

¿Cómo resolver, de forma razonable, los desalojos entre familiares ante el estado de necesidad alimentaria originado por su incapacidad física y/o mental? A propósito de la aplicación de la técnica de la ponderación, a efectos de resolver la litis

Escrito por Mainer Héctor Cruz Chávez

El desalojo es una pretensión de orden personal, tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de un simple precario[1], tal proceso, suele ser el más frecuente, de los procesos judiciales, relacionados a los derechos reales, conforme a las estadísticas del Poder Judicial[2].

Así, pues, es usual que, entre familiares, se otorguen mutuamente alojamiento y vivienda de forma gratuita, sin necesidad de ingresar al mundo jurídico, dándose entre las partes lo que un sector de la doctrina denomina un título social[3], aunque para otro sector doctrinario, tal situación sí implique una relación jurídica, dándose por ello, según esta posición, un contrato de comodato[4]. Sin embargo, nada obsta, para que se dé entre familiares relaciones jurídicas onerosas como el arrendamiento, entre otras figuras jurídicas.

El conflicto suele originarse, cuando el familiar ocupante, no cumple con desocupar voluntariamente el inmueble, pese a los requerimientos verbales y/o escritos del familiar demandante, quién suele ser el titular del inmueble materia de Litis, lo que los conduce, muchas veces, a verse inmersos en un litigio judicial.

En tal sentido, para analizar el presente trabajo, partiremos de dos premisas, la primera: “Las sentencias judiciales deben ser razonables y justas”, en cuanto a “ser razonable”[5], ello implica que las decisiones de los jueces deben basarse en las argumentaciones racionales, y sobre “ser justas”, pues se desprende de la tesis que propone, que la jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones[6].

La segunda premisa propuesta: “La sola relación familiar por sí misma no constituye título que justifique la posesión, debiendo en todo caso, el demandado en un proceso de desalojo por ocupación precaria, ostentar un título de carácter negocial o legal que le permita poseer el bien”[7], ello significa que, no basta ser familiar, para permanecer legítimamente en un inmueble materia de Litis, por el contrario éste emplazado tiene la carga de probar, y acreditar a través de que título o justificación ostenta la posesión, tal premisa es a su vez, la primera conclusión decidida por mayoría por el Pleno Jurisdiccional Civil de Ventanilla del año 2019.

En suma, las decisiones de nuestros tribunales deben armonizar con los principios y valores de nuestro sistema jurídico nacional, por lo que, si el caso lo requiere, la controversia jurídica debe ser analizada desde una perspectiva más integral, y no reducirse únicamente al plano meramente formalista de las reglas.

Dos posibles escenarios en un proceso de desalojo entre familiares:

Un primer escenario

Un primer escenario, que suele ser el más frecuente, se caracteriza porque una vez que el familiar demandante inicia el juicio de desalojo, la parte emplazada, o bien no contesta la demanda, y, por tanto, es declarado rebelde, o contestándola se limita a presentar un título posesorio vigente o fenecido, o no presenta título alguno, deviniendo, por ello, en un ocupante precario.

Sin embargo, este escenario se caracteriza también porque el familiar emplazado, no alega encontrarse en un estado de necesidad causado por una incapacidad física y/o mental, por ello, la Litis deberá ser resuelta en la práctica como un conflicto entre privados, esto es, desde una perspectiva pura del derecho civil. Por tales motivos, la controversia sería sencilla, y se limitaría a la posible confrontación de títulos que puedan presentar los litigantes, a fin de que el juez determine a quien le corresponde el derecho a poseer. No siendo por eso, este primer escenario, materia de análisis del presente trabajo.

Un segundo escenario y materia del presente trabajo.

Ahora bien, un segundo escenario, menos común, pero más controvertido, se da cuando el familiar emplazado por desalojo, a través de su contestación de demanda, no logra acreditar tener un título posesorio, por tanto, deviene en un ocupante precario, no obstante, en su contestación de demanda alega mediante indicios suficientes, que padece de un estado de necesidad, el cual es originado por su incapacidad física y/o mental, y dado el vínculo familiar, pues tal situación ameritaría que la Litis, también deba ser analizada desde la perspectiva del Derecho de Familiar y del Derecho Constitucional.

Es así que, tal escenario, haría compleja la Litis, dado que no habría una regla que la resuelva razonablemente; es decir, unas pautas específicas de comportamiento a la cual acudir[8], por lo que se configura lo que la argumentación jurídica denomina un caso difícil, puesto que, colisionaría por un lado, el derecho a poseer del accionante, el cual tiene su fuente jurídica en el derecho constitucional de propiedad (Artículo 70° de la Constitución), y por otro lado, el derecho constitucional a la protección de la familia, que ampara al emplazado (Artículo 4° de la Constitución).

La existencia de tal antinomia, por la oposición de aquellos derechos-principios, pues haría necesario y pertinente que el juez aplique un test de ponderación, a fin de dilucidar la controversia en forma razonable, justa, y coherente con nuestro sistema jurídico.

En cuanto al proceso de desalojo, algunos académicos sostienen, que como tal proceso se tramita vía proceso sumarísimo, pues por ello es un proceso urgente, y se debe resolver la controversia de forma rápida y superficial con los medios de prueba que se tenga en el expediente[9], discrepamos en parte de tal posición, porque no se puede pretender resolver una controversia de carácter jurídico, de manera legalista y mecánica, desde un mero enfoque positivista, de la ley por la ley, alejados de la racionalidad y de los valores de justicia y equidad.

Si bien es cierto, el proceso de desalojo se suele tramitar por la vía sumarísima, lo que implica en teoría ser una controversia sencilla, en este segundo supuesto, dejaría de serlo, dada la necesidad de dilucidar la controversia desde perspectiva jurídica más amplia. En consecuencia, tal particular desalojo, debería ser tramitado en una vía más lata, sea la vía abreviada o la de conocimiento.

Y dado la existencia del vínculo familiar, es pertinente también aplicar algunos criterios expuestos en el Tercer Pleno Casatorio Civil[10], como el rol tuitivo del juez, o la flexibilización de algunos principios procesales. Por ello, el juez debe analizar tal controversia, no como un proceso desalojo típico, es decir, como un litigio civil en puridad, sino también como un juez de familia, debiendo asumir una función protectora con la parte más vulnerable de la relación procesal.

La técnica de la ponderación y su aplicación en todos los campos del derecho.

Indica Manuel Atienza, que la técnica de la ponderación tiene una gran presencia en numerosos tribunales latinoamericanos (especialmente en cortes supremas y tribunales constitucionales), lo que ha sido una consecuencia de la recepción de las ideas al respecto de Robert Alexy que, a su vez, pueden considerarse como una racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad. Alexy concibe los derechos constitucionales como principios, y los principios como mandatos de optimización, que ordenan debe realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes). [11]

Cuando se producen conflictos entre derechos (o entre principios; lo cual tiene lugar en todos los campos del derecho) los mismos deben revolverse aplicando un test de proporcionalidad; o sea, aplicando el principio de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Este principio consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las

posibilidades fácticas. Significa que una medida (una ley, una sentencia, Etc.) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. [12]

Para el segundo escenario, pretendemos aplicar sólo el núcleo de la ponderación, consistente en una relación que se denomina “ley de ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”. [13]

La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en su segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en su tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

Aplicación de la técnica de la ponderación al segundo escenario.

Como se refirió, en el segundo escenario, colisiona el derecho a poseer del accionante, el cual tiene su fuente jurídica en el derecho constitucional de propiedad frente, el derecho constitucional a la protección de la familia, que ampara al emplazado, de ello resulta una antinomia, y al no existir una regla que resuelva la controversia, es decir, no existe unas pautas específicas de comportamiento que permita dilucidar la Litis de forma razonable y justa, ello hace necesario aplicar el técnica de la ponderación [14], al menos solo en el sentido estricto, la misma permitirá sopesar los derechos-principios en oposición, claro está aplicándolo de acuerdo al caso por caso, es decir, conforme a las particularidades de las partes litigantes.

En tal sentido, para que prime un principio sobre otro, de acuerdo al contexto fáctico dado, se debe seguir los tres pasos de la ponderación citados, lo cual implica seguir una fórmula, en la que existe una escala de tres intensidades de afectación y/o satisfacción: baja (leve) , medio (moderado) y alta (grave); por lo que el principio que es relegado de debe tener una afectación baja, pero al mismo tiempo, el principio que prima debe tener una satisfacción alta, solo tal ante tal fórmula, se justifica que un principio pueda primar sobre otro, en un determinado caso.

Ello se puede ejemplificar, así: El familiar demandante, es un anciano de 70 años, que vive de los alquileres de su única propiedad, y, por otro lado, tenemos a su hermano demandado de 65 años, sin hijos, recién jubilado, quien alega con indicios suficientes, en su contestación de demanda, un estado de necesidad alimentaria originado por su incapacidad física, en razón de que padece de una

enfermedad (un cáncer de próstata) que lo impide sustentarse. No obstante, en el transcurso del proceso, la parte accionante logra acreditar que el emplazado tiene por cobrar una CTS por S/. 80,000.00, ello posibilitaría que éste pueda subsistir con tal monto, sin que se afecte sus derechos a la integridad y a la salud, y sobre todo el derecho constitucional de protección a la familia.

En el caso dado, se evidencia que el derecho a poseer del demandante, tiene una motivación mayor debido a su precaria economía, y porque es dependiente de sus rentas, y de primar su derecho, pues se daría una satisfacción alta, mientras que, el derecho de protección a la familia del demandado, es poco afectado si fuera relegado (afectación baja), puesto que, el emplazado tiene un monto dinerario, que le permitiría solventar dignamente sus gastos, en consecuencia, es razonable y justo, que prime el derecho del accionante, lo cual hace viable, que se declare fundada la demanda de desalojo.

Un resultado opuesto, en el que prime el derecho constitucional de protección a la familia, y siguiendo el mismo ejemplo, se podría dar modificando, en particular la situación económica de las partes litigantes: En autos, se logra acreditar que el familiar demandante, es propietario de varios inmuebles, y que ostenta una pudiente posición económica, y pese a ello, pretende desalojar a su hermano, también anciano, que padece de una incapacidad que no le permite sustentarse (un cáncer de próstata), y en el transcurso del proceso, luego de oficiar al sistema bancario y previsional, se corrobora que éste, carece de toda fuente de ahorros o de pensiones.

En ese escenario, de declararse fundada la demanda de desalojo, pues el grado de afectación del derecho del familiar emplazado es alta o grave, puesto que, de ser lanzado judicialmente a la calle, terminaría en la indigencia, y peligraría aún más su salud e integridad; mientras, la satisfacción del accionante, es baja o leve, dado que, tiene una situación económica holgada, asimismo la sentencia de desalojo no genera cosa juzgada, en cuanto al derecho de propiedad, y los atributos de disponer o reivindicar su predio se mantienen incólume, aunado al hecho de que existe un deber legal de solidaridad familiar entre hermanos, ante un estado de necesidad alimentaria, por consiguiente, es razonable y justo, que se declare infundada la demanda de desalojo, al menos mientras se mantenga la situación expuesta.

A modo de conclusión.

El Derecho no solo es el conjunto de normas jurídicas aprobadas por un legislador, sino, también, argumentación y razonamiento, lo que implica exponer y sustentar razones morales para llegar a la mejor decisión. En buena cuenta, el Derecho tiene una faceta estática-normativa, pero también otra dinámica-argumentativa que se vincula con la moral.[15]

Por ello, proponemos que el segundo escenario referido, no sea dilucidado como un típico proceso de desalojo, en el cual se confronten títulos, sino que se evalúe si existe una razón suficiente que justifique o no, la permanencia legítima del familiar emplazado, y claro está para ello sería necesario, que tal proceso sea tramitado en una vía más amplia, por la necesidad de actuar más pruebas y haberse tornado más compleja la Litis.

En resumidas cuentas, no pretendemos que la técnica de ponderación, aplicable también al desalojo entre familiares, sea una regla y una solución a todos los casos, tampoco hacer un uso de ella como una herramienta paternalista, por el contrario, proponemos que la misma sea aplicada de forma alternativa, subsidiaria y excepcional, solo ante la ausencia de reglas, esto es, de pautas específicas de comportamiento que diluciden los casos realmente difíciles, a fin de obtener sentencias judiciales que se caractericen por ser razonables y justas, que logren armonizar con una concepción del derecho no desligada de la moral.

(*) Sobre el autor: Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la maestría en Derecho Civil por la Universidad Privada de San Martín de Porres. Conciliador extrajudicial en controversias de Derecho Civil y Derecho de Familia. Abogado litigante independiente desde hace seis años aproximadamente.

Referencias Bibliográficas:

[1] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella; Comentarios al Código Procesal Civil, Quinta Edición, noviembre 2015; Gaceta Jurídica, pág. 800.

[2]

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/89af3b8046d47650a427a544013c2be7/Presentacion_estadisticas+C+6.3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=89af3b8046d47650a427a544013c2be7

[3] GONZALES BARRÓN, Gunther; El proceso de desalojo (y la posesión precaria), Tercer Edición, febrero 2016, pág. 271 y 282.

[4] PASCO ARAUCO, Alan; Sobre la posesión precaria, el desalojo y los intolerantes. Analizando al analizador; Bepress, febrero 2012.

file:///C:/Users/usuario/Downloads/fulltext_stamped%20(1).pdf

[5] ALEXY, Robert; Teoría de la argumentación jurídica, Palestra Editores, Lima, 2017, Primera Edición, pág. 25.

[6] ALEXY, Robert; Teoría de la argumentación jurídica, Palestra Editores, Lima, 2017, Primera Edición, pág. 36.

[7] <https://laley.pe/art/8861/pleno-jurisdiccional-nacional-civil-2019-estos-son-los-4-acuerdos-plenarios>

[8] Manuel Atienza y la ponderación. <https://www.youtube.com/watch?v=KZfs6NdnDAg>

[9] Martín Mejorada ¿Quién es el poseedor precario?
<https://www.youtube.com/watch?v=ulxtuMFbdzM>

[10] <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4d1c4700407243988574c599ab657107/TERCER+PLENO+CASATORIO+CIVIL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4d1c4700407243988574c599ab657107>

[11] ATIENZA, Manuel y GARCÍA, Juan; Un debate sobre la ponderación; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre-Bolivia, 2018, pág. 18.
https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/Libro_Un%20debate%20sobre%20la%20ponderacion.pdf

[12] ATIENZA, Manuel y GARCÍA, Juan; Un debate sobre la ponderación; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre-Bolivia, 2018, pág. 18.

[13] ALEXY, Robert; Teoría de la argumentación jurídica, Palestra editores, Lima, 2017, Primera edición, pág. 460.

[14] Manuel Atienza y la ponderación. <https://www.youtube.com/watch?v=KZfs6NdnDAg>

[15] ALEXY, Robert. "Entrevista por Manuel Atienza". En *Íd. Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza y Isabel Espejo, Palestra Editores, Lima 2007, pp. 496-497; citado por GONZALES BARRÓN, Gunther; *Acción reivindicatoria y desalojo por precario*, www.

derechocambiosocial.com; fecha de publicación: 01/10/2013, pág. 37.

file:///C:/Users/usuario/Downloads/DialnetAccionReivindicatoriaYDesalojoPorPrecario-5475834.pdf