GONZÁLES BARRON, Gunther. *Derechos Reales*. Jurista Editores, Lima, 2005; pp. 282-283.

tir o absolver cuestionamientos relacionados con la validez del título del demandante o de los presuntos derechos que alegue el ocupante haber adquirido de un tercero ajeno al actor o por el simple transcurso del tiempo. Por ello, consideramos que en el supuesto que se demande el desalojo por la causal de ocupación precaria alegándose el fenecimiento del título que autorizaba la posesión del ocupante, el actor solo podrá alegar su derecho a la restitución posesoria acreditando la existencia de resolución judicial firme que declare el fenecimiento del título que detentaba el ocupante (nulidad, resolución o rescisión, entre otros).

Circunstancias excepcionales. Por excepción, y únicamente debido a su estrecha vinculación, tanto en su desarrollo histórico como doctrinario, se exceptúa de tal requerimiento (esto es, de la previa obtención de una decisión judicial firme sobre la vigencia del título que autoriza la posesión del ocupante) al caso del comodato precario (denominado actualmente comodato indeterminado), en el que, al no haberse fijado el plazo para la devolución del bien, el mismo puede ser requerido por el comodante en cualquier momento, presupuesto que se puede cumplir ya sea mediante su requerimiento con carta notarial o documento de fecha cierta o con la sola interposición de la demanda.

También por excepción, se admitirá el desalojo por causal de fenecimiento del título (en los casos que exista obligación de restituir la posesión del bien, como en el arrendamiento, en el usufructo, entre otros) cuando se produzca la resolución contractual sustentada en cláusula resolutoria pactada expresamente por las partes, en cuyo caso será necesaria la remisión de carta notarial u otro medio por el que se comunique a la otra parte que se quiere hacer valer dicha cláusula resolutoria. Si no existiera tal cláusula, la resolución del contrato no podrá discutirse en la vía del proceso sumarísimo sino que deberá ser declarada previamente en la vía del proceso de conocimiento, cuyo resultado –de ser favorable– dará lugar a la restitución de las prestaciones, incluyendo precisamente la devolución del bien, sin que sea necesario interponer nueva demanda solicitando el desalojo por ocupación precaria.

De otro lado, en el caso que se produzca el vencimiento del contrato de arrendamiento debe precisarse que este constituye acorde a lo estipulado por los artículos 1700 y 1704 del Código Procesal Civil el título que permite a las partes esto es al arrendador solicitar la devolución del bien por vencimiento del plazo estipulado en el mismo así como el cobro de la penalidad convenida o una prestación igual a la renta y al arrendatario continuar en el arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones hasta que el arrendador solicite su devolución la cual puede pedir en cualquier momento siendo por tanto la causal a invocar para demandar la restitución del bien la de desalojo por vencimiento del plazo del contrato y no la de desalojo por ocupación precaria toda vez que como ya se ha anotado el vencimiento del plazo del contrato y la restitución del mismo no convierten en precario al arrendatario pues este permanece en el bien en el entendido que continua el arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones estando obligado por el contrato a pagar la penalidad si esta fue convenida o una prestación igual a la renta exigencias que no se requiere a quien tiene la calidad de ocupante pre-

cario pues conforme a lo normado por el artículo 911° del Código Civil este ejerce la posesión sin contar con título que justifique la misma y por ende no se obliga a cumplir los pagos antes descritos.

Caso especial: Resolución de contrato de compra venta cuando el vendedor hizo entrega el bien inmueble al comprador.- En la compra venta, el propietario, en su calidad de titular del derecho de propiedad y posesión, asume la obligación de transferir tal derecho –conjuntamente con otros que aseguran su dominio– al comprador, la misma que se cumple o satisface mediante la entrega física del bien. La resolución de la compra venta no genera, *per se*, la obligación de devolver el inmueble al enajenante, pues el transferente no conserva el derecho de posesión para sí, sino que lo pierde una vez producida la transferencia. En tal sentido, podría considerarse que la resolución de un contrato de compra venta de inmueble no encaja dentro del supuesto de precariedad sobreviniente por fenecimiento del título para poseer, como ocurre por ejemplo cuando un contrato de usufructo fenece al vencerse el plazo previsto para su validez y, por tanto, se genera la obligación de devolver la posesión al usufructuante.

No podemos negar, sin embargo, que una vez resuelto el contrato de compra venta de un inmueble cuya entrega física se hizo efectiva, el posesionario perdió todo derecho adquirido sobre el mismo y que la consecuencia lógica inmediata sería la restitución de la posesión a quien la entregó. Pero ¿basta que el efecto de la resolución, circunscrito a la restitución de las prestaciones, permita al propietario obtener la devolución del bien?

Recordemos que la resolución de un contrato puede configurarse por dos vías: **judicial** y **extrajudicialmente**. No existen dudas respecto a los efectos coercitivos de una sentencia expedida en sede **judicial** que declara la resolución de un contrato, toda vez que la restitución del inmueble enajenado (y de las demás prestaciones) se verifica en vía de ejecución, en cumplimiento del artículo 1372 del Código Civil,¹⁰¹ sin perjuicio de lo normado en el artículo 590° del Código Procesal Civil¹⁰². Sin embargo, cuando la resolución opera **extrajudicialmente** de pleno derecho, al haberse pactado en cláusula específica (cláusula resolutoria, según lo establecido en el artículo 1430° del Código Civil) y al no existir mecanismos idóneos que permitan al propietario recuperar la posesión del inmueble (salvo que lo hiciera por la vía de hecho, lo que está proscrito por ley), resulta atendible que se recurra a una vía expeditiva en sede

¹⁰¹ **Artículo 1372.** La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben rembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.

En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.

¹⁰² **Artículo 590.** Se puede ejecutar el lanzamiento en un proceso de conocimiento o abreviado, siempre que la restitución se haya demandado acumulativamente, sin perjuicio de lo establecido en el tercer párrafo del Artículo 87.

judicial que permita restituir la posesión a su legítimo titular; por ello estimamos que, excepcionalmente, se puede acudir al proceso de desalojo por ocupación precaria para obtener tal cometido. En este punto, coincidimos con Lama More cuando sostiene que: “Tratándose de un bien entregado al comprador como resultado de una compraventa en la que existe cláusula resolutoria expresa, es evidente que tal contrato quedará sin efecto, si el vendedor, beneficiario de la cláusula resolutoria, hace uso de ella. En tal caso, el comprador, que venía conduciendo el bien a título de propietario, perderá automáticamente la titularidad del derecho y devendrá, de pleno derecho en poseedor precario, en razón de haber fenecido el título que tenía”.¹⁰³

No ocurre lo mismo con respecto a la resolución extrajudicial del contrato de compraventa –sin cláusula resolutoria– sustentada en el incumplimiento de las prestaciones a que se refiere el artículo 1429º del Código Civil, pues el mismo puede ser objeto de empleo abusivo por parte del transferente del bien, quien podría alegar el incumplimiento de alguna prestación a cargo del comprador, aún cuando la misma no sea válida o carezca de todo fundamento, para efectos de generar la resolución extrajudicial. En el supuesto de resolución extrajudicial sustentada en cláusula expresa existe cuando menos el acuerdo o pacto entre las partes a fin de establecer que el contrato puede resolverse; pero en la resolución extrajudicial sin pacto de resolución, una de las partes quedará siempre al arbitrio de la otra, y para determinar en ese caso si se configura o no el incumplimiento contractual –y por tanto, el fenecimiento del título–, debe examinarse previamente si se han cumplido con los presupuestos necesarios para que opere la resolución, lo cual, estimamos, debe ser discutido en una vía más lata.

VII. IMPROCEDENCIA DEL DESALOJO CUANDO SE ACCEDE A LA POSESIÓN EN FORMA CLANDESTINA O VIOLENTA: LAS ACCIONES POSESORIAS Y LOS INTERDICTOS

Cabe preguntarnos si la posesión tomada ocultamente o por la fuerza puede recuperarse a través de un proceso de desalojo por ocupación precaria. Para absolver este punto debemos caracterizar brevemente esta clase de posesión.

a. Posesión clandestina. Se accede a esta posesión de manera oculta, es decir, carece del requisito de publicidad en el uso normal del bien. Néstor Jorge Musto sostiene que la posesión es clandestina “cuando se toma furtiva u ocultamente”¹⁰⁴. La posesión clandestina u oculta dejará de serlo cuando el poseedor dé uso concreto al bien conforme a su naturaleza y destino, es decir, desde que realice actos de manifestación

¹⁰³ LAMA MORE, Héctor. *La posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano*. Tesis para optar el grado de Magister con mención en Derecho Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Escuela de Graduados. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/99/LAMA_MORE_HECTOR_POSESION_POSESION_PRECARIA.pdf?sequence=1.

¹⁰⁴ MUSTO, Néstor Jorge. *Derechos Reales, Tomo I*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2000; p. 191-192.

de su posesión¹⁰⁵. Agrega Musto que, inclusive, el solo conocimiento que tome el propietario (o quien tenga derecho sobre el inmueble) respecto de la ocupación que detenta el poseedor furtivo, torna en pública esta posesión.¹⁰⁶

b. Posesión violenta (usurpación). Es un acto a través del cual se toma por la vía de hecho la posesión que detenta otro, ya sea empleando la violencia física o la intimidación. La acción se ejerce contra otra persona para privarla de su posesión, ya sea empleando la fuerza (violencia material o *vis absoluta*) o la coacción (violencia moral o *vis compulsiva*).

En la posesión oculta o clandestina, el tercero ingresa al bien en ausencia del poseedor y evita realizar actos de conocimiento público o, cuando menos, que puedan ser conocidos por quien detenta la posesión. En cambio, en la posesión violenta se ejercen actos directos contra el poseedor del bien, que llegan inclusive a ser de conocimiento público.

En principio, y como venimos refiriendo a lo largo de nuestros fundamentos, solo aquél que “entrega” tiene derecho a “recuperar” un bien o a obtener su “restitución”. Ni en la posesión clandestina ni en la posesión violenta existe entrega del bien por su titular; la primera se mantiene oculta y la segunda despoja de la posesión a quien la detenta. Por tanto, ni en uno ni otro caso se configura precariedad. Si no hubo entrega por parte del titular del derecho de posesión, y por el contrario se accedió a la ocupación del inmueble por otras vías, queda expedito el derecho del interesado para obtener la desocupación del bien ejercitando las acciones pertinentes distintas a la asignada para el desalojo por precario.

¿Cuáles serían estas acciones en caso de configurarse la toma de posesión en forma clandestina o violenta? Son puntualmente dos: las acciones posesorias y los interdictos, y específicamente para el caso del despojo violento, el interdicto de recobrar.

Señalábamos que la posesión clandestina no genera ningún derecho y carece de toda eficacia. Una vez tornada en pública o puesta en conocimiento del propietario o poseedor legítimo, éste se encuentra autorizado a emplear las **acciones posesorias** para efectos de recuperar la posesión del inmueble. Estas acciones se reconocen a quienes tienen derecho a la posesión, es decir, a quienes son titulares de ese derecho por así designarlo el ordenamiento jurídico y que, en tal virtud, pueden solicitar que se los instale en la posesión o se les restituya su ejercicio. La acción posesoria por excelencia es la que persigue la determinación del mejor derecho de posesión.

¹⁰⁵ Cfr.: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. Cit.; p. 359.

¹⁰⁶ Sostiene al respecto: “No todo desconocimiento del propietario o poseedor anterior convierte a la del agente en clandestina, pues no es necesario que el usurpado tenga conocimiento concreto de la usurpación sino que basta que haya tenido la posibilidad de conocerla y, a su vez, los actos aunque no sean públicos, no producen este vicio si han sido conocidos por el poseedor.” Ibidem.

Sin embargo, para resolver la controversia posesoria derivada del despojo violento nuestro ordenamiento procesal prevé el llamado **interdicto de recobrar**¹⁰⁷, que no es más que un proceso sumarísimo destinado a reponer el estado de la posesión al momento anterior de producirse el despojo, sin que se discuta quien detenta el mejor derecho de posesión o de propiedad, lo que deberá hacerse valer por los interesados en la vía correspondiente. Como vemos, el interdicto es un proceso rápido cuya finalidad inmediata es la de proteger al poseedor que se ve perturbado en el ejercicio de su derecho, constituyendo cosa juzgada solo respecto del hecho de la posesión y el acto del despojo, pero no con relación al derecho de posesión o de propiedad que las partes pretendan reclamar, lo que deberá ser materia de proceso de conocimiento¹⁰⁸.

Igualmente, queda habilitada la acción penal para denunciar el delito de usurpación a que se refiere el artículo 202º del Código Penal, específicamente el supuesto regulado en su inciso 2º, conforme a lo cual será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años el que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.

En tal caso, el despojado o agraviado queda facultado para solicitar al Juez la ministración provisional la posesión, siempre que exista motivo razonable para sostener que se ha cometido el delito y que el derecho del agraviado está suficientemente acreditado.

Vencidos los plazos para ejercer a la acción interdictal, la recuperación del inmueble por el desposeído debe hacerse valer en la vía de conocimiento, tal como así lo establece el artículo 601 del Código Procesal Civil.¹⁰⁹

VIII. IMPROCEDENCIA DEL DESALOJO POR OCUPACION PRECARIA CUANDO EL DEMANDANTE NO ACREDITA SER PROPIETARIO DE LAS CONSTRUCCIONES

Por la accesión, en general, un bien se adhiere artificial o naturalmente a otro, de tal forma que no pueden separarse sin que implique una afectación o disminución de tipo económico o patrimonial.

Dentro de la llamada accesión artificial encontramos a la edificación levantada sobre terreno ajeno con materiales que pertenecen a otro. En estos casos no opera el principio que atribuye al propietario del suelo el dominio de todo lo que se une o adhiere a él (*superficies solo cedit*). Ghunter Gonzáles Barrón sostiene que, en estos casos, no opera el principio de que lo accesorio sigue la suerte del principal, sino que la solución

¹⁰⁷ Independientemente de la defensa posesoria extrajudicial, que se ejercita por la vía de hecho inmediatamente después de sufrir la desposesión, conforme lo autoriza el artículo 921 del Código Civil.

¹⁰⁸ Cfr.: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. Cit.; p. 452.

¹⁰⁹ **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.

jurídica se funda en la ficción de que uno de los bienes conserva su identidad y el otro la pierde, atribuyéndose definitivamente el objeto resultante a uno de los propietarios originarios.¹¹⁰

Sucede en la mayoría de los casos en que el propietario de un terreno o el administrador del mismo lo entrega para su uso en precario o en virtud a un contrato de arrendamiento, y el ocupante construye sobre el inmueble entregado (ya sea una casa sobre un terreno, o dos cuartos sobre un primer piso que ya estaba construido). Luego sobreviene el requerimiento para la devolución del bien (sea extrajudicial o judicial) y el ocupante se niega a restituirlo alegando la propiedad de las construcciones. ¿Procede en este caso demandar el desalojo por la vía sumarísima?

La respuesta es negativa. La ley ha otorgado al propietario del terreno el mecanismo idóneo para obtener la restitución del bien, y no es otro que el de la accesión industrial o de edificaciones, que se rige por lo regulado en los artículos 941º, 942º y 943º del Código Civil. La jurisprudencia es abundante en el sentido de que el dueño del terreno no puede demandar el desalojo del ocupante del mismo cuando éste acredita la propiedad de las construcciones que se han adherido. Así se sostiene que:

- “Resulta improcedente la demanda de desalojo de un terreno si el demandante acredita ser propietario del terreno, pero no de la edificación existente, entonces su título es deficiente.” (Casación N° 1780-1999 Callao).
- “Si los demandantes son propietarios del terreno pero no de la edificación, previamente debe definirse la situación de la propiedad de ésta, en el proceso que corresponda, por lo que no es pertinente aplicar a la edificación lo dispuesto en los arts. 911 y 923, no siendo posible proceder al desalojo de solo el terreno.” (Casación N° 1830-1999 Cono Norte).
- “(...) [P]ara que se configure el supuesto contemplado en el artículo novecientos once del Código Civil, la accionante debe acreditar ser propietaria no solo del predio, sino también de lo edificado en él; por cuanto el terreno y la edificación constituyen una sola unidad inmobiliaria, razón por la cual las sentencias de mérito no se encuentran arregladas a derecho, por cuanto al existir duda razonable respecto de la titularidad de lo edificado sobre el mencionado bien, no puede ordenarse la desocupación del mismo, prescindiendo de lo construido.” (Casación N° 338-2006 Lima; y en el mismo sentido, Casación N° 394-2005 Cono Norte).

Nótese que en la jurisprudencia detallada opera un común denominador: la carga de la prueba respecto de la propiedad o titularidad tanto del terreno como de las construcciones corresponde a la parte demandante. Y no puede ser de otra forma, pues resultaría contrario a toda lógica –además de ser contrario al valor justicia– que habiéndose

¹¹⁰ Cfr.: GONZÁLES BARRÓN, Ghünter. Derechos Reales. Primera edición, Jurista Editores S.R.L., Lima, 2005; pp. 636-639.

entregado en posesión precaria un terreno luego se pida la restitución no solo de éste sino además de unas construcciones que antes no existían.

Al interponer la demanda de desalojo por ocupación precaria, el demandante debe acreditar la titularidad del bien *in toto*. No resulta justificada la inversión de la carga de la prueba para efectos de pretender que el demandado acredite que el demandante no es propietario de las construcciones que ocupa.

En todo caso, el demandado puede aportar elementos probatorios idóneos y suficientes para efectos de establecer que realizó construcciones adicionales distintas a las ya existentes al momento en que le fue entregado el bien. En tal supuesto, si el demandado acredita las citadas construcciones adicionales, el juez de la causa deberá declarar la improcedencia de la demanda por no ser la vía pertinente para acceder a la posesión de construcciones realizadas con materiales ajenos.

Por tanto, empleando una vía más lata, las partes podrán debatir y probar si las construcciones ya se encontraban en el inmueble antes de ser entregadas al poseedor, o si fueron edificadas con materiales de propiedad del ocupante, y si las mismas se levantaron mediando buena o mala fe.

IX. FACULTAD DEL JUEZ PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA VALIDEZ DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL EN LOS PROCESOS DE DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

El Código Procesal Civil sistemáticamente impone al Juez utilizar tres filtros o diques en el decurso del proceso para verificar la existencia y desarrollo válido de la relación jurídica procesal, así como para elaborar y emitir juicios de admisibilidad y de procedibilidad sobre la demanda y la pretensión en las oportunidades correspondientes; dichos filtros son: **1)** la calificación de la demanda, en el que el Juez examina si ésta cumple con los requisitos de forma o extrínsecos requeridos para su interposición, pudiendo ejercer la facultad de rechazarla liminarmente si se encuentra incurso en cualquiera de las causales específicas contenidas en el artículo 427 del Código Procesal Civil; **2)** la resolución de excepciones, en el que el Juez absuelve la denuncia respecto a la carencia o defecto de los presupuestos procesales, o la falta manifiesta de las condiciones de la acción; **3)** el saneamiento del proceso en el que el Juez examina todos los demás presupuestos procesales y condiciones de la acción que no hayan sido cuestionados vía excepción, así como que no existan otras causales de nulidad insubsanables que afecten el debido proceso; todo ello sin perjuicio que el Juez al efectuar el juicio de fundabilidad en la sentencia respectiva pueda pronunciarse excepcionalmente sobre la validez del proceso, en atención a lo normado en la parte final del artículo 121 del Código Procesal citado.

Estos filtros persiguen tres finalidades: **a)** procuran que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, verificando que no haya falta manifiesta de las dos condiciones de la acción (legitimidad e interés para obrar) para que el Juez al expedir sentencia, en la estación procesal correspondiente, elabore y emita un juicio de fundabilidad, resol-

viendo de esta manera el fondo del conflicto de intereses; **b)** para que, en el caso que el Juez constate un defecto u omisión subsanable, ordene inmediatamente que sea subsanada por el litigante a que corresponda tal actividad, según el caso específico; y **c)** si el Juez verifica en cualquiera de estos tres filtros principales la existencia de un defecto u omisión de carácter insubsanable, procederá a declarar la nulidad de todo lo actuado y dar por concluido el proceso o, en su caso, declarar improcedente la demanda.

Como se tiene dicho, en estos tres filtros procede verificar por el Juez el cumplimiento de los presupuestos procesales y de las condiciones para el ejercicio válido de la acción. **Los presupuestos procesales** son los requisitos necesarios e imprescindibles para la constitución y desarrollo válido de la relación jurídica procesal. Estos requisitos no solamente deben estar presentes al momento de iniciarse el proceso sino también durante su desarrollo y hasta su total agotamiento, pues de sobrevenir la ausencia o deficiencia de uno de estos presupuestos, el proceso deviene en inválido y es susceptible de ser cuestionado y nulificado. Para nuestro sistema procesal civil, puede afirmarse casi pacíficamente que los presupuestos procesales son tres: la competencia del Juez (salvo competencia territorial), la capacidad procesal de las partes y los requisitos esenciales de la demanda.

Por su parte, **las condiciones para el ejercicio válido de la acción** son los requisitos necesarios para un pronunciamiento válido sobre el fondo de la pretensión y, estas condiciones son dos: la legitimidad para obrar y el interés para obrar (o interés procesal); requisitos que deben ser examinados por el Juez desde el inicio del proceso, durante su desarrollo y aún al expedir sentencia.

Puntualmente, la legitimidad para obrar debe considerarse como la autorización del ordenamiento jurídico para proponer una pretensión procesal o para contradecirla, sea que tal autorización provenga de ser titular del derecho u obligación o bien que provenga de la facultad expresa concedida por una norma jurídica.

De otro lado, el interés para obrar es el estado de necesidad de tutela jurisdiccional, concreto y actual, en que se encuentra una persona luego de haber agotado los medios pertinentes para obtener la satisfacción de su pretensión material o porque el ordenamiento jurídico le indica la vía judicial como la única idónea para obtener una sentencia favorable a su pretensión.

Hemos señalado en el proceso de desalojo por ocupación precaria, la legitimidad para obrar, tanto activa como pasiva, se rige por lo dispuesto en el artículo 586° del Código Procesal Civil, en su interpretación sistemática y teleológica con el artículo 911° del Código Civil. Por tanto, goza de legitimidad para obrar activa aquél que tiene derecho a la restitución del predio, siempre que haya hecho entrega de la posesión física al ocupante; asimismo, goza de legitimidad para obrar pasiva aquél a quien le es exigible la restitución, ya sea por requerirlo el titular del derecho o por fenecimiento del título que tenía para poseer.

La configuración de la legitimidad, tanto activa como pasiva, debe ser verificada por el Juez del proceso liminarmente en los actos postulatorios. También puede ser denunciada por la parte demandada mediante el empleo de las defensas de forma (excepción). En todo caso, el Juez puede advertirlo en el saneamiento del proceso o, excepcionalmente, al expedir sentencia pronunciándose en definitiva sobre la validez de la relación jurídica procesal.

En el supuesto de desalojo por ocupación precaria sustentada en el fenecimiento del título, el Juez de la causa se encuentra facultado a declarar in limine la improcedencia de la demanda por falta de interés para obrar de la demandante (artículo 427° inciso 2° del Código Procesal Civil) cuando advierta que esta parte no adjunta resolución firme y definitiva que acredite indubitablemente la nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución del acto jurídico que justificaba la posesión del demandado. Exceptuará de este requerimiento tratándose de un contrato de comodato o de un contrato de compra venta resuelto extrajudicialmente en virtud a cláusula resolutoria expresa.

X. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN

Con relación al caso concreto, es menester señalar que los suscritos concuerdan en su totalidad con los fundamentos 18 a 29 contenidos en el numeral a.3) del acápite A del punto V del voto en mayoría, en virtud de los cuales se ha declarado infundado el recurso de casación interpuesto por la demandada Mirna Lizbeth Panduro Abarca contra la sentencia de vista de fojas seiscientos diez a seiscientos once, su fecha ocho de abril del dos mil once, que, confirmando la sentencia apelada de fojas quinientos veintiséis y siguientes, su fecha quince de setiembre del dos mil diez, declaró fundada la demandada de desalojo por ocupación precaria interpuesta por Jorge Enrique Correa Panduro y otros, ordenándose el lanzamiento de los demandados, con lo demás que contiene.

XI. RESOLUCIÓN

Por las razones expuestas, los suscritos participantes en Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400° del Código Procesal Civil, votamos en el siguiente sentido:

Primero. Declaramos **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada Mirna Lizbeth Panduro Abarca mediante escrito de fojas seiscientos veintitrés; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas seiscientos diez a seiscientos once, su fecha ocho de abril del dos mil once.

Segundo. Asimismo, **DECLARAMOS que constituye precedente judicial vinculante**, las siguientes reglas:

1. Para una correcta configuración del poseedor precario y los supuestos en que proceda el desalojo por esa causal, se debe hacer una interpretación sistemática, teleológica e histórica de las normas contenidas en el artículo 911° del Código Civil y los artículos

585°, 586° y 587° del Código Procesal Civil, en el marco de un Estado constitucional de Derecho.

2. En este contexto, la posesión precaria tiene lugar en dos supuestos:

2.1 Precario sin título: La ocupación sin título se configura en dos casos: **a)** cuando el titular del derecho entrega gratuitamente a otro la posesión de un inmueble, sea por un acto de liberalidad, amistad, parentesco o guiado por motivos humanitarios, sin exigir contraprestación para sí ni fijarse plazo para su devolución o determinarse el uso específico del bien. En tal contexto, el titular del derecho puede –a su arbitrio y en cualquier momento– requerir la restitución de la posesión a cargo del beneficiario. La “restitución” importa que el titular haya previamente “entregado”, pues ese es el presupuesto exigido por el Código Procesal Civil para configurar el derecho a solicitar el desalojo por ocupación precaria; **b)** cuando se ejerce en ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien. Las circunstancias “justificantes” de la posesión deben presentarse de forma clara y contundente, y ser suficientemente probadas en los actos postulatorios.

2.2 Precario con título fenecido: Se configura en dos casos: **a)** La ocupación que se ejerce con un título fenecido puede ser caracterizada como una “precariedad sobreviniente” en la medida que la entrega efectiva del bien por su titular se sustenta en un contrato o acto jurídico por el cual se entrega la posesión, pero este fue dejado sin efecto o validez con posterioridad a la ocupación del adquirente. El fenecimiento del título no puede extenderse a cualquier acto jurídico por el solo cumplimiento del plazo fijado para su vigencia o por configurarse causal resolutoria por incumplimiento de obligaciones a que se refiere el artículo 1429° del Código Civil, entre otros supuestos, sino que tal fenecimiento debe ser declarado por la vía judicial mediante decisión firme y definitiva, como sucede en los casos en que se hubiese amparado la demanda de nulidad de los contratos de arrendamiento, de anticresis, de usufructo, de uso, o la resolución de los mismos contratos, entre otros. Tal exigencia se sustenta en la naturaleza del proceso sumarísimo, que impide que se debata la vigencia o validez del documento que autoriza la posesión; **b)** Excepcionalmente y concordando con la doctrina nacional y extranjera, tratándose del comodato precario regulado en el artículo 1737° del Código Civil, en el caso que no se hubiera pactado el plazo para el uso del bien materia de comodato (pero sí se fijó el destino), y ante el simple requerimiento judicial o extrajudicial del comodante para la restitución del bien, se entiende que el título que tenía el comodatario para poseer ha fenecido y, por consiguiente, el comodatario precario deviene en ocupante precario. También se exceptúa del requerimiento de declaración judicial previa, a la resolución extrajudicial del contrato sustentada en cláusula resolutoria a que se refiere el artículo 1430 del Código Civil, cuando preexiste la obligación de devolver el bien, e igualmente, en el caso de la resolución de un contrato de compra venta.

3. No procede alegarse ni discutirse en el proceso de desalojo por ocupación precaria el mejor derecho de propiedad, la resolución de un contrato, la prescripción adquisitiva

de dominio, la accesión industrial, el despojo violento o clandestino u otros supuestos análogos, toda vez que el proceso de desalojo es uno de carácter sumarísimo donde se requiere la tutela urgente y tiene limitaciones en la actividad y debate probatorio, por lo que tales hipótesis deben hacerse valer en la vía procesal que correspondiera; aún más si en el caso del despojo violento o clandestino nuestro sistema jurídico prevé tutela a través del interdicto de recobrar, cuya vía procesal también es sumarísima, además de las medidas cautelares más eficaces que nuestro sistema procesal regula.

4. Una vez prescrito el plazo para promover la acción interdictal, el interesado no podrá optar por recurrir al proceso de desalojo por ocupación precaria para lograr la restitución de la posesión, sino que debe recurrir a la vía del proceso de conocimiento para efectos de determinar su derecho, tal como lo dispone el artículo 601 del Código Procesal Civil.

5. Tampoco es procedente alegar y discutir en el proceso de desalojo por precario la validez del título que invoca el poseedor si éste consta por documento de fecha cierta que pueda justificar, de modo razonable, la posesión; en consecuencia, la demanda de desalojo por ocupación precaria deberá ser declarada fundada si el documento que opone el demandado no es de fecha cierta.

6. El juez al calificar la demanda y, en todo caso, al sanear el proceso, declarará la improcedencia de la misma si advierte inequívocamente los supuestos referidos en los numerales precedentes 3 y 4.

7. Tratándose de un bien inmueble arrendado que ha sido transferido a un nuevo propietario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1708° del Código Civil.

8. El vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento no convierte al arrendatario en precario pues si bien no se contempla en nuestra legislación civil la renovación tácita del contrato también lo es que la ley prevé la continuación del arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones hasta que el arrendador solicite su devolución la cual puede pedir en cualquier momento acorde a lo estipulado por el artículo 1700° del Código Civil facultando la Ley al arrendador a exigir la devolución del bien y a cobrar la penalidad convenida o en su defecto una prestación igual a la renta del periodo precedente hasta su devolución de conformidad a lo establecido por el artículo 1704° del Código acotado no importando el cobro de los mismos la continuación del arrendamiento cuando el plazo de este ha vencido o se ha cursado el aviso de conclusión del arrendamiento.

SS.

HÉCTOR PONCE DE MIER

ANA MARÍA VALCÁRCEL SALDAÑA

FRANCISCO MIRANDA MOLINA

JUAN CHAVES ZAPATER

Leslie Sotelo Zegarra
Secretaria de la Sala Civil Permanente
de la Corte Suprema de Justicia de la República

CARLOS ALBERTO CELIS ZAPATA

B. RESOLUCIONES JUDICIALES SUPREMAS CASATORIAS

CARLOS ALBERTO CELIS ZAPATA

CAS. N° 4188-2009 CUSCO**Mejor Derecho de Propiedad**

Sumilla: “...Se trata del recurso de casación interpuesto contra la resolución de vista, que confirma la resolución apelada, que declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa; en consecuencia, nulo lo actuado y por concluido el proceso, sobre mejor derecho de propiedad. . .”

“...La Sala Civil Superior al expedir la resolución materia de impugnación, concluyó en su cuarto fundamento que: “De la contrastación de los títulos de propiedad inscritos sobre el derecho de propiedad de los bienes de las partes de este proceso, se advierte que, en principio los bienes matrices de donde deriva cada uno de los bienes en litigio son distintos, es por ello que las Partidas Electrónicas igualmente en ambos casos es diferente, lo más importante para los fines de la solución de la excepción propuesta es que, los transmisores del derecho de propiedad de los bienes en litigio son personas distintas, en consecuencia no se trata de un mismo transmisor de los bienes en litigio, menos por tanto, que el bien en litigio sea el mismo (...); de lo cual se colige que la Sala Civil Superior ha efectuado un análisis respecto al fondo de la materia controvertida, lo que vulnera el debido proceso ...”

“...para la admisión a trámite, el juez solo puede verificar la satisfacción de los requisitos formales de admisibilidad y procedencia señalados en la ley procesal; exigencias relacionadas con la validez de la relación procesal que, como sabemos, se asientan en los presupuestos procesales y en las condiciones de la acción; es decir, exigencias que tienen que ver con la competencia absoluta del juez, la capacidad procesal del demandante o de su representante, los requisitos de la demanda, la falta de legitimidad del demandante o del demandado e interés para obrar (asimila voluntad de la ley-caso justiciable). Se trata del ejercicio del derecho a la acción que no se identifica con la pretensión que constituye el elemento de fondo basado en las razones de pedir y que ha de significar la carga de la prueba. Es en la sentencia donde el juez declara el derecho y no liminarmente...”

“...La Sala Civil Superior ha efectuado un análisis respecto al fondo de la materia controvertida, lo que vulnera el debido proceso; pues debe recordarse que una de las

condiciones del ejercicio de la acción, es la legitimidad para obrar, requisito necesario para calificar positivamente la demanda; y en consecuencia considerar en su oportunidad la existencia de la relación jurídica procesal válida. La legitimación para obrar, según la doctrina puede ser ordinaria y extraordinaria, en ese sentido Montero Aroca' sostiene respecto a la legitimación ordinaria que: "(...) es la afirmación de titularidad del derecho subjetivo material. La legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia; sino que recae en las afirmaciones que realiza el actor; por ello, bastará con invocar una situación determinada susceptible de protección legal, dirigida a otro sujeto (demandado) para que surja la legitimidad para obrar; por tanto, corresponde a la Sala Civil Superior emitir una nueva resolución, analizando la excepción deducida en el sentido que corresponde; más no el aspecto sustancial que es atinente a un pronunciamiento sobre el fondo del asunto controvertido..."

"..., la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio..."

"...sí, a contrario sensu de lo señalado, la judicatura no asume la elemental responsabilidad de examinar lo que se le solicita y, lejos de ello, desestima, de plano, y sin meritación alguna lo que se le pide, en el fondo lo que hace es neutralizar el acceso al que, por principio, tiene derecho todo Justiciable, desdibujando el rol o responsabilidad que el ordenamiento le asigna. La tutela judicial efectiva no significa, pues, la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda, ni que, admitida a trámite, tenga necesariamente que declararse fundada dicha demanda. Cabe también puntualizar que, para la admisión a trámite, el juez solo puede verificar la satisfacción de los requisitos formales de admisibilidad y procedencia señalados en la ley procesal; exigencias relacionadas con la validez de la relación procesal que, como sabemos, se asientan en los presupuestos procesales y en las condiciones de la acción; es decir, exigencias que tienen que ver con la competencia absoluta del juez, la capacidad procesal del demandante o de su representante, los requisitos de la demanda, la falta de legitimidad del demandante o del demandado e interés para obrar (asimila voluntad de la ley-caso justiciable). Se trata del ejercicio del derecho a la acción que no se identifica con la pretensión que constituye el elemento de fondo basado en las razones de pedir y que ha de significar la carga de la prueba. Es en la sentencia donde el juez declara el derecho y no liminarmente..."

CAS. N° 4188-2009 CUSCO**Mejor Derecho de Propiedad**

Lima, cuatro de octubre del año dos mil diez.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LAREPÚBLICA, vista la causa número cuatro mil ciento ochenta y ocho - dos mil nueve; en Audiencia Pública de la fecha; y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL REGURSO: Se trata el presente caso del recurso de casación interpuesto por Ana María Janzic Bustamante, contra la resolución de vista de fecha tres de setiembre del año dos mil nueve, obrante a folios trescientos veintiocho, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que confirma la resolución apelada de fecha treinta de junio del año dos mil nueve, de folios doscientos cincuenta y cuatro, que declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa; en consecuencia, nulo lo actuado y por concluido el proceso; con lo demás que contiene; en los seguidos por Ana María Janzic Bustamante contra Braulio Cusi Cárdenas, sobre mejor derecho de propiedad.

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Mediante resolución de folios treinta y tres del cuadernillo de casación, su fecha once de marzo del año dos mil diez, se ha declarado procedente el recurso de casación por las causales de infracción normativa material y procesal, interpuesto por la demandante al haber cumplido con los requisitos de procedencia previstos en el artículo 388 del Código Procesal Civil. Respecto a la causal de infracción normativa material del artículo 1135 del Código Civil, se denuncia que estando los juzgadores pronunciándose sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar de la actora propuesta en el cuaderno respectivo, el referido dispositivo que regula sobre el concurso de acreedores respecto de un mismo bien inmueble, no puede servir para determinar la relación de derecho de la actora con el bien cuyo título se adjunta a la demanda y que acredita su derecho. Se denuncia también la casual de infracción normativa procesal, por afectarse el derecho al debido proceso pues la Sala Civil Superior contraviniendo los parámetros de la resolución del saneamiento de las excepciones ha usado argumentos de fondo para resolver la excepción de falta de legitimidad para obrar, al resolver si se trata de predios superpuestos o no, si el predio fue otorgado por la misma persona o un tercero o si los nombres de ambos fundos son diferentes; en la etapa de saneamiento resulta incongruente puesto que dichas apreciaciones son eminentemente temas de fondo los cuales exceden los alcances que la ley otorga para resolver la excepción planteada y vulnera el debido proceso; por lo tanto, la excepción debió ser desestimada; correspondiendo entonces a la Corte Suprema casar la resolución de vista.

CONSIDERANDO:

Primero. Habiéndose declarado procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa material y procesal, debe analizarse en primer lugar la causal procesal, pues debido a su naturaleza y a los efectos producidos, si ésta mereciera amparo carecería de objeto pronunciarse respecto de la causal sustantiva.

Segundo. Según se advierte de autos, la actora Ana María Janzic Bustamante, postula la presente demanda solicitando como pretensión principal se declare el mejor derecho de propiedad que le asiste, respecto del inmueble ubicado en el Fundo Chachacomayoc, inscrito en [a Partida número cero dos cero tres seis cuatro ocho siete del Registro de Propiedad inmueble del Cusco; y como pretensión accesoría: i.- La cancelación de la Partida número cero dos cero uno cinco siete nueve seis de los Registros Públicos del Cusco, registrada a favor del demandado cuyo antecedente dominal es la Partida número cero dos cero dos nueve cuatro ocho siete; ii.- La reivindicación del inmueble a favor de la actora.

Tercero. Por resolución de primera instancia de fecha treinta de junio del año dos mil nueve, obrante a folios doscientos cincuenta y cuatro del cuaderno de excepciones, el Primer Juzgado Civil del Cusco ha declarado fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa formulada por el demandado Braulio Cusi Cárdenas obrante a folios noventa y cinco, anulando lo actuado y dando por concluido el proceso; resolución que fuera confirmada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco mediante resolución número treinta y tres de fecha tres de setiembre del año dos mil nueve.

Cuarto. El derecho a un debido proceso ha sido ampliamente determinado a través de abundante jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional como la recaída en el expediente signado con el número cuatro mil trescientos cuarenta y uno - dos mil siete - HC/TC de fecha cinco de octubre del año dos mil siete, la misma que en su noveno fundamento, ha establecido que: “(...) Situación diferente son los casos en los que se pone de manifiesto una deficiente motivación de las resoluciones judiciales (...)” [El resaltado es nuestro]; respecto a este tema el Tribunal Constitucional ha establecido en otro expediente número mil doscientos treinta - dos mil dos -PHC/ TC que: “Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones (...) ello garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución”. A partir de lo expuesto en el presente fundamento, se analizará si la resolución ha atentado el principio y deber de la motivación de las resoluciones judiciales, faltando al principio de congruencia.

Quinto. Respecto al principio de tutela jurisdiccional efectiva, el Tribunal Constitucional ha precisado en la sentencia recaída en el expediente número setecientos sesenta y tres - dos mil cinco -PA/ TC-Lima de fecha trece de abril del año dos mil cinco, lo siguiente: “(...) Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, la

tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia (...) cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura, prima facie, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en tomo a su procedencia o legitimidad.

No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado. En dicho contexto, queda claro que si, a contrario sensu de lo señalado, la judicatura no asume la elemental responsabilidad de examinar lo que se le solicita y, lejos de ello, desestima, de plano, y sin meritación alguna lo que se le pide, en el fondo lo que hace es neutralizar el acceso al que por principio, tiene derecho todo Justiciable, desdibujando el rol de responsabilidad que el ordenamiento le asigna. La tutela judicial efectiva no significa, pues, la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda, ni que, admitida a trámite, tenga necesariamente que declararse fundada dicha demanda. Cabe también puntualizar que, para la admisión a trámite, el juez solo puede verificar la satisfacción de los requisitos formales de admisibilidad y procedencia señalados en la ley procesal: exigencias relacionadas con la validez de la relación procesal que, como sabemos, se asientan en los presupuestos procesales y en las condiciones de la acción: es decir, exigencias que tienen que ver con la competencia absoluta del juez, la capacidad procesal del demandante o de su representante, los requisitos de la demanda, la falta de legitimidad del demandante o del demandado e interés para obrar (asimila voluntad de la ley-caso justiciable). Se trata del ejercicio del derecho a la acción que no se identifica con la pretensión que constituye el elemento de fondo basado en las razones de pedir y que hace significar la carga de la prueba. Es en la sentencia donde el juez declara el derecho y no liminarmente: por ello, puede haber proceso con demanda desestimada en el fondo. Yes que, como lo expresa Peyrano, cualquiera puede demandar a cualquiera por cualquier cosa con cualquier dosis de razón”.

Sexto. En ese sentido, respecto a los agravios expresados por la demandante, se advierte de autos que la Sala Civil Superior al expedir la resolución materia de impugnación, concluyó en su cuarto fundamento que: “De la contrastación de los títulos de propiedad inscritos sobre el derecho de propiedad de los bienes de las partes de este proceso, se advierte que, en principio los bienes matrices de donde deriva cada uno de los bienes en

litigio son distintos, es por ello que las Partidas Electrónicas igualmente en ambos casos es diferente, lo más importante para los fines de la solución de la excepción propuesta es que, los transmisores del derecho de propiedad de los bienes en litigio son personas distintas, en consecuencia no se trata de un mismo transmisor de los bienes en litigio, menos por tanto, que el bien en litigio sea el mismo (...): de lo cual se colige que la Sala Civil Superior ha efectuado un análisis respecto al fondo de la materia controvertida, lo que vulnera el debido proceso: pues debe recordarse que una de las condiciones del ejercicio de la acción, es la legitimidad para obrar. requisito necesario para calificar positivamente la demanda: y en consecuencia considerar en su oportunidad la existencia de la relación jurídica procesal válida. La legitimación para obrar, según la doctrina puede ser ordinaria y extraordinaria, en ese sentido Montero Aroca' sostiene respecto a la legitimación ordinaria que: "(...) es la afirmación de titularidad del derecho subjetivo material. La legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia, sino que recae en las afirmaciones que realiza el actor: por ello, bastará con invocar una situación determinada susceptible de protección legal, dirigida a otro sujeto (demandado) para que surja la legitimidad para obrar: por tanto, corresponde a la Sala Civil Superior emitir una nueva resolución, analizando la excepción deducida en el sentido que corresponde: más no el aspecto sustancial que es atinente a un pronunciamiento sobre el fondo del asunto controvertido.

Sétimo. Por tanto, el pedido anulatorio de la resolución expedida por la instancia en grado inferior, materia del presente recurso de casación merece ser amparada por la infracción normativa procesal denunciada al haberse vulnerado el derecho al debido proceso y a tutela jurisdiccional efectiva; careciendo de objeto pronunciarse respecto a la infracción normativa material del artículo 1135° del Código Civil; en consecuencia, el presente recurso debe declararse fundado. Por tales consideraciones y estando a la facultad conferida por el artículo 396° inciso 1° del Código Procesal Civil, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Ana María Jancic Bustamante mediante escrito obrante a folios siete del cuadernillo de casación; CASARON la resolución impugnada; en consecuencia; NULA la resolución de vista de folios trescientos veintiocho, su fecha tres de setiembre del año dos mil nueve; ORDENARON el reenvío de la causa a fin de que la Sala Superior de origen emita una nueva decisión en atención a los fundamentos expuestos: DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; bajo responsabilidad; en los seguidos por Ana María Jancic Bustamante contra Braulio Cusi Cárdenas, sobre Mejor Derecho de Propiedad; y los devolvieron. Ponente Señora Aranda Rodríguez, Juez Supremo.

SS. TICONA POSTIGO, PALOMINO GARCÍA, MIRANDA MOLINA, ARANDA RODRIGUEZ, VALCARCEL SALDAÑA AROCA, Montero citado en Comentarios al Código Procesal Civil, Torno II. Lima: Gaceta Jurídica Ediciones. pp. 458-459.

C-605062-316

Publicada el 28-02-2011 Página 29697

CAS. N° 3700.2007 AREQUIPA

DIVISIÓN Y PARTICIÓN

Sumilla: “... en un proceso se sostiene que hay situación indivisa la masa hereditaria y en el otro se dice ya se realizó la partición de tal masa..”

“... es evidente la violación del principio lógico de no contradicción (error in cogitando), que determina la transgresión del principio de motivación de las resoluciones judiciales.”

“... el recurso que ahora se absuelve se sustenta precisamente en que tanto la Sala Revisora como el juez de la causa no han cumplido con pronunciarse conforme a derecho y a lo actuado respecto del Expediente Número trescientos veintiséis - noventa y ocho, treinta y nueve, inciso quinto, de la Constitución Política del Estado, el artículo doce de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los artículos cincuenta, inciso sexto, y ciento veintidós, incisos tercero y cuarto del Código Procesal Civil...”

“... el proceso de administración judicial, por su propia naturaleza, no impide la tramitación de la demanda de división y partición de bienes; además, que con los oficios de foja trescientos cincuenta y cinco m, trescientos sesenta y cuatro m, trescientos ochenta y cuatro y los documentos de fojas noventa y seis a ciento nueve se acredita que, el demandante y los demandados viven en predios independientes, con sus propios servicios básicos, lo que pone en evidencia que efectivamente hubo una participación extra judicial entre ellos; que, dicha participación no requería de una escritura pública para efectivizarse, pues lo determinante fue la voluntad de las partes amparada en el principio de libertad de formas; respecto de la reconvencción propuesta por el representante de los demandados para que se otorgue escritura pública y formalice la división y partición realizada entre las partes de este proceso, señala el ad quem que se debe tener en cuenta que la misma resulta procedente en razón que hubo una partición consensual del predio original, siendo la escritura pública la que la completaría otorgando el título a los poseedores; que no se ha acreditado la existencia del bien que produzca frutos, ni su titularidad, ni que los demandados vengán percibiendo los frutos reclamados, pues físicamente cada uno posee su propio inmueble, por lo cual la demanda deviene en improcedente en tal extremo...”

“... el Superior Colegiado ha confirmado la sentencia de primera instancia que desestima la pretensión de división y partición, bajo el sustento de que las partes en el proceso, herederos de los causantes Isaías Gonzales Candela y Leonor Ferrari Walde, han realizado una partición extrajudicial entre ellas, la cual no requería de una escritura pública para efectivizarse. Sin embargo, el ad quem no ha reparado en que en el proceso trescientos veintiséis - noventa y ocho, cuyas copias certificadas se tiene a la vista, las propias solicitantes. Elena y Zoila Gonzales Ferrari, al interponer su solicitud de Administración Judicial de Bienes, afirmaron que existía una indivisión de los bienes de la masa hereditaria correspondiente a los causantes Isaías Gonzales Candela y Leonor Ferrari Walde. Asimismo,

tal como consta a fojas ciento ochenta y cuatro de tal expediente acompañado, al emitirse sentencia en el mismo, se estableció claramente la situación indivisa de la masa hereditaria de los causantes mencionados. Por consiguiente, ello resulta abiertamente contradictorio con el fallo emitido en el presente proceso de división y participación, puesto que en éste se ha establecido que ya se ha realizado la partición entre los herederos; es decir, en un proceso se sostiene que hay situación indivisa la masa hereditaria y en el otro se dice ya se realizó la partición de tal masa...”

CAS. N° 3700.2007 AREQUIPA

DIVISIÓN Y PARTICIÓN.

Lima, catorce de octubre del dos mil ocho.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa numero tres mil setecientos guión dos mil siete, en audiencia pública de la fecha, y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO. Se trata del recurso de casación interpuesto por Luis Laureano Gonzales Ferrari, contra la sentencia de vista de fojas quinientos ochenta y cuatro, su fecha doce de abril del dos mil siete, expedida por la Sala Mixta Descentralizada e itinerante de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirma la sentencia apelada de fojas cuatrocientos ochenta y siete, su fecha dieciocho de agosto del dos mil seis, que declara infundada la demanda de división y partición, improcedente la pretensión de cobro de frutos y fundada la reconvencción; en consecuencia dispone que los coherederos cumplan con otorgar la escritura pública que formalice la división y partición realizada; los seguidos por Luis Laureano Gonzales Ferrari contra Elena Alodia Gonzales Ferrari y otros, sobre división y partición y otros.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO. Esta Sala Suprema mediante resolución de fojas veintinueve del presente cuadernillo, su fecha siete de noviembre del dos mil siete, ha estimado procedente por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, prevista por el artículo trescientos ochentiséis, inciso tercero, del Código Procesal Civil, habiendo denunciado el recurrente que de fojas ciento ochenta y cuatro a ciento ochenta y siete aparece que se ha declarado fundada la demanda de administración judicial, referida al taller de mecánica y tornería, así que como lo fuera declarada fundada la contradicción interpuesta por el recurrente, y que además de la tornería como taller de mecánica se deberían de administrar una casa de dos plantas como otros ambientes alquilados a terceras personas, para cevichería como peluquería; que, los

vocales al expedir la resolución de vista se limitan a indicar que el proceso se encuentra en giro, pero se está en ejecución de la sentencia, ya se sabe los bienes a administrar. Agrega el recurrente que los vocales ni el Juez se han pronunciado sobre su acción acumulada de adjudicación de bienes; que en la sucesión intestada de los padres del recurrente y demandados que fuera realizada el quince de febrero de mil novecientos noventa y nueve ante notario, dentro de los bienes declarados, en el punto nueve aparece la escritura pública de compra venta de bien urbano, materia de litis, donde se encuentran los locales comerciales sujetos a la administración judicial según Expediente trescientos veintiséis - noventa y ocho; asimismo, agrega el recurrente que de fojas cuarenta del Expediente principal, aparece la partida de defunción de la que en vida fue madre de las partes en litis, Leonor Ferrari Walde, quien fallece el once de enero de mil novecientos noventa y siete, quiere decir que todos los bienes de la sucesión se encontraban indivisos al once de enero de mil novecientos noventa y siete, ya que los bienes eran administrados por la madre de los mismos; que, de fojas quinientos cuatro a quinientos seis obra la sentencia de desalojo por ocupante precario, proceso ciento treinta - dos mil dos, como Certificación del mismo, que ha quedado consentida, acción que interponen los demandados al recurrente, que fue declarado improcedente, por cuanto el bien que tenía en posesión el recurrente era de la masa hereditaria; que, de fojas cuatrocientos setenta y uno a cuatrocientos ochenta y uno aparece que ya en anterior oportunidad fue declarado fundado el recurso de casación, y se ordenó que se emita nuevo fallo de acuerdo a derecho y los actuados, lo que no ha sucedido.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, antes de absolver las denuncias postuladas por el recurrente conviene hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. En tal sentido, es de apreciar que, a fojas quince, el ahora recurrente ha interpuesto demanda, postulando como pretensión principal la división y partición de un bien de dos mil ciento cincuenta y siete metros cuadrados y, como -pretensiones accesorias, que se dé por concluido el estado de copropiedad del bien y se le entregue en adjudicación la parte proporcional o cuota ideal a cada heredero y, además, que Elena Alodia González Ferrari, que es la conductora de la mayoría del inmueble sub litis, le pague frutos por veinte mil dólares americanos.

Segundo. Que, tramitada la causa según su naturaleza, por sentencia de fojas cuatrocientos ochenta y siete, su fecha dieciocho de agosto del dos mil seis, el juez de la causa ha declarado infundada la demanda de división y partición, improcedente la pretensión de cobro de frutos y fundada la reconvencción; en consecuencia, dispone que los coherederos cumplan con otorgar la escritura pública que formalice la división y partición realizada.

Tercero. Que, apelada la mencionada sentencia, el Superior Colegiado la ha confirmado, mediante resolución de vista de fojas quinientos ochenta y cuatro, su fecha doce de abril del dos mil siete. Entre sus consideraciones ha establecido que, conforme lo dispuso esta Suprema Sala, el Juez del proceso ha cumplido con merituar al Expediente trescientos veintiséis - noventa y ocho sobre administración judicial de bienes; que, se aprecia que

si bien se ha expedido sentencia en dicho proceso con fecha treinta de octubre del dos mil uno, el mismo se encuentra en giro y se ha nombrado como administrador judicial a Rafael Andrés Cervantes Castillo con el encargo expreso de realizar un inventario de bienes dejados por el causante. Dicha resolución ha sido confirmada, mediante auto de vista de fojas quinientos cuarenta del mismo expediente, señala también que el proceso de administración judicial, por su propia naturaleza, no impide la tramitación de la demanda de división y participación de bienes; además que con los oficios de foja trescientos cincuenta y cinco m, trescientos sesenta y cuatro m, trescientos ochenta y cuatro y los documentos de fojas noventa y seis a ciento nueve se acredita que, el demandante y los demandados viven en predios independientes, con sus propios servicios básicos, lo que pone en evidencia que efectivamente hubo una participación extra judicial entre ellos; que, dicha participación no requería de una escritura pública para efectivizarse, pues lo determinante fue la voluntad de las partes amparada en el principio de libertad de formas; respecto de la reconvencción propuesta por el representante de los demandados para que se otorgue escritura pública y formalice la división y partición realizada entre las partes de este proceso, señala el ad quem que se debe tener en cuenta que la misma resulta procedente en razón que hubo una partición consensual del predio original, siendo la escritura pública la que la completaría otorgando el título a los poseedores; que no se ha acreditado la existencia del bien que produzca frutos, ni su titularidad, ni que los demandados vengán percibiendo los frutos reclamados, pues físicamente cada uno posee su propio inmueble, por lo cual la demanda deviene en improcedente en tal extremo... ”

Cuarto. Que, por otro lado, es menester señalar que, al haberse interpuesto recurso de casación en anterior oportunidad, tal como pudo apreciarse a fojas cuatrocientos cuarenta y seis, este Supremo Colegiado, mediante ejecutoria de fojas cuatrocientos setenta y nueve, declaró fundado tal recurso, ordenando que se emitiera nuevo fallo, al estimar que se había omitido valorar el Expediente trescientos veintiséis - noventa y ocho, al que antes se ha hecho referencia. En los considerandos segundo y tercero de la presente resolución se han reseñado las resoluciones que emitieran las instancias de mérito en cumplimiento del mandato conferido mediante la ejecutoria aquí glosada’.

Quinto. Que, sin embargo, el recurso que ahora se absuelve se sustenta precisamente en la Sala Revisora como el juez de la causa no han cumplido con pronunciarse conforme a derecho y a lo actuado respecto del Expediente Número trescientos veintiséis – noventa y ocho, vulnerando el artículo ciento treinta y nueve, inciso quinto, de la Constitución Política del Estado, el artículo doce de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los artículos cincuenta, inciso sexto, y ciento veintidós, inciso tercero y cuarto del Código Procesal Civil.

Sexto. Que, la motivación de las resoluciones judiciales es una garantía de la función jurisdiccional y, en nuestro ordenamiento jurídico está regulado por los artículos precitados. Una motivación comporta la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales señaladas, así como con arreglo a los hechos y petitorios formulados por las partes; por consiguiente, una motivación adecuada y suficiente comprende tanto la motivación de hecho o in factum (en el que se establecen los hechos probados y

no probados mediante la valoración conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de la norma), como la motivación de derecho o in jure (en el que selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de la misma). Por otro lado, dicha motivación debe ser ordenada, fluida, lógica; es decir, debe observar los principios de la lógica y evitar los errores in cogitando, esto es, la contradicción o falta de logicidad entre los considerandos de la resolución.

Séptimo. Que, examinada la sentencia expedida por el ad quem a fojas quinientos ochenta y cuatro, la cual se ha glosado ampliamente con anterioridad (ver considerando de la presente), el Superior Colegiado ha confirmado la sentencia de primera instancia que desestima la pretensión de división y partición. bajo el sustento de que las partes en el proceso, herederos de los causantes Isaías Gonzales Candela y Leonor Ferrari Walde, han realizado una partición extrajudicial entre ellas. la cual no requería de una escritura pública para efectivizarse. Sin embargo, el ad quem no ha reparado en que en el proceso trescientos veintiséis - noventa y ocho. cuyas copias certificadas se tiene a la vista, las propias solicitantes, Elena y Zoila Gonzales Ferrari, al interponer su solicitud de Administración Judicial de Bienes, afirmaron que existía una indivisión de los bienes de la masa hereditaria correspondiente a los causantes Isaías Gonzales Candela y Leonor Ferrari Walde. Asimismo. tal como consta a fojas ciento ochenta y cuatro de tal expediente acompañado, al emitirse sentencia en el mismo, se estableció claramente la situación indivisa de la masa hereditaria de los causantes mencionados. Por consiguiente. Ello resulta abiertamente contradictorio con el fallo emitido en el presente proceso de división y partición, puesto que en éste se ha establecido que va se ha realizado la partición entre los herederos, es decir, en un proceso se sostiene que hay situación indivisa la masa hereditaria y en el otro se dice ya se realizó la partición de tal masa.

Octavo. Que, en conclusión, es evidente la violación del principio lógico de no contradicción (error in cogitando), que determina la transgresión del principio de motivación de las resoluciones judiciales, debiendo resaltarse que es la segunda vez que este Supremo Colegiado ordena una debida valoración del Expediente número trescientos veintiséis - noventa y ocho, lo cual amerita un mayor celo en el cumplimiento de lo dispuesto por este Supremo Tribunal.

Noveno. Que, siendo así, se concluye que la resolución de vista ha transgredido las normas denunciadas, por lo cual el ad quem debe renovar el acto viciado. Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo dispuesto por el artículo trescientos noventa y seis, apartado dos punto uno, del Código Procesal Civil, Declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Luis Laureano Gonzales Ferrari, por consiguiente, CASARON la sentencia de vista de fojas quinientos ochenta y cuatro, su fecha doce de abril del dos mil siete, expedida por la Sala Mixta Descentralizada e itinerante de Camaná de la Corte Superior de Arequipa; ORDENARON que la Sala de su procedencia expida nuevo fallo, con arreglo a derecho y a lo establecido en los considerandos precedentes; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano

bajo responsabilidad; en los seguidos por Luis Laureano Gonzales Ferrari contra Alejandro Florencio Gonzales Ferrari y otros sobre división y partición; Vocal Ponente Señor Miranda Molina; y los devolvieron.

S.S. TICONA POSTIGO. SOLIS ESPINOZA. PALOMINO GARCIA. CASTAÑEDA SERRANO. M IRANDA MOLINA. C-426640-44

Publicada 02-12-09 Página 26345

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 00001 - 2010

AREQUIPA

Lima, veintiuno de mayo de dos mil diez.

VISTOS: Con el acompañado, viene a conocimiento de éste Supremo Tribunal el recurso de casación interpuesto por Eduardo Serafin Mamani Colque, para cuyo efecto debe procederse a calificar los requisitos de admisibilidad y procedencia de dicho medio impugnatorio, conforme a lo previsto por la Ley 29364 que - entre otros- modificó los artículos 387°, 388°, 391° y 392° del Código Procesal Civil; y,

CONSIDERANDO.

PRIMERO. Que, verificando los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 387 del Código Procesal Civil, el citado medio impugnatorio cumple con ello. i) Se recurre una sentencia expedida por la Sala Superior que pone fin al proceso; ii) Se ha interpuesto ante la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (órgano que emitió la resolución impugnada), si bien no acompaña copia de la cédula de notificación de la resolución recurrida y de la expedida en primer grado, conforme lo exige el inciso 2 del mencionado numeral, ello debe quedar subsanado en la medida que los autos principales fueron remitidos a esta Sala; iii) Fue interpuesto dentro del plazo de los diez días de notificado con la resolución recurrida; y iv) Adjunta arancel judicial por concepto de recurso de casación.

SEGUNDO. Que, previo al análisis de los demás requisitos de fondo, debe considerarse que: el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario de carácter formal que solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no fácticas o de revaloración probatoria, es por ello que tiene como fin esencial la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema; en ese sentido debe fundamentarse de manera clara, precisa y concreta indicando en qué consiste la infracción normativa y cuál es la incidencia directa en que se sustenta.

TERCERO. Que, respecto al requisito de fondo previsto en el inciso 1 del artículo 388 del citado Código Procesal Civil, el recurrente cumple con ello, en razón a que no dejó consentir la sentencia de primera instancia que le fue desfavorable.

CUARTO. Que, invoca como causales de su recurso a) infracción normativa respecto a la interpretación errónea del artículo 92 del Código Civil, sosteniendo que con el razonamiento efectuado en la sentencia de vista, se configuró una infracción normativa, en razón de haberse interpretado erróneamente lo establecido en el artículo 92 del Código Civil, ya que dicha norma señala en su segundo párrafo que el plazo para impugnar acuerdos no inscribibles es de sesenta días contados desde su adopción, mientras que en su tercer párrafo prevé que el término para impugnar acuerdos inscribibles es de treinta días desde su inscripción; y estando a que en el presente caso el acuerdo impugnado fue el nombramiento del Consejo Directivo de la Asociación, conllevando ello a entender que el plazo para impugnar empieza a devengarse desde su inscripción y al interponerse la demanda de impugnación de actos, los acuerdos cuestionados no estaban inscritos, conllevando ello que no se pueda entender que a un acuerdo inscribible -como es el caso del nombramiento de consejo directivo- se le aplique el plazo para impugnar acuerdos no inscribibles, agravio que incidió en que su demanda fuera declarada improcedente.

QUINTO. Que, el recurso de casación así propuesto no puede prosperar, habida cuenta que no se acreditó la interpretación errónea de la norma que denuncia; observándose más bien de los fundamentos vertidos por el recurrente una postura de defensa respecto a cómo deben entenderse los plazos de caducidad para impugnar los acuerdos inscritos y no inscritos; esto en razón a que discrepa de las conclusiones arribadas por la Sala de mérito, la cual señaló que debe aplicarse el plazo de acuerdos inscribibles, por cuanto se encontraba hábil a la fecha de la presentación de la demanda, pues no se había inscrito el cuestionado acuerdo y estando a que las instancias de mérito determinaron que el plazo de caducidad corría a partir de la fecha del acuerdo -veintitrés de abril del dos mil seis- se observa que el impugnante pretende a través del recurso de casación el reexamen de lo actuado por las instancias de mérito, pretensión que no puede ser discutida vía casatoria por contravenir los fines establecidos, por tanto el recurso debe ser declarado improcedente.

Por las razones expuestas y en aplicación a lo dispuesto en el artículo 392° del Código Procesal Civil; Declararon IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por Eduardo Serafín Mamani Colque a fojas quinientos cuarenta y siete; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” bajo responsabili-

dad; en los seguidos por Eduardo Serafín Mamani Colque y Juana Francisca Vilca Mestas con Cesar Miguel Challco Jiménez, René Valenzuela Pinto, APAFA de la Institución Educativa Ludwig Van Bethoven, Jessica Challco Peña, Ana María Rengifo Jiménez, Julián Mescco Pumallacla y Alfredo Cruz Ruelas sobre impugnación de acuerdo; interviniendo como Ponente, el Juez Supremo, señor Vinatea Medina.

SS

ALMENARA BRYSON
LEON RAMIREZ
VINATEA MEDINA
ALVAREZ LOPEZ
VALCARCEL SALDAÑA

CORTE SUPREMA DE IUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 993-2070.

LA LIBERTAD

Lima, diez de marzo del dos mil once.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; con los expedientes acompañados; vista la causa número novecientos noventitres - dos mil diez, en audiencia pública en el día de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley; emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Es materia del presente recurso de casación la resolución de vista de folios trescientos ochenta y uno a trescientos ochenta y siete, su fecha veinte de julio de dos mil nueve, que confirmó en parte la sentencia apelada de fojas trescientos dieciséis su fecha diecinueve de septiembre de dos mil ocho, que declaró fundada la demanda; y, ordenó la cancelación del asiento registral número C cero cero cero cero dos de la partida electrónica número uno uno cero uno cero seis siete tres del Registro de la Propiedad inmueble de Trujillo; y el traslado de la inscripción del asiento D-dos de la ficha número uno cero cinco uno ocho

actualmente partida electrónica número uno uno cero uno cero seis siete dos, a la partida electrónica número uno uno cero uno cero seis siete tres, anteriormente ficha número uno cero cinco uno siete de la Oficina de los Registros Públicos de Trujillo; revocando la referida sentencia apelada en la parte que ordena el traslado de la inscripción del asiento D- dos de la ficha uno cero cinco uno ocho, actualmente partida electrónica uno uno cero uno cero seis siete dos a la partida uno uno cero uno cero seis siete tres, antes ficha uno cero cinco siete uno siete; reformándola en dicho extremo; declararon improcedente la demanda en cuanto a dicha pretensión acumulada; con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO

Este Supremo Tribunal de Casación ha declarado procedente el recurso mediante resolución de fecha veintiuno de julio de dos mil diez, obrante a folios treinta y siete del cuadernillo de casación, por la causal relativa a la infracción normativa sustantiva referida a la aplicación indebida del artículo 190° del Código Civil.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, las causales que señala el artículo 386° del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364, se sustenta en la infracción normativa, la misma que debe incidir directamente en la decisión contenida en la resolución impugnada, siempre que contenga infracción de la ley, interpretación errónea, indebida aplicación e inaplicación de las leyes, lo cual debe explicarse en los fundamentos del recurso a fin de dar cumplimiento a la exigencia de claridad y precisión a la infracción normativa que exige el artículo 388o incisos 2° y 3° del Código Procesal Civil.

SEGUNDO. Que, en el caso de la infracción normativa que aduce el recurrente en su recurso, la misma versa sobre una supuesta aplicación indebida del artículo 190° del Código Civil, argumentando que es erróneo pensar subjetivamente que los esposos Salinas - Zárata hayan gravado el inmueble del lote “B”, a sabiendas que no era de su propiedad, cuando en autos corre la escritura pública del tres de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco, donde claramente se indica que son propietarios del referido lote “B”, y que éste título de propiedad fue presentado al banco demandante a fin que otorgue la garantía hipotecaria, por lo que si se ha incurrido en error de registro de la garantía hipotecaria, no es por causas imputables a los esposos Salinas - Zárata, pues ellos desconocían el error material incurrido por el registrador al inscribir la hipoteca, lo cual debió ser advertido por el banco demandante.

TERCERO. Que examinado el presente proceso para determinar si se ha infringido o no la aducida infracción normativa que se denuncia, se advierte que en el presente proceso Interbank demanda la nulidad del acto jurídico de compra - venta de fecha seis de octubre de dos mil cuatro y su aclaratoria del diez de noviembre del dos mil cuatro, respecto del inmueble ubicado en la Calle Tupac Yupanqui sin número, Lote “A”, Provin-

cia de Trujillo, Departamento de la Libertad, afirmando que dicha transferencia ha sido otorgada con el fin de perjudicar a la referida institución, con el propósito que no pueda realizar su acreencia consistente en una línea de crédito por veinte mil dólares americanos, otorgada a los demandados quienes constituyeron hipoteca a favor de Interbank sobre el citado inmueble.

CUARTO. Aún cuando uno de los puntos de la controversia consiste en determinar si se debe declarar o no la nulidad del acto jurídico, es menester precisar, que el tema de litis básicamente se constriñe en determinar si el cuestionado acto jurídico adolece de simulación absoluta o de la existencia de fraude como presupuesto de la acción revocatoria o pauliana, establecidos en los artículos 190° 195° del Código Civil respectivamente, conforme ha sido dilucidado en la sentencia de vista.

QUINTO. Que la Sala de mérito en el Considerando Segundo y Tercero de la recurrida, nos hace ver, tanto los requisitos del acto jurídico como su ineficacia por efectos estructurales, afirmando en el Cuarto Considerando, que: “en el caso de la simulación absoluta, acorde a lo señalado por el artículo 190° del Código Civil, ello ocurre cuando se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe voluntad para celebrarlo, entonces, la sanción es la nulidad absoluta, según el inciso 5°) del artículo 2190° del mismo Código (...)” (sic). Sin embargo, en el Considerando Quinto, vulnerando el principio de congruencia que debe observar toda resolución judicial, se contradice, al expresar que: “en la simulación absoluta operan cuestiones subjetivas, resultando complicado obtener medios probatorios objetivos directos y fehacientes, para determinar en sede judicial la concurrencia de los presupuestos de la simulación (. ..)” sic.

SEXTO. De lo expuesto se constata, que en el caso de autos, efectivamente, se ha incurrido en aplicación indebida del artículo 190° del Código Civil, numeral que prevé la simulación absoluta del acto jurídico, la misma que no se condice con la norma material que sustenta el petitorio de la demanda de folios cuarentinueve y siguientes, es decir, el artículo 195° del citado Código Sustantivo, numeral que hace referencia al fraude del acto jurídico, específicamente a la acción pauliana o acción revocatoria, la cual se produce cuando el acreedor solicita se quede sin efecto el acto realizado por el deudor, lo que importa una disminución en el patrimonio de éste, que hace imposible el pago de sus acreencias; es por ello que se recurre al órgano jurisdiccional, con el fin que se revoque el acto celebrado con un tercero, para que el acreedor pueda hacerse pago con el bien que debe reingresar al patrimonio del deudor, lo cual no es compatible con el petitorio materia de litigio, por lo que se puede concluir con meridiana nitidez, que la Sala de mérito ha sustentado su decisión aplicando indebidamente el artículo 190° del Código Civil. En consecuencia, la decisión jurisdiccional de la Sala de mérito no se encuentra arreglada a derecho. Por estas consideraciones y en aplicación del primer párrafo del artículo 391o del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364:

DECISIÓN:

- a. Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto de folios cuatrocientos cinco a cuatrocientos trece por Luís Alberto Chávez, abogado del demandado Carlos Raúl Salavarría Luna Victoria; en consecuencia NULA la sentencia de vista de folios trescientos ochenta y uno a trescientos ochenta y siete, su fecha veinte de julio de dos mil nueve, expedida por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad.
- b. ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA: REVOCARON la sentencia apelada de folios trescientos dieciséis a trescientos veinticuatro de fecha diecinueve de septiembre de dos mil ocho, que declaró fundada la demanda de nulidad de acto jurídico interpuesta por Interbank - Sucursal Trujillo; REFORMÁNDOLA: declararon INFUNDADA la demanda.
- c. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”; bajo responsabilidad; en los seguidos por el Banco Interbank sucursal Trujillo con Jesús Gerardo Salinas Aguirre, Elizabeth Marlene Zárale Vargas de Salinas, Carlos Raúl Salavarría Luna Victoria y Rocío Elizabeth Obeso García, sobre nulidad de acto jurídico; y los devolvieron; interviniendo como ponente el señor De Valdivia Cano.

SS.

ALMENARA BRYSON
DE VALDIVIA CANO
WALDE JÁUREGUI
VINATEA MEDINA
CASTAÑEDA SERRANO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 47-2010

DEL SANTA

Lima, veintiuno de octubre de dos mil diez.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA: con los acompañados; vista la causa en el día de la fecha, expide la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto de fojas trescientos trece a trescientos veintiuno por la Empresa Pesquera HAYDUK S.A. (en adelante HAYDUK S.A.) contra la sentencia de vista corriente de fojas doscientos noventa y seis a trescientos uno, su fecha catorce julio de dos mil nueve, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, que confirma la apelada obrante a fojas doscientos dieciocho a doscientos veintiuno, que declara fundada en parte la demanda de indemnización de daños y perjuicios.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Esta sala Suprema por Resolución de fecha treinta y uno de mayo del año en curso, obrante a fojas treinta y dos a treinta y cuatro del Cuaderno respectivo, ha declarado procedente el recurso de casación por la causal contemplada en el artículo 386° del Código Procesal Civil modificado por la Ley No 29364, consistente en la infracción normativa sustantiva del artículo 1981° del Código Civil, alega que la responsabilidad solidaria que se atribuye no contiene fundamentos de hecho que se encuentren subsumidos en el precitado artículo 1981° pues no se precisa en qué hecho antijurídico habría incurrido para que se le reputa responsable indirecto, ni se ha señalado si hubo dolo o culpa por su parte, asimismo, sostiene que la Sala no establece una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido en el que haya intervenido directa o indirectamente por el contrario dicho fallo se sustenta solo en el hecho que la impugnante eligió al Interpross S.R.L. (en adelante INTERPROSS.R.L.) para que le preste los servicios que a ésta a su vez le encomendó a la víctima; argumenta que la Sala Civil incurre a grave error al invocar parcialmente la Sentencia Casatoria número quinientos sesenta y dos mil cinco Moquegua, y establecer la solidaridad en el pago aludido sin que medie razón o fundamento alguno; agrega que la impugnada no

contiene base fáctica alguna y no podría tenerlo por cuanto la actora no ha invocado de forma clara y expresa, ni ha demostrado que le alcance responsabilidad alguna, lo que se refleja en la ausencia absoluta de fundamento en el que se explique en qué consiste la responsabilidad en el evento dañoso submateria, razones que permiten establecer que se le obliga al pago de una indemnización de forma arbitraria contra el texto claro y expreso del indicado artículo 1981°.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, para efectos de determinar si en el caso concreto, se constata la infracción normativa sustantiva del artículo 1981° del Código Civil, es necesario realizar las precisiones que a continuación se desarrollan.

SEGUNDO. Que, de la lectura de la demanda obrante de fojas veintitrés a veintinueve, es de verse que Marisol Zenaida Peláez Benítez recurre ante el órgano jurisdiccional solicitando que las demandadas INTERPROS S.R.L. Y HAYDUK S.A. le paguen en forma solidaria la cantidad de novecientos mil nuevos soles por daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño personal, más intereses legales, costas y costos del proceso.

TERCERO. Que, la actora sostiene que su esposo Jorge Alberto Valle Blas laboró como electricista para HAYDUK S.A., encargado de la revisión y mantenimiento de las instalaciones eléctrica de cables de mediana y alta tensión, labor de alto riesgo, para el normal funcionamiento de la planta de congelados número tres de dicha empresa, supervisado por INTERPROS S.R.L, desde el doce de febrero de dos mil cuatro hasta el trece de abril del mismo año, fecha en que sufrió el accidente que le causó la muerte; señala que como consecuencia de una caída sufrida a una altura aproximada de cuatro metros cuando desempeñaba su labor de electricista en la revisión y mantenimiento de las instalaciones eléctricas de cable de mediana y alta tensión sin contar con casco ni implemente de seguridad ni seguro alguno que debieron ser proveídos por las empresas mencionadas.

CUARTO. Que, INTERPROS S.R.L. contesta la demanda mediante escrito obrante de fojas setenta y ocho a noventa, negando y contradiciéndola en todos sus extremos; alega que es una empresa debidamente constituida dedicada a las actividades de intermediación laboral, cumpliendo con las exigencias de la ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores y su reglamento Decreto Supremo N° 003-2002-TR, encontrándose registrado en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de intermediación laboral de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción Social de Ancash; refiere que brinda servicios exclusivamente a la codemandada HAYDUK S.A. para lo cual destacan a sus trabajadores a fin de que efectúen servicios de instalación en la citada empresa, recalcando que todos sus trabajadores se encuentran en planillas, otorgándole las respectivas boletas de pago, gratificaciones, vacaciones, etc.; manifiesta que le sorprende la presente demanda por cuando la esposa de la víctima sabe que el accidente de trabajo que ocasionó la muerte de su esposo fueron por causas ajenas y no imputables a su representada, sino por la im-

prudencia propia del trabajador; arguye que fueron empleadores de la víctima pero no es cierto que la misma haya laborado para HAYDUK S.4., lo cierto es que la recurrente destacó al trabajador a la empresa usuaria para que realice la revisión y mantenimiento de las instalaciones eléctricas para el normal funcionamiento de la Planta de Congelados número tres de HAYDUKS.A.; indica que las labores que realizaba el ex trabajador no eran de alto riesgo, prueba de ello es que el día del accidente se encontraba realizando la colocación de luminarias, provisto de todos los implementos y medidas de seguridad, entre ellos, de un andamio de fierro, sin embargo debido a la impericia e imprudencia del trabajador, éste perdió el equilibrio y cayó al pavimento, provocándole la muerte.

QUINTO. Que, asimismo, HAYDUK S.A. mediante escrito obrante de fojas cien a ciento cuatro, contesta la demanda negando y contradiciéndola en todos sus extremos; sostiene que la víctima nunca trabajó para ella sino para INTERPROS S.R.L, conforme lo reconoce la propia demandante y si bien el día trece de abril de dos mil cuatro sufrió una caída, no es cierto que se encontrara sin implementos de seguridad sino que se debió a la imprudencia de la propia víctima, resultando de aplicación el artículo 1972 del Código Civil; arguye que no existe causalidad entre el daño producido y la empresa, máxime si no existe relación contractual laboral de quien en vida fue el esposos de la actora.

SEXTO. Que, el Juez por Resolución número dieciséis, obrante de fojas doscientos dieciocho a doscientos veintiuno, su fecha diecinueve de agosto de dos mil ocho, expide sentencia declarando fundada en parte la demanda, en consecuencia, ordena que las demandadas paguen en forma solidaria la suma de quince mil nuevos soles por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral, más intereses legales, con costas y costos del proceso; sustenta su decisión en que INTERPROS S.R.L. es subordinada de la co-demandada HAYDUK S.A., por tanto, al no encontrarse la primera de las nombradas en el lugar del accidente para supervisar la labor de su subordinado (la víctima) en el mandamiento de las luminarias acotadas y de que el andamio reuniera las seguridades pertinentes, motiva que se haga extensiva también la responsabilidad a HAYDUK S.4., en aplicación del artículo 1981° del Código Civil por los actos del subordinado; agrega que acorde al dispositivo en mención, una persona natural o jurídica asume la responsabilidad por los actos de la persona que está bajo su cargo, sin necesidad incluso que exista respecto de aquella un vínculo laboral contractual, puesto que si bien el occiso era trabajador de la co-demandada INTERPROS S.R.L., sin embargo ello no exculpa a HAYDUK S.A. de la responsabilidad señalada por el artículo 1981 del acotado Código Sustantivo.

SÉTIMO. Que, la Sala Superior, por resolución número veintiséis, su fecha catorce de julio de dos mil nueve, confirmó la apelada, integrando la misma en el extremo del daño a la persona, la declara improcedente, modificándola en cuanto al monto indemnizatorio, el mismo que fijan en la cantidad de sesenta mil nuevos soles, integrando los conceptos de daño emergente, lucro cesante y daño moral; argumenta que en cuanto a la responsabilidad solidaria de la demandada HAYDUK S.A. resulta de aplicación el mismo razonamiento del Juez si se tiene en cuenta que la recurrente fue la que eligió a la co-demandada INTERPROS S.R.L. para que le preste los servicios que ésta a su vez

le encomendó al occiso, por ello cuando el Juez señala que la responsabilidad vicaria que asume HAYDUK S.A. es por culpa in eligendo, está aplicando el derecho que corresponde al proceso, invocando la norma pertinente para resolver la causa conforme a ley, concluyendo que si bien el occiso no tenía la calidad de trabajador de la empresa HAYDUK S.A. al ser personal contratado por INTERPROS S.R.L. para la instalación de luminarias, ello no exculpa a la recurrente de la responsabilidad señalada en el artículo 1981 del Código Civil.

OCTAVO. Que, la parte recurrente denuncia la infracción normativa sustantiva del artículo 1981 del código Civil, norma que regula la responsabilidad civil indirecta por hecho de subordinación o dependientes, lo que en doctrina se denomina daño causado en ejercicio de las funciones, señalado que “Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”.

NOVENO. Que, la precitada norma exige como requisitos legales que exista una relación de subordinación de hecho o jurídica del autordirecto del año respecto del autor indirecto del mismo y además que el autor directo haya causado daño a la víctima en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo.

DÉCIMO. Que, debemos precisar que el daño ocasionado al cónyuge fallecido de la demandante deriva de la actividad riesgosa que ésta ejecutaba por encargo de INTERPROS S.R.L. en las instalaciones de HAYDUK S.A., realizando labores propias de su especialidad como técnico electricista cambiando luminarias.

DÉCIMO PRIMERO. Que, siendo esto así, el autor directo del daño lo constituye INTERPROS S.R.L., empresa que mantiene una relación de subordinación con HAYDUK S.A. conforme se aprecia de las propias afirmaciones vertidas por la primera de las nombradas en su escrito de contestación obrante a fojas setenta y ocho al señalar que se dedica exclusivamente a brindar servicios a HAYDUK S.A., lo cual se corrobora con lo establecido en la cláusula segunda de los Estatutos de la Constitución de Sociedad Comercial de responsabilidad limitada de INTERPROS obrante a fojas cincuenta y dos cuando se consiga que dicha sociedad tiene por objeto brindar servicios en toda la actividad de la industria pesquera como ensaque, estiba, desestiba, transporte de harina, aceite y conservas de pescado, suministro de personal para actividades complementarias de este proceso, advirtiéndose que HAYDUK S.A. también se dedica al rubro pesquero.

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, consecuentemente, esta Sala Suprema concluye que el presente recurso no merece ser amparado al no configurarse la infracción normativa sustantiva por interposición errónea del artículo 1981 del Código Civil; fundamentos por los cuales en aplicación de lo dispuesto por el artículo 397º primer párrafo del Código Procesal Civil:

DECISIÓN:

Declararon INFUNDADO el recurso de casación obrante a fojas trescientos trece a trescientos veintiuno interpuesto por HAYDUK S.A.; en consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista corriente de fojas doscientos noventa y seis a trescientos uno, su fecha catorce julio de dos mil nueve, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”; y los devolvieron; en los seguidos por Marisol Zenaida Peláez Benítez, con HAYDUK S.A. e INTERPROS S.R.L., sobre indemnización de daños y perjuicios; y los devolvieron; interviniendo como ponente la señora Valcárcel Saldaña.

SS.

ALMENARA BRYSON
LÉON RAMÍREZ
VINATEA MEDINA
ALVAREZ LOPEZ
VALCARGEL SALDAÑA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION. N° 139-2011

SAN MARTIN

Lima, uno de setiembre de dos mil once.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; con el acompañado, vista la causa ciento treinta y nueve - dos mil once en Audiencia Pública y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata en el presente caso del recurso de casación, interpuesto por la parte demandada conformada por don Salvatore Lettieri, mediante escrito de fojas doscientos cuarenta y cinco a doscientos cincuenta y seis, contra la sentencia de vista contenida en la Resolución No treinta y uno, su fecha quince de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas doscien-

tos treinta y siete a doscientos cuarenta; emitida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín que revoca la sentencia apelada contenida en la Resolución No. veintidós, su fecha veintiuno de mayo de dos mil diez, de fojas ciento sesenta y cuatro a ciento setenta, que declara infundada la demanda de fojas veinte a veintitrés, sobre nulidad de acuerdo societario, reformándola la declarara fundada la referida; en consecuencia nula la convocatoria a Junta General de Accionistas y la esquila publicada en el Diario “Ahora” su fecha catorce de agosto de dos mil nueve.

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

La Sala mediante resolución de fecha veinticinco de mayo de dos mil once, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de la infracción normativa procesal de los artículos 139° inciso 3) de la Constitución Política del Estado y 122° inciso 3) del Código Procesal Civil que incide directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, pues la demanda constituyó en nulidad de acuerdo societario, a fin que se declare la nulidad de esquila de convocatoria a junta de accionistas. Que tal pedido afirma, se basa en que la convocatoria a junta de accionistas había sido realizada por el Presidente del Directorio y no por el Directorio. Como la Sala Superior desarrolla el quórum del directorio y señala el artículo 168 de la Ley General de Sociedades, indicando que es la mitad más uno de sus miembros, sin tener en cuenta las normas del estatuto; cuyo artículo número veintisiete establece que el Directorio está conformado por cuatro miembros; siendo así los demandantes no han alegado ni pedido ni fundamentando la falta de quórum del Directorio ni en algún otro defecto de ese quórum, sin embargo, la Sala aludida se ha pronunciado precisamente por esos hechos no solicitados, vulnerándose así el Principio de Congruencia Procesal. Además, asevera el recurrente, que durante cinco años de mandato de Gerente que ejercía el actor, Nicola Felice Aquilano, jamás objetó la validez del referido artículo 27° del estatuto, y cuando interpone la presente demanda tampoco lo objeta, lo cual permite concluir que la Sala Superior al expedir su sentencia lo ha hecho pronunciándose sobre hechos no solicitados y derecho no reclamados, violando el debido proceso. Además, los propios demandantes no pueden alegar la nulidad de algún acto pues ellos han consentido la realización de los mismos, ya que se inició y sesionó con el quórum dispuesto por el estatuto. De otro lado la Sala no explica, ni desarrolla cuál es el requisito establecido en el artículo 167° que se ha contravenido para que sea nula la convocatoria a junta de accionistas.

CONSIDERANDOS:

PRIMERO. Que, respecto a la causal denunciada por infracción normativa, según Monroy Cabra -se entiende por causal (de casación) el motivo que establece la ley para la procedencia del recurso....- A decir de De Pina: “El recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la

resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia etc.; los motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan a infracciones en el procedimiento. En ese sentido Escobar Forno señala: “Es cierto que todas las causales supone una violación de ley, pero esta violación puede darse en la forma o en el fondo”. Que, en el presente caso se denuncia la infracción normativa procesal de los artículos 139º inciso 3) de la Constitución Política del Estado y 122º, inciso 3) del Código Procesal Civil.

SEGUNDO. Que, mediante la presente demanda de nulidad de acuerdo societario; obrante a fojas veinte a veintitrés, don Nicola Felice Aquiliano y don Pedro Kovacic Taramona, pretenden que se declare la nulidad del acuerdo societario, específicamente, de la esquila de convocatoria a junta general de accionistas convocada por el Presidente del Directorio, ya que no ha cumplido con las formalidades prescritas en el artículo 245º de la Ley General de Sociedades; argumentando esencialmente que los demandantes son accionistas y directores de la empresa Tabacalera del Oriente Sociedad Anónima Cerrada que constituye una persona jurídica inscrita en Registros Públicos respectivos según la Partida No 11001212), y de conformidad con la parte pertinente del artículo 245º de la Ley General de Sociedades. “La junta de accionistas es convocada por el Directorio o por el Gerente General”. Añade que el demandado en su calidad de Presidente del Directorio de la citada empresa, convocó a Junta General de accionistas con fecha dieciocho de agosto de dos mil nueve, en primera convocatoria y con fecha veintidós de agosto del mismo año en segunda convocatoria, según se acredita con la esquila de convocatoria y la publicación realizada en el diario “Ahora” de fecha catorce de agosto de dos mil nueve. Sostiene que es extraño, que aún cuando el Directorio en esos últimos meses no se había reunido, era materialmente imposible que en sesión de Directorio se haya decidido convocar a Junta General de Accionistas, por lo que de haber sido convocada por el Presidente del Directorio a título personal, dicha convocatoria es nula. Añade que el demandado deberá exhibir el Acta de Sesión de Directorio, en cual deciden convocar a Junta General de Accionistas, por lo que al no haberse reunido el Directorio y menos sesionado y acordado convocar a Junta General, dicha convocatoria no se ajusta a derecho. Alega que la referida convocatoria en las sociedades anónimas cerradas, está reservada a dos órganos de la sociedad, como es el directorio y el gerente general; por lo que en el presente caso al ser convocada por el Presidente del Directorio a título personal, dicha convocatoria es nula, pues vulnera el artículo 38º de la Ley acotada.

TERCERO. Que, mediante el acta de audiencia de saneamiento procesal, y conciliación, obrante a fojas ciento cuarenta y cinco a ciento cuarenta y ocho, se ha fijado los siguientes puntos controvertidos, al determinar si adolece de nulidad la esquila de convocatoria a Junta General de Accionistas del dieciocho de agosto de dos mil nueve, en la medida que fue convocada por el Directorio; b) Determinar si es válido el acuerdo de Directorio el día trece de agosto de dos mil nueve, en donde se dispuso convocar a Junta General de Accionistas.

CUARTO. Que, para los fines de mejor resolver la presente casación resulta necesario precisar que el artículo 245º de la Ley General de Sociedades N° 26887 hace referencia

a tres actos jurídicos de contenido societario, autónomos, pero lógicamente conectados entre sí: el acuerdo de Convocatoria a Junta General de Accionistas, la esquila por la cual el órgano de gobierno facultado para realizar la convocatoria, comunica a los asociados dicha convocatoria y la Junta General de Accionistas que deriva de la convocatoria; habiéndose solicitado por el demandante, conforme se deduce de la pretensión invocada en dicha demanda, únicamente la nulidad de la esquila de convocatoria.

QUINTO. Que, el A quo expide la sentencia de primera instancia de fojas ciento sesenta y cuatro a ciento setenta, declarando infundada la demanda; interpuesta por don Nicola Felice Aquiliano y don Pedro Kovacic Taramona contra don Salvatore Lettieri, sobre impugnación de esquila de convocatoria a Junta General de Accionistas; y, el pago de costas y costos del proceso; basando principalmente su decisión en la teoría de los actos propios y precisando que el petitorio de la demanda se circunscribe solamente a la nulidad de la esquila de convocatoria a Junta General Extraordinaria, de fecha trece de agosto de dos mil nueve, mediante la cual el Presidente del Directorio convocó a Junta General de Accionistas citada, cuya agenda era: a) Elección del nuevo directorio; b) Remoción de don Nicola Felice como Gerente General de la empresa y revocatoria de poderes; c) Desistimiento de denuncia penal presentada por la empresa y d) Otorgamiento de facultades. Precisa que la referida esquila obra a fojas tres y diecisiete vuelta y en ella se señala que dicha convocatoria se dio de conformidad con lo dispuesto por el Directorio, por lo que es necesario analizar este último, pues el propio demandante afirma que no existió acuerdo de Directorio alguno establece que del acta de la Junta General de Accionistas, que obra a fojas veintiocho a cuarenta, su fecha ocho de agosto de dos mil nueve, se infiere que se llevó a cabo dicha junta general convocada por la esquila de convocatoria cuestionada a través del presente proceso. Agrega que a fojas sesenta y cinco a setenta y seis obra la escritura pública de modificación integral de Estatutos de la empresa Tabacalera del Oriente Sociedad Anónima Cerrada donde establece en el artículo 22° que la Junta General de Accionistas es convocada por el Directorio de conformidad con el artículo 116° de la Ley General de Sociedades y para su celebración la anticipación de la publicación será no menor de tres días, formalidad que se ha cumplido en este caso, según se constata en la esquila de fojas tres, cuatro, cinco, ciento cinco y vuelta; donde se aprecia que fue convocada por el Presidente del Directorio Salvatore Lettieri y con una anticipación de tres días por lo que se cumple con lo dispuesto por los artículos 116° y 245° de la citada Ley. El A quo además analiza si existió o no el acuerdo de Directorio de la empresa Tabacalera del Oriente Sociedad Anónima Cerrada, donde se decidió convoca,” a Junta General Extraordinaria de Socios y los puntos detallados en la esquila de convocatoria materia de litis, por lo que al respecto señala que en la sesión de Directorio, llevada a cabo el trece de agosto de dos mil nueve, se aprecia del libro de actas de fojas noventa y cinco a noventa y seis, que se acordó convocar a Junta General de Accionistas para tratar la agenda antes citada. Agrega que si bien, el artículo 168° de la misma Ley, establece que el quórum del directorio es la mitad mas uno de sus miembros, y el artículo 27° del estatuto de la empresa indica que el directorio está compuesto por cuatro miembros; sin embargo, el artículo 28° de dicho estatuto señala que el quórum del directorio es de 2 miembros, si bien existe contradicción de normas, por jerarquía, el artículo 138°

de la referida Ley, debe ser aplicable al caso de autos. Colige que a fojas noventa y tres a noventa y cinco, observa en el acta de sesión, que la sesión del trece de agosto de dos mil nueve se llevó a cabo con la presencia de dos de los cuatro miembros del Directorio: Gennaro Lettieri y Salvatore Lettieri, donde se acordó entre otros puntos.- “Convocar a la Junta General de Accionistas para el día martes dieciocho de agosto de dos mil nueve con la agenda descrita anteriormente” Agrega que aún cuando no se cumplió con el quorum correspondiente, el co-demandante Nicola Felice Aquiliano, pretendió evitar la realización de la misma, así lo prueba el acta notarial de comprobación de hecho (ver fojas noventa y cinco a noventa y ocho), disponiendo que no se permita el ingreso de los demás miembros del Directorio, dejando un letrero en la puerta del local indicando que la sesión de directorio se realizará en segunda fecha por falta de quorum; lo cual también se corrobora en la audiencia especial de fojas ciento sesenta a ciento sesenta y dos, donde éste reconoce haber estado en el local el trece de agosto de dos mil nueve, y fue él quien dispuso pegar el aviso de aplazamiento de la junta respectiva. Concluye que dicha actitud es relevante ya que el hecho de estar presente en el local, habría conllevado a completar el quórum establecido en el acotado artículo 168º de la Ley societaria; por tanto, es incongruente que pretenda ahora alegar judicialmente la inexistencia de dicho directorio que aprobó convocar la Junta General de Accionistas, para pretender la nulidad de la escuela de convocatoria, ya que contraviene a su propio actuar, siendo de aplicación el aludido principio de los actos propios, pues “nadie puede actuar contra los actos propios”.

Agrega que el acta de directorio del trece de agosto de dos mil nueve, que aprobó la convocatoria a la junta general de accionistas, sobre la cual se sustenta la escuela de convocatoria, no ha sido impugnada, por tanto no puede ser materia de cuestionamiento en el presente proceso, por tanto no existe causal alguna de nulidad.

SEXTO. Que, apelada la sentencia de primera instancia, conforme a los agravios expuestos en el escrito correspondiente y concedida dicha apelación, la Sala Superior, expide la sentencia de vista recurrida, de fojas doscientos treinta y siete a doscientos cuarenta, revocando la sentencia apelada que declara infundada la demanda sobre nulidad de acuerdo societario y reformándola la declara fundada la citada demanda, en consecuencia nula la convocatoria a Junta General de Accionistas y la escuela publicada en el Diario “Ahora” su fecha catorce de agosto de dos mil nueve, sustentando principalmente su decisión en el artículo 38º de la Ley General de Sociedades y estableciendo que en el caso concreto, el acuerdo (convocatoria) mediante el cual se convoca a junta general de accionistas para realizarse en primera convocatoria, el dieciocho de agosto de dos mil nueve y en segunda convocatoria el veintidós de agosto de dos mil nueve, no ha sido adoptada por la mayoría de socios de la empresa Tabacalera del Oriente Sociedad Anónima Cerrada, sino por el Directorio, por lo tanto no constituye un acuerdo societario en sentido estricto, cuya invalidez se impugna según el acotado artículo 38. Señala que la convocatoria al directorio la realiza el presidente o quien haga sus veces, en los plazos y oportunidades que señale el estatuto y cada vez que lo juzgue necesario para el interés social, o cuando lo solicita cualquier director o el gerente general según el artículo 167º de la referida Ley. Agrega que conforme al artículo 168 de la misma Ley societaria; referidas al quórum del directorio,

este está conformado por la mitad más uno de sus miembros. Si el número de directores es impar, el quórum es el número entero inmediato superior al de la mitad de aquél. El estatuto puede señalar un quórum mayor en forma general o para determinados asuntos, pero no es válida la disposición que exija la concurrencia de todos los directores. Precisa que dicha norma es aplicable al caso concreto y no el estatuto, pues este último en su artículo 28° contradictoriamente a la ley, establece que el quórum del directorio es de dos miembros y en caso de empate decide quien la preside. Agrega que en ese sentido teniendo en consideración que el directorio de la empresa Tabacalera del Oriente Sociedad Anónima Cerrada está conformado por cuatro directores; sin embargo, los demandados no han acreditado haber realizado la convocatoria cumpliendo con el quórum de asistencia, ya que solo asistieron dos, adoleciendo por ende de nulidad, al haberse realizado contraviniendo el artículo 167° de la Ley antes citada. Sobre la validez de la esquila de la convocatoria, indica que debe analizarse a partir de la validez de la convocatoria y a la luz del artículo 245° concordante con el artículo 116° del mismo cuerpo legal. Al respecto establece que en este caso, si bien la esquila de convocatoria de fojas diecisiete cumple los requisitos de ley, sin embargo, también es inválida, en la medida que como se tiene sostenido, la convocatoria que la origina es nula, al haber sido realizada contraviniendo la ley acotada. Concluye que la conducta de los demandantes, tendiente a impedir la realización de Junta General de Accionistas, no justifica la vulneración de las normas acotadas, en todo caso los demandados debieron haber utilizado los mecanismos que la ley ha puesto a su alcance.

SETIMO. Que, al respecto debe precisarse previamente que el principio denominado “motivación de los fallos judiciales”, constituye un valor jurídico que rebasa el interés de los justiciables por cuanto se fundamenta en principios de orden jurídico, pues la declaración del derecho en un caso concreto, es una facultad del Juzgador que por imperio del artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, impone una exigencia social de que la comunidad sienta como un valor jurídico, denominado, fundamentación o motivación de la sentencia; el mismo que se encuentra contenido en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política del Estado concordante con el artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial e incisos 3 y 4 del artículo 122° y 50° inciso 6 del Código Adjetivo.

OCTAVO. Que, a su vez, siendo ello así, el Juez debe, en su resolución motivada, expresar el razonamiento que lo lleva a adoptar su decisión, lo que incluye expresar la valoración conjunta y razonada de las pruebas obrantes en autos. Siendo así, el juez al momento de fundamentar su decisión debe motivar por escrito su valoración probatoria y explicar por que considera acreditado un determinado supuesto fáctico, al menos, en sus consideraciones esenciales, de no hacerlo nos encontraríamos ante el supuesto de motivación aparente o motivación inexistente, circunstancia que no permite a las partes, conocer cuál es la razón por la cual, el juzgador da por acreditado determinado hecho o atribuye un hecho una determinada consecuencia jurídica sin sustento normativo.

Ante ello, también debe tenerse en cuenta que, como ha señalado el Tribunal Constitucional a “La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”.

NOVENO. Que, el aludido principio tiene como vicio procesal dos manifestaciones: 1) la falta de motivación y 2) la defectuosa motivación, la cual a su vez se divide en tres agravios procesales: a) motivación aparente; b) motivación insuficiente; y c) motivación defectuosa en sentido estricto; en ese sentido y coincidiendo con la doctrina. La motivación aparente se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos; la motivación insuficiente, que se presenta cuando vulnera el principio de la razón suficiente y la motivación defectuosa propiamente dicha, se presenta cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia.

DÉCIMO. Que, ante el vicio descrito en el considerando precedente, este Supremo Tribunal está facultado para ejercitar su función de control de logicidad, lo que implica verificar si el razonamiento lógico jurídico seguido por los Juzgadores de las instancias respectivas es correcto desde el punto de vista de la lógica formal, esto es, como elemento de validación del pensamiento, como eslabón de la cadena de conocimientos que nos conducen a la posesión de la verdad, conforme a las reglas del buen pensar. Lo contrario generaría una vulneración al principio de motivación de los fallos judiciales, el que debe ser resultado del razonamiento jurídico que efectúa el Juzgador sobre la base de los hechos acreditados en el proceso (los que forman convicción sobre la verdad de ellos) y la aplicación del derecho objetivo. Empero, cuando dicho razonamiento jurídico viola las reglas de la lógica en su estructura se incurre en lo que se denomina como “error in cogitando” o de incoherencia.

DÉCIMO PRIMERO. Que, bajo ese contexto dogmático y atendiendo a los fundamentos por infracción normativa procesal, se puede advertir que en efecto, mediante la presente demanda sobre nulidad de acuerdo societario, la parte demandante solicita únicamente la nulidad de la esquila de convocatoria a junta general de accionistas, por haber sido convocada por el Presidente del Directorio a título personal y no cumplir con las formalidades exigidas en el artículo 245° de la Ley General de Sociedades, razón por la cual los puntos controvertidos están orientados en determinar a) si adolece de nulidad la esquila de convocatoria a Junta General de Accionistas del dieciocho de agosto de dos mil nueve, en la medida que fue convocada por el Directorio y b) si es válido el acuerdo de Directorio el día trece de agosto de dos mil nueve, en donde se dispuso convocar a Junta General de Accionistas; no obstante la Sala Superior circunscribe la controversia en la sentencia de vista recurrida, en hechos no alegados por la partes ni fijados como puntos controvertidos; como es, la falta de quórum del Directorio, tanto más cuando el demandante don Nicola Felice Aquilano en su calidad de gerente general de la empresa Tabacalera del Oriente Sociedad Anónima Cerrada, no cuestionó la validez del artículo 27° del estatuto de la citada empresa.

DÉCIMO SEGUNDO. Que, por último se advierte que en la resolución recurrida, se omite fundamentar con claridad y precisión, cual es el requisito exigido por el artículo 167° de la Ley General de Sociedades que ha sido vulnerado por la parte demandada, para que se declare nula la convocatoria a la Junta General de Accionistas; pues la Sala Superior, sobre la base de este último precepto legal, desarrolla sus fundamentos fácticos por los cuales considera que la demanda debe declararse fundada y ordena que se declare nula la convocatoria a la Junta General de Accionistas y la esquila publicada en el Diario Ahora con fecha catorce de agosto de dos mil nueve; pues la premisa normativa en que se sustenta su actividad hermenéutica y valorativa de la prueba es incorrecta y no se ajusta a los hechos expuestos en la demanda, dado que como ha quedado establecido, mediante la presente demanda se peticiona únicamente la nulidad de la esquila de convocatoria a junta general de accionistas, por haber sido convocada por el Presidente del Directorio a título personal y según lo apreciado en el acta de sesión de fojas noventa y tres a noventa y cinco, esta se llevó a cabo con fecha trece de agosto de dos mil nueve y con la presencia de dos de los cuatro miembros del Directorio, don Gennaro Lettieri y Salvattore Lettieri, acordando entre otros puntos.- “Convocar a la Junta General de Accionistas para el día martes dieciocho de agosto de dos mil nueve con la agenda descrita anteriormente”, lo que no se materializó por impedimento del co-demandante Nicola Felice Aquiliano, según el acta notarial de comprobación de hecho obrante a fojas noventa y cinco a noventa y ocho, lo que se haya corroborado en la audiencia especial de fojas ciento sesenta a ciento sesenta y dos, pues reconoce haber estado en el local el trece de agosto de dos mil nueve. Consecuentemente al no haber sido materia de cuestionamiento por ambas partes el acta de directorio de fecha trece de agosto de dos mil nueve, que aprobó la convocatoria a la junta general de accionistas, sobre la cual se sustenta la esquila de convocatoria, tampoco puede ser materia de controversia en el presente proceso. Por tanto, también se ha configurado una arbitraria valoración de la prueba; lo que origina un fallo con una motivación aparente que no corresponde a los criterios legales ni para la selección del material fáctico ni para la apreciación lógica y razonada de la prueba; razón más que suficiente para que la Corte de Casación no pueda estar impedida de revisar la actividad procesal en materia de la prueba; como ha sucedido en el presente caso.

DÉCIMO TERCERO. Que, sobre la base de lo expuesto se puede constatar que la Sala Superior ha transgredido el principio de congruencia procesal previsto en el artículo VII del Título Preliminar del anotado cuerpo normativo procesal, concordado con el inciso sexto del artículo cincuenta del mismo texto; incurriendo en un pronunciamiento extra petita, es decir, en el que el Tribunal A quem emite una decisión respecto de un petitorio no solicitado (nulidad de acuerdo de directorio); sustentándola en hechos no alegados por las partes, lo que acarrea ineludiblemente la nulidad de la resolución cuestionada por contravenir lo dispuesto en el artículo ciento veintidós incisos tercero y cuarto del Código Procesal Civil, que señala imperativamente que las resoluciones contienen los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho, con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado, además de la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena respecto de todos los puntos controvertidos. Más aún cuando el aludido Tribunal no tiene la facultad para afectar la

declaración de voluntad del pretensor (demandante) y concederle más de lo que éste ha pretendido en su demanda, ni sustentar en hechos no alegados por esta. En tal sentido, el principio de la congruencia judicial exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve.

Por las razones precedentes, se ha configurado la causal denunciada referida a la infracción normativa procesal de los artículos 139 inciso 3) de la Constitución Política del Estado y 122, inciso 3) del Código Procesal Civil.

DECISIÓN:

Estando a lo expuesto y en aplicación del tercer párrafo del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley No 29364, publicada el veintiocho de mayo de dos mil nueve.

Declararon:

- a. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la parte demandada conformada por don Salvatore Lettieri, mediante escrito de fojas doscientos cuarenta y cinco, en consecuencia NULA la sentencia de vista contenida en la Resolución N° treinta y uno, su fecha quince de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas doscientos treinta y siete a doscientos cuarenta.
- b. DISPUSIERON que la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín expida nueva resolución con arreglo a ley.
- c. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad, en los seguidos por don Nicola Felice Aquilano y don Pedro KovacicTaramona con don Salvatore Lettieri sobre nulidad de acuerdo societario y los devolvieron. Interviene como ponente el Juez Supremo Castañeda Serrano.

SS.

ALMENARA BRYSON
DE VALDIVIA CANO
WALDE JAUREGUI
HUAMANI LLAMAS
CASTAÑEDA SERRANO

GLOSARIO

Aplicación indebida	:	Cuando se aplica una Norma que no es pertinente a la resolución de la controversia por ser ajena a esta o estar derogada.
Apelación ordinaria	:	Consiste en renovar, prácticamente, todo el deber ante el Ad Quem.
Apelación extraordinaria	:	Consiste en el examen de una parte del proceso y solo en el ámbito de los motivos permitidos por la ley.
Axiología	:	Ciencia de los valores, el estudio de las cualidades que, a través de los tiempos, las tendencias, del balance entre el egoísmo y la solidaridad, los humanos han considerado predominante en el individuo y en las relaciones de convivencia.
Casar	:	Anular, la sentencia – auto que pone fin al proceso.
Civil Law	:	Locución inglesa; para significar Derecho Civil.
Control de logicidad	:	Se refiere a la carencia, a la insuficiencia o la deficiencia en la motivación, la incongruencia entre la parte considerativa y la decisoria, la omisión en resolver algún punto en controversia.
Congruencia	:	Conformidad entre la pretensión o pretensiones y la sentencia, lo que se aprecia en relación a las personas y de los bienes que se reclaman o deniegan.
Costas del proceso	:	Están constituidas por las tasas judiciales, el pago que se efectúa a los órganos de auxilio judicial y otros gastos judiciales realizados en el proceso (art. 410 del C.P.C.).

- Costos del proceso : Son los honorarios del abogado de la parte vencedora, más un 5% destinado al Colegio de Abogados de la sede para su fondo mutual y para cubrir honorarios de abogados en los casos de auxilio judicial.
- Common Law : Derecho anglosajón, significa literalmente ley o Derecho común, así se denomina al Derecho consuetudinario inglés.
- Derecho material : Es aquella norma que establece derechos y obligaciones; también se le dice Derecho Sustantivo.
- Derecho objetivo : Se refiere a todo el conjunto de Leyes que constituyen nuestro ordenamiento jurídico vigente, tanto de orden material o sustantivo, como de orden adjetivo o procesal.
- Derecho positivo : Es el derecho vigente. Es el conjunto de leyes escritas o de los usos que tiene fuerza de ley, es decir, fuerza imperativa que se encuentra en el Derecho.
- Debido proceso : Su antecedente remoto recae en la Carta Magna del Derecho medieval de Inglaterra y se encuentra en la 2ª enmienda de la Constitución de EE.UU. de Norte América y a partir del siglo XX en casi todas las legislaciones del mundo: Es un principio constitucional que rige el Proceso Judicial y que está constituido por la suma de todos aquellos principios que informan el proceso y que deben operar para asegurar un pronunciamiento jurisdiccional pleno.
- Derecho subjetivo : Es el poder de obrar en satisfacción de los propios intereses. Su clasificación es: a) derechos personales o extrapatrimoniales; b) derechos patrimoniales.
- Doctrina jurisprudencial : Proviene únicamente de la máxima instancia jurisdiccional, en este caso, de la Jurisprudencia Casatoria.

Doctrina legal	:	En una acepción amplia puede emanar de los Principios Generales del Derecho, de la opinión de ciertos autores o del espíritu de la ley.
Función dikelógica	:	La justicia al caso concreto.
Error de derecho	:	Se origina cuando se aplica equivocadamente la Ley a dicha situación.
Error de hecho	:	Consiste en una falsa descripción del estado de cosas.
Extra petita	:	Cuando se concede algo diferente de lo pedido o la decisión se refiere a personas ajenas al proceso.
Inaplicación de una norma de Derecho Material	:	El Juzgador no ha aplicado una norma de derecho sustantiva pertinente y vigente a la fecha de la decisión.
Interpretación errónea	:	Cuando en la Resolución se da a la Norma un sentido que no tiene, aplica la Norma pertinente, pero le otorga un sentido diferente.
Infra Petita	:	Cuando se concede menos de lo pedido.
“ítem”	:	Su significado inmediato es “también” o “más”, se emplea en las divisiones de artículos y capítulos en los escritos. Asimismo, se dice ítem por cada uno de los capítulos o artículos en que se separa un documento valiéndose de este vocablo.
Medios impugnatorios	:	Es el recurso que se utiliza en el interior de un proceso y puede tener como objeto indistintamente revocar o rescindir un acto procesal.
Naturaleza jurídica del recurso de casación	:	Es un recurso extraordinario concedido a las partes para que un Juez Superior, que es la Corte de casación anule, case, las sentencias de mérito que contenga un error de derecho (In – IUDICANDO / IN PROCEDENDO).
Norma jurídica	:	En su aceptación genérica la encontramos en la costumbre, en la jurisprudencia, en la doctrina y en la doctrina jurisprudencial.

Norma legal	:	En su acepción amplia nos estamos refiriendo al derecho material o procesal Ver: el Art. 386 del C.P.C.
Función finalidad nomofiláctica	:	Es la correcta aplicación del Derecho Objetivo o control de la legalidad.
Ontología	:	Es la parte de la metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales.
Ontología jurídica	:	Actitud general de ciertos juristas, preocupados por demás en forzar los tecnicismos, creyendo encontrar así la originalidad o, cuando menos, la renovación.
Plus Petita	:	Cuando se concede más de lo pedido por las partes.
Preclusión	:	Es un Acto Procesal presente y consecuente de otro (Cierre de una etapa procesal para dar cabida a otra).
Pretensión impugnatoria	:	Aquellas que en ejercicio del derecho de acción, se demanda la invalidez o ineficacia de una situación jurídicas, que puede ser de naturaleza material o procesal.
Recurso extraordinario	:	Aquellos que tienen determinados requisitos, y su interposición exige la satisfacción de determinadas causales trascendentes al Proceso. Vgv: El Típico Recurso de Casación.
Recurso	:	Es la facultad que compete a las partes en toda clase de Juicios para solicitar la enmienda de una Resolución Judicial, son pues los medios que la ley ofrece para impugnar las Resoluciones Judiciales.
Recurso ordinario	:	Aquellos que no exigen especiales requisitos y no tienen una finalidad especial, más que resolver la Justicia en el caso concreto. El Típico de Recurso Ordinario es la Apelación.

- Remedio : Son medios que utilizan los agraviados, por actos procesales no contenidos en Resoluciones y que se interponen en los casos expresamente previstos por el C.P.C.
- Stare decises : En el sistema de Common Law, viene a ser el precedente judicial.
- Télesis : Deliberado plan de acción.

LIBROS

- Alsina, Hugo (1957) *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Volumen II. Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editores.
- (1963) *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Volumen I. Segunda edición. Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editores.
- Belaúnde De, J. (2007) “Plenos Casatorios”. En *Justicia Viva*, 07 de junio.
- Barandiarán Harth, Avendaño Valdez, Masilla Novella y otros (2000) *Homenaje a José León Barandiarán*. Lima, Ediciones del Congreso de la República.
- Bramont - Arias Torres, Nieves Mujica, Jiménez Mayor, Méndez Chang y otros (2000) *Cuadernos de Debate Judicial*. Serie Normativa y Jurisprudencia, del N° 1 al N° 5. Lima, Consejo de Coordinación Judicial, bajo supervisión de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Borga Eduardo, E. (1970) *Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología*. Buenos Aires, U. de la Plata.
- Calamandre, Piero (1943) *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Hammurabi.
- Carrión Lugo, Jorge (1996) *La Casación en el Código Procesal Civil*. Volumen III. Lima, Grijley.
- (2001) *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomos I y II. Segunda edición. Lima, Grijley.
- Carrión Lugo, Monroy Gálvez, Morales Godos, Vergara Goteli, Ramírez Jiménez, Bigio Chren y otros (1998) *Comentarios al Código Procesal Civil*. Vol. 1, 2, 3, 4 y 5. Trujillo, Editorial???
- Carrión Lugo, Monroy Gálvez, Morales Godos, Ramírez Jiménez, Zolezzi Ibárcena y otros (1996) Ponencias en el “Congreso Nacional de Derecho Procesal Civil”. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Carrión Lugo, Calderón Puertas, Mulino Ríos y otros (2003) *El Recurso de Casación*. Compilación del Área del Instituto Peruano de Estudios Forenses. Lima.
- Celis Zapata, C. A. (2008) En *Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Vol II. Lima, Palestra.
- Cossío, Carlos (1987) *Radiografía de La Teoría Ecológica del Derecho*. Buenos Aires, Depalma.
- (1944) *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires, Losada.
- Couture, Eduardo J. (1958) *Fundamentos del Derecho Procesal*. Buenos Aires, Depalma.
- (1979) *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires, Depalma.
- Chiovenda Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. México DF, Cárdenas Editor y Distribuidor.
- Devis Echandía, Hernando (1972) *La Independencia del Órgano Judicial*. Buenos Aires, Dike.
- Díaz Bedregal, Florencio (1997) *Comentarios al Código Procesal Civil*. Trujillo, Fondo de Cultura Jurídica.
- Durand Pimentel, Ramiro (2000) *Medios Impugnatorios*. Lima. S/Ref.
- Eto Cruz, Gerardo (2008) *El desarrollo Procesal Constitucional*. Lima, Centro de Estudios Constitucionales.
- Fábrega, Jorge (1985) *Casación Civil*. Panamá, Editorial Jurídica Panameña, Ediciones Fábrega.
- García Toma, Víctor (2001) *Introducción a las Ciencias Jurídicas*. Lima, Fondo de desarrollo Editorial Universidad de Lima.
- Hinostrza Mínguez, Alberto (1999) *Medios Impugnatorios*. Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L..
- (1999) *Nuevos Impugnatorios*. Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L.
- (2009) *El nuevo Recurso de Casación*. Lima, Jurista E.I.R.L.

- Ivorra Mira, María Jesús (1997) *El Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Hitter, Juan C. (1998) *Técnicas de los recursos extraordinarios de casación*. La Plata, Platense S.A.
- León Pastor, Ricardo (1996) “Diagnóstico de la Cultura Judicial Peruana”. En *Colección de Estudios Judiciales* N° 1. Lima, Academia de la Magistratura.
- Merea Llanos, L. (1995) “Recurso de Casación sobre pago de Indemnización”. En *Revista Jurídica del Perú*.
- Michelli, Gian A. (1970) *Curso de derecho procesal civil*. Vol. II. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América.
- Monroy Gálvez, Juan (1977) “Apuntes para un estudio sobre Recurso de Casación en el Código Procesal Civil. En *Revista de Jurisprudencia*. Volumen I.
- (1997) “Comentarios al Código Procesal Civil”. En *Cuadernos Jurisdiccionales*. Tomo IV. Lima.
- (1998) “Material de Lectura del Curso de Teoría General del Proceso”. Lima, Universidad San Martín de Porres.
- Morales Godos, Quiroga León, Apolín Meza, Viale Salazar y otros (2005) “El Proceso Civil: Enfoques Divergentes”. Ponencias. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú / Instituto Riva Agüero; Iuris Consulti Editores.
- Morello, Augusto Mario (1977) *Prueba, incongruencia, defensa en juicio (El respeto por los hechos)*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- (1994) *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*. Buenos Aires, Editores Librería Editora Platense y Abeledo-Perrot.
- (2001) *El proceso civil moderno*. La Plata, Librería Editora Platense, La Plata, 2001.
- (1980) *Estudio de nulidades procesales*. Buenos Aires, Depalma.
- Ormachea Choque, Iván (1998) “Retos y Posibilidades de la Conciliación en el Perú”. En *Cuadernos de Debate Judicial*, Serie Investigaciones, Volumen N° 2. Lima, Editorial.

- Palacios Pimentel, Gustavo (1991) *Compendio de Derecho Civil*. Lima, Editorial Huallaga.
- Paredes Palacios, Paúl; (AÑO) *La Prueba y la Presunción en el Proceso Laboral Peruano*. Lima, Ara Editores.
- Parodi Remón, Carlos (1996) *El Debido Proceso*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (1996) *El Derecho Procesal del futuro*. Lima, Editorial San Marcos.
- Pico y Junoy (1997) *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona, Editora Bosch.
- Reale, Miguel (1997) *Teoría Tridimensional del Derecho*. Madrid, Tecnos.
- Rodríguez Chávez, Iván (2008) En *Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Vol II. Lima, Palestra.
- Sagástegui Urteaga (2000) *Manual Práctico*. Segunda edición actualizada. Lima, Gaceta Jurídica.
- Sánchez - Palacios Paiva, Manuel (1999) *La Casación Civil – Praxis*. Lima, Cuaco.
- Sargües Néstor Pedro (2008) *Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Centro de Estudios Constitucionales.
- Ossorio, Manueto (1999) *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Heliasta.
- Satta Salvatore (1971) *Manual de Derecho Procesal Civil*. Volúmenes I y III. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América.
- Ticona, V. (2009) *El Derecho al Debido Proceso en el Proceso Civil*. Lima, Grijley.
- Torres Vásquez, A. (1999) *Introducción al Derecho*. Lima, Palestra Editores.
- Trazegnies De, Fernando (1996) *Reflexiones sobre la Sociedad Civil y el Poder Judicial*. Lima, Editores Ara.
- Vásquez Sotelo (1974) *La Casación Civil*. Universidad de Santiago de Compostela.
- Véscovi, Enrique (1984) *Teoría General del Proceso*. Bogotá, Temis.
- Tarufo, Michele (2005) *El Vértice Ambiguo*. Lima, Palestra Editores.

Vitker, Jorge (1995) *La Investigación Jurídica*. México DF, McGraw-Hill

ENSAYOS Y ARTÍCULOS EN REVISTAS

“Concepto de Conflicto en el Nuevo Ordenamiento Civil Peruano”. Atilio Carlos Gonzáles; En *Ius Veritas* N° 9, año V, 1994.

“Diálogo con la Jurisprudencia”. *Gaceta Jurídica* (varias ediciones), 1999 - 2002.

“El Análisis Económico del Derecho en Perspectiva”; G. Guerra-García Picasso; en *Cátedra*; U.N.M.S.M. 1997.

“Jornada Internacional de Derecho Procesal” *Revista Peruana de Derecho Procesal* P.U.C.P. 1997.

“La casación argentina” *Diálogo Jurisprudencial*, año 3 – 2007

“La Modernización de los Estudios Jurídicos Comparativos”; Héctor Fix Zamudio. En *Ius Et Praxis*. N° 17; Universidad de Lima; junio de 1997.

“La Administración de Justicia en el Perú; Gonzalo Ortiz de Zevallos. Ponencia ofrecida en ceremonia de su incorporación a la Academia Peruana de Derecho.

“Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso y de la Tutela Judicial Efectivas”; Carroca Pérez, Alex. En *Revista Jurídica del Perú*, año XVI, N° 2. Lima, Normas Legales Editores, Abril-Junio 1996.

“Los Medios Impugnatorios en el Código Procesal Civil”; Juan Monroy Gálvez; en *Ius et Veritas* N° 5, 1994.

“Recurso de Casación sobre Pago de Indemnización”. S/Ref. En *Revista Jurídica del Perú*, 1995.

Varios artículos *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Estudio Belaúnde y Monroy. Volúmenes I, II y III, Lima, 1997-1998.

“La Casación Civil”; Bruno Marches Quintana. En *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Volumen I, 1977.

“La Casación Civil en el Perú”. Juan C. Hitters. En *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Volumen I, 1977.

“Apuntes para un estudio sobre Recurso de Casación en el Código Procesal Civil. Monroy Gálvez, Juan. En *Revista de Jurisprudencia*. Volumen I, 1977.

TEXTOS NORMATIVOS

- Constitución Política del Perú – Edición Oficial Ministerio de Justicia, 2000.
- Código Civil Peruano, Ministerio de Justicia, 2000.
- Código Civil Peruano, Lucrecia Von Humboldt.
- Código Procesal Peruano, Edición Oficial Ministerio de Justicia, 2000.
- Ley Orgánica del Poder Judicial, Edición Oficial Ministerio de Justicia, 2000.
- Diario Oficial “El Peruano” (Separata de Jurisprudencia) 1995-2002.

SITIOS WEB

- http://es.wikipedia.org/wiki/Recurso_de_casacion
- Ramírez Salinas, Liza – 2003: http://www.rmg.com.py/publicaciones/Derecho-ConstitucionalyPolitico/Liza_Desnaturalizacion_Amparo.pdf - Argentina
- http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc12042012-085035.pdf
- <http://www.ettorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html>

Contiene

Tiempo de proyectos.
Una mirada existencial en la psicoterapia del adulto mayor
Esperanza Abadjieff

Proceso experiencial en psicoterapia existencial
Alberto De Castro

Contribuciones de la fenomenología a la relación terapéutica
Gabriela Flores Macías

La relación terapéutica: una experiencia de libertad y creatividad
Teresa R. Glikin

Amor e incertidumbre
Ramiro Gómez Salas

Amor, humor y autotranscendencia: los tres pilares de la relación terapéutica.
Una mirada desde la logoterapia y el análisis existencial
Marta B. Guberman

Las filosofías de la existencia y sus repercusiones en la clínica existencial
Ana María Lopez Calvo de Feijoo & Myriam Moreira Protasio

La relación psicoterapéutica desde una propuesta fenomenológico-existencial
Yaqui Andrés Martínez Robles

La comprensión de los afectos y su importancia en el proceso psicoterapéutico
Emilio Romero

Psicoterapia, encuentro y desencuentro. Algunas cuestiones éticas
Susana Signorelli

