

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

Reivindicación: Dos nichos en cementerio público. Dada la naturaleza de la pretensión materia de este proceso consistente en la reivindicación y la consecuente restitución de dos nichos, ubicados en la tercera fila y a la derecha del mausoleo que está situado a la izquierda de la entrada principal del antiguo Panteón de Characato, Arequipa, debe tenerse riguroso cuidado en el respeto al debido proceso y la motivación de las resoluciones, sancionándose la infracción con el reenvío a la instancia correspondiente.

** ¡Dios mío, qué solos se quedan los muertos!*

Lima, veintidós de marzo

del dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número mil doscientos noventa y ocho - dos mil diecisiete, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación de fecha treinta y uno de enero de dos mil diecisiete, interpuesto a fojas mil doscientos sesenta y ocho, por el demandado **Luis Alberto Linares Velarde**, contra la sentencia de vista de fecha veintiuno de octubre de dos mil dieciséis, obrante a fojas mil doscientos cincuenta y siete, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que Confirmó la sentencia apelada de fecha cinco de noviembre de dos mil quince, obrante a fojas mil ciento sesenta y ocho, que declaró Fundada en parte la demanda de reivindicación interpuesta por Rómulo Guillermo

* BÉCQUER, Gustavo Adolfo, Rima LXXIII. ¿Vuelve el polvo al polvo? ¿Vuela el alma al cielo? ¿Todo es sin espíritu, podredumbre y cieno? No sé; pero hay algo que explicar no puedo, algo que repugna aunque es fuerza hacerlo, el dejar tan tristes, tan solos los muertos. Se recuerda este hermoso poema por guardar relación con los hechos materia de controversia.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

Alayza Tejada contra Luis Alberto Linares Velarde y otra; en consecuencia ordenó que los demandados hagan dejación de los dos nichos ubicados en la tercera fila y a la derecha del mausoleo situado a la izquierda de la entrada principal del antiguo Panteón de Characato.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Mediante escrito de fecha veintidós de diciembre de dos mil nueve, obrante a fojas dieciséis, subsanada a fojas treinta y seis, Rómulo Guillermo Alayza Tejada, demanda a Luis Alberto Linares Velarde y Roina Linares Velarde, siendo su **petitorio principal** la reivindicación y la consecuente restitución de la posesión de dos nichos ubicados **en la tercera y a la derecha del mausoleo que está situado a la izquierda de la entrada principal del antiguo Panteón de Characato**. Como petitorio accesorio el pago de daños y perjuicios. Como petitorio principal alternativo el pago de diez mil ciento treinta soles, como valor actualizado de los nichos, debiendo elegir los demandados cuál de las dos pretensiones van a cumplir. Expone como fundamentos de hecho de sus petitorios los siguientes:

EN CUANTO AL PETITORIO PRINCIPAL DE REIVINDICACION:

i) Que el mausoleo fue construido por los esposos Jorge Alayza Tejada y Maximiana Linares Alayza y le han puesto la inscripción de “Familia Linares Alayza”, agregando que lo que reclaman se encuentra en la tercera fila de este mausoleo.

ii) Que sus padres en vida adquirieron esos nichos mediante un documento privado de compraventa de fecha dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y tres, por la suma de cinco mil soles, de los esposos Jorge Alayza Tejada y Maximiana Linares de Alayza, interviniendo en dicho acto el señor Juan Torres Bejarano, autorizando la venta en

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

condición de Alcalde Titular del Consejo Distrital de Characato y para darle certeza y validez, interviniendo también como testigo el señor Pedro Velásquez Pinto.

iii) Que sus padres tomaron la posesión de estos nichos a plenitud, tanto que cuando murió el padre de los demandados, Augusto Linares Alayza, en el año mil novecientos setenta y cinco, fue sepultado en otro cementerio, en cambio a la muerte de su padre (año mil novecientos ochenta y dos) fue enterrado en uno de los nichos que adquirió y que es materia de este juicio, lo mismo sucedió a la muerte de la madre del demandante María Tejada Guillen de Alayza, en mil novecientos noventa, quien fue enterrada junto a su esposo (padre del demandante) de tal modo que la propiedad y posesión de los nichos fue confirmada sin lugar a dudas.

iv) En el mes de marzo del dos mil siete, el demandante construyó un mausoleo exclusivo para sus padres, lugar al cual hizo el traslado de sus restos, donde descansan actualmente. Los nichos desocupados quedaron debidamente sellados, con sus respectivas losas, a fin de que se conserven y en el futuro los pudieran utilizar.

v) El veintisiete de junio del dos mil nueve, al fallecer la madre de los demandados y aprovechándose de su ausencia, atropellando su derecho de propiedad han procedido a enterrar a su señora madre Luzgarda Velarde Trujillo, al mismo tiempo hicieron traslado de los restos de su padre Augusto Linares Alayza, utilizándose los dos nichos de propiedad del demandante, afirmando ser propietarios y tener título de propiedad.

EN CUANTO AL PETITORIO ACCESORIO DE INDEMNIZACION:

i.- Que la conducta de los demandados le han causado daños irreparables, afectando sus sentimientos y afectos personales, así como en los círculos sociales, dado que los hechos han sido entendidos como una expulsión de sus padres por no tener ningún derecho de propietarios

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

o haber usurpado un bien que pertenece a otro, lo cual constituye daño moral que ha menoscabado su prestigio que le ha costado obtenerlo.

ii.- Existe también daño económico en el sentido que pretenden apropiarse de este bien sin tener ningún derecho, ya que no pueden disponer libremente de estos nichos como quisiera, afectándose su derecho de propiedad.

CON RESPECTO AL PETITORIO ALTERNATIVO DE PAGO DEL VALOR DE LOS NICHOS:

I.- Darle una oportunidad a los demandados para que en forma alternativa a su pretensión principal de reivindicación tomen en cuenta esta especial situación y se decidan bien sea por la devolución de los nichos o por el pago del valor actualizado.

PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDANTE:

1.- Documento privado de compraventa de los nichos, del cual consta que es objeto de la venta dos nichos ubicados en el mausoleo, que se encuentran en la entrada principal del Panteón de Characato.

2.- El reconocimiento en su contenido y firma del documento de compraventa, que efectuará el señor Juan Torres Bejarano, en su calidad de Alcalde del distrito de Characato.

3.- Copia del recibo de caja efectuado a la Municipalidad Distrital de Characato, por concepto de traslado de cuerpos de sus padres al mausoleo de su propiedad.

4.- Oficio dirigido por el actual Alcalde de Characato al recurrente, informando que el señor Juan Torres Bejarano fue Alcalde de ese distrito entre los años mil novecientos setenta y tres a mil novecientos setenta y seis.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

5.- Anotación preventiva de las declaratorias de herederos de los que fueron sus padres, en los Registros Públicos, con lo que acredita que el recurrente está obrando como heredero de sus padres antes mencionados.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante escrito ingresado por el Centro de Distribución General de la Corte superior de Justicia de Arequipa, con fecha cuatro de marzo del dos mil diez, obrante a fojas cincuenta y ocho del expediente principal, Luis Alberto Linares Velarde contesta la demanda, ejerciendo únicamente defensa de fondo, negando y contradiciendo los fundamentos de hecho de la demanda y sosteniendo básicamente:

1.- Es falso que los nichos hayan sido construidos por los padres del demandante, fueron construidos por su padres.

2.- Niega que sus padres le hayan transferido en propiedad a los padres del demandante dichos nichos.

4.- Que si bien el demandante enterró a sus padres en los nichos, esto se debió a que sus hijos solicitaron enterrarlos en dicho lugar en forma provisional, dado que tienen la condición de parientes de sus padres y bajo el compromiso que realizarán el traslado cuando construyera su mausoleo propio.

5.- Que sus padres no tenían ningún derecho a transferir la propiedad y es falso que la Municipalidad de Characato haya autorizado dicha transferencia.

PRUEBAS PRESENTADAS POR ESTA PARTE:

1.- Hace suyas las pruebas presentadas por la parte demandante.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

2.- Documentos que acreditan la capacidad del testador para celebrar contratos.

3. PUNTOS CONTROVERTIDOS

Por resolución número veintiséis, de fecha dieciocho de julio del dos mil once, se saneó el proceso y se procedió a fijar los puntos controvertidos:

1.- Identificar debidamente el bien sub materia y analizar su situación jurídica.

2.- Determinar quién o quienes se encuentran en posesión de los nichos ubicados en la tercera fila a la derecha del mausoleo construido en el Cementerio de Characato y cuál es el título que les autoriza para ejercer dicha posesión.

3.- Determinar quién tiene el mejor derecho de propiedad sobre el inmueble sub materia, teniendo en cuenta las alegaciones efectuadas por las partes del proceso.

4.- Establecer cuáles son los hechos que habrían generado los daños legados por el demandante.

5.- Determinar si los daños que alegan haber sufrido el demandante son consecuencias de los hechos establecidos.

6.- Determinar si los demandados se encuentran obligados a indemnizar todos los hechos dañosos que alegan haber sufrido el demandante.

7.- Establecer el monto de la indemnización de los daños en cuanto correspondan sean indemnizados por los demandados.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Culminado el trámite correspondiente, el Juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

conforme al estado del proceso corresponde, dicta la sentencia de fecha cinco de noviembre del dos mil quince, obrante a fojas mil ciento sesenta y ocho, declarando **Fundada en parte la demanda de Reivindicación interpuesta por Rómulo Guillermo Alayza Tejada en contra de Luis Alberto Linares Velarde y Odila Isabel Linares Velarde; en consecuencia ORDENÓ: Que los demandados hagan dejación de los dos nichos** ubicados en la tercera fila y a la derecha del mausoleo que está situado a la izquierda de la entrada principal del antiguo Panteón de Characato, y entreguen la posesión de los dos nichos a favor del demandante, en el término de diez días de consentida o ejecutoriada quede la presente, bajo apercibimiento de lanzamiento; **FUNDADA** la pretensión alternativa de pago por los dos nichos de la suma de diez mil ciento treinta soles, concediéndose a favor de los demandados el derecho a elegir cual pretensión han de cumplir. **INFUNDADA** la demanda en cuanto a la pretensión accesoria de indemnización de daño moral; e **INFUNDADA** la reconvención sobre declaración de mejor derecho de propiedad sobre los dos nichos a favor de los demandados, con costas y costos. Entre las justificaciones expuestas en la parte considerativa tenemos en el cuarto considerando, fija como elementos constitutivos para la procedencia del derecho a reivindicar: a) El dominio (título del demandante), b) La falta del derecho de poseer del demandado, c) La posesión o tenencia del demandado; y d) La identidad del bien, precisando que el bien debe estar debidamente identificado.

En el quinto considerando identifica a los bienes materia del proceso como: A) “Dos nichos ubicados en la tercera fila de la derecha del mausoleo que está situado a la izquierda de la entrada principal del antiguo Panteón de Characato, los cuales indica que han sido debidamente identificados en la Inspección Judicial realizada por el personal del Juzgado. B) Posesión de los bienes: Conforme se ha detallado en la inspección, lo dos nichos “estarían” en posesión de los demandados, pues ambos nichos tienen lápidas con los nombres de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

“Augusto Linares Alayza” y “Luzgarda Velarde Trujillo Viuda de Linares”, agregando “conforme han declarado los demandados su padre Augusto Linares está enterrado en el Cementerio de la Apacheta.

En el sexto considerando se expone “debe quedar claro que ninguna de las dos partes tiene algún documento que acredite fehacientemente que la Municipalidad o alguna otra institución estatal les haya conferido derecho de propiedad sobre el terreno donde se ha edificado el mausoleo donde están los dos nichos sub materia; por lo que no está acreditado en ninguna forma un derecho de propiedad originario o primigenio a favor de los padres de los demandados ni de quienes vendieron los dos nichos a favor de los padres del demandante, conforme a ello, solo corresponde analizar la prueba existente en el presente proceso y las alegaciones de las partes.” Para agregar posteriormente “2.- En los presupuestos fácticos ha quedado claro que quienes construyeron los nichos fueron los padres de los demandados, por lo que podríamos presumir que ellos son los propietarios primigenios u originarios de los nichos. 3.-Respecto de la afirmación: *“Quienes vendieron los nichos a los padres del demandante no tenían derecho para ello”*, efectuada por los demandados tenemos que se trata de una afirmación que se encuentra corroborada o que tenga prueba alguna que la sustente, por lo que aplicando estrictamente el Principio de la Carga de la Prueba (artículo 196 del Código Procesal Civil), tenemos que los demandados no han cumplido con acreditar ese hecho alegado, tanto más que en este proceso no está en discusión si los vendedores tenían o no derecho de propiedad sobre los nichos que vendieron (...) 4.- “(...) respecto al contenido del documento de fecha dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y tres, este contiene un acto jurídico de compraventa de los dos nichos a favor de los padres del demandante, tanto más que no se ha declarado la nulidad de dicho documento o menos del acto jurídico que contiene, y menos que los demandados hayan reconvenido en el presente proceso por su nulidad, por lo que surte plenamente todos sus efectos jurídicos mientras no se

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

declare su nulidad o ineficacia. Además de lo anterior es importante precisar que el documento (...) está firmado no sólo por sus otorgantes, sino por los dos testigos cuya intervención (...) resulta ser veraz y ha sido acreditada, pues en primer lugar respecto al Alcalde se tiene que Juan Torres Bejarano si ha sido Alcalde dela Municipalidad Distrital de Characato en el periodo mil novecientos setenta y tres a mil novecientos setenta y seis (...). 5.- Ahora bien, en cuanto al derecho de propiedad del demandante tenemos que lo adquirió por vía sucesoria (...)" Agregando posteriormente "c) Resolviendo el conflicto del derecho de propiedad: Como se advierte de lo expuesto existen dos derechos de propiedad en conflicto, el de la demandante y el de los demandados, atendiendo a ello para resolver este conflicto hemos de aplicar lo dispuesto en el artículo 1135 del Código Civil, para ello analizamos lo siguiente: 1.- Si bien se ha aceptado que los padres de los demandados construyeron los nichos, entre ellos los dos que son materia de este proceso, podemos presumir que ellos son propietarios desde mil novecientos sesenta, año de su construcción 2.- Debe tenerse en cuenta que no se ha acreditado con ningún documento que los padres de los demandados hubieran sido adjudicatarios del terreno donde se construyeron los doce nichos iniciales. 3.- A pesar de no existir tracto sucesivo, los vendedores del documento de fecha dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y tres, alegan tener derecho de propiedad sobre los dos nichos sub materia y ese documento no ha sido cuestionado judicialmente y la afirmación de propiedad referida ni ha sido descartada ni desvirtuada, por lo que subsiste. 4.- Ahora bien, siendo que el acto jurídico contenido en el documento de fecha dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y tres resulta ser uno válido cuya nulidad no ha sido declarada judicialmente, tenemos que los padres del demandante tienen un título de fecha cierta, pues se ha acreditado que ese documento es verdadero y no falso como se indicó en la contestación de la demanda, podemos concluir que ese documento acredita el derecho de propiedad de los padres del demandante. 5.- Es importante precisar que el presente caso es uno donde no existen medios de prueba

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

suficientes, por lo que la decisión se sustenta básicamente en la estricta aplicación del principio de la carga de la prueba, atendiendo a que las partes deben probar los hechos que aleguen salvo aquellos que se presumen conforme a ley, siendo así, la decisión se adopta teniendo en cuenta las deficiencias probatorias de las partes del proceso.”

5. APELACIÓN

Esta resolución es apelada a fojas mil ciento noventa y nueve, por José Antonio Del Carpio Llamoc, en calidad de apoderado de los demandados, la que es concedida por resolución de fojas mil doscientos seis (resolución número setenta y seis).

6. SENTENCIA DE VISTA

Por resolución numero ochenta y dos, su fecha veintiuno de octubre de dos mil dieciséis, **CONFIRMARON** la sentencia apelada número ciento treinta y dos guión dos mil quince, de fecha cinco de noviembre de dos mil quince, que obra a fojas mil ciento sesenta y ocho a mil ciento ochenta y tres, que resolvió entre otros, declarar fundada en parte la demanda de reivindicación y en consecuencia ordenó que los demandados hagan dejación de los nichos ubicados en la tercera fila y a la derecha del mausoleo situado a la izquierda de la entrada principal del antiguo Panteón de Characato. Siendo las razones más importantes de la sentencia confirmatoria:

En el cuarto considerando expone que ninguna de las partes ha acreditado un derecho de propiedad originario, por lo que solo corresponde analizar la prueba existente en el presente proceso y las alegaciones de las partes *“(…) en ese sentido, se debe valorar que la prueba de la calidad de propietario del actor en la acción de reivindicación respecto del bien a restituirse es muy importante y debe ser incontrovertible e incuestionable, ya que ante la falta de probanza de dicho requisito esta acción será desamparada, pues es el actor el que*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

debe probar su calidad de propietario.” Agregando en el considerando quinto que en este sentido el A quo ha valorado el documento de fecha dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y tres que viene a ser el único documento que acredita el derecho de propiedad de los padres del demandante sobre los dos nichos materia del proceso, el cual se presume válido y surte plenamente sus efectos, convirtiéndose en el título de propiedad que ha pasado a favor del demandante por vía sucesoria, por lo que toda alegación sobre su validez o la norma a tener en cuenta para apreciar su nulidad carece de objeto en este proceso, ya que entrar a realizar dicho análisis desnaturalizaría el presente proceso. Estableciendo en su considerando sétimo “(...) que se debe tener en cuenta que en el caso de autos no se está discutiendo el derecho de propiedad que tuvieron los padres de los impugnantes sino el derecho de propiedad que tuvieron los padres del accionante sobre los dos nichos construidos, que es el título que este ejercita en el presente proceso, el mismo que no ha sido desvirtuado en modo alguno por la parte demandada, habiéndose concluido que no se niega que los padres de los demandados hayan hecho construir los doce nichos y que ello no quiere decir que se haya desvirtuado el derecho de propiedad de los padres del demandante, ya que dichos derechos han sido transferidos por el acto jurídico de fecha dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y tres, concluyendo que el único derecho que se viene discutiendo es solo la propiedad de la construcción erigida por los particulares dentro de un cementerio y no los derechos de propiedad de la Municipalidad sobre dicho camposanto o la legalidad de tales construcciones conforme a las normas mencionadas, agregando “(...) pues su licitud o no deberá verse conforme a las normas que regulan dicha materia“. Concluyendo en el considerando octavo que la sentencia en revisión ha sido emitida con una debida valoración de la prueba aportada al proceso y conforme a los antecedentes del proceso.

III. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Suprema Sala mediante resolución de fecha doce de mayo del dos mil diecisiete, obrante a fojas sesenta y siete del cuadernillo de casación, ha declarado **PROCEDENTE** el recurso interpuesto, por las siguientes infracciones normativas:

a) Apartamiento del precedente judicial contenido en el IX Pleno Casatorio Civil - Casación N° 4442-2015- Moquegua , y la Ley N° 26298- Ley de Cementerios y Servicios Funerarios; alega que, el presente caso versa sobre reivindicación de la propiedad de dos nichos levantados sobre el Cementerio de la Municipalidad Distrital de Characato; y a pesar de haberse reconocido no se ha acreditado que el suelo sobre el que se han levantado los nichos, es propiedad pública y estando a que ésta no puede ser materia de transferencia conforme a la Ley N° 26298 - Ley de Cementerios y Servicios Funerarios; el Colegiado ha confirmado la sentencia considerando que el contrato de compraventa de fecha dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y tres, surte sus efectos y se presume válido pues no ha sido declarado nulo, a pesar de ser manifiesta la nulidad por causal de imposibilidad jurídica, falta de manifestación de voluntad y fin ilícito, no acatando los efectos del IX Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4442-2015-Moquegua) referida a la declaración de nulidad de oficio cuando esta es manifiesta de un negocio jurídico.

b) De manera excepcional por infracción normativa del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN:

Este Supremo Tribunal ha declarado **procedente** el recurso de casación interpuesto por Luis Alberto Linares Velarde, por las siguientes infracciones normativas: **i) Apartamiento del precedente judicial contenido en el IX Pleno Casatorio Civil Casación N° 4442-2015 - Moquegua y la**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

Ley N° 26298 - Ley de Cementerios y Servicios Funerarios; y, **ii)** De manera excepcional por infracción normativa del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

Primero.- Que conforme se tiene expuesto precedentemente, esta Sala Suprema ha declarado procedente el recurso de casación por infracciones normativas tanto procesales como sustantivas, por lo que, coexistiendo ambas causales, corresponde pronunciarnos en primer lugar, en cumplimiento de lo prescrito por el artículo 388 del Código Procesal Civil, sobre las infracciones procesales, las que deberán entenderse como principales dados sus efectos anulatorios si es que fuesen amparadas. Resultando pertinente, debido a ello, pronunciarnos respecto de las infracciones materiales, si es que previamente se han desestimado las procesales, dado que la regla jurídica anteriormente invocada, las considera como subordinadas.

Segundo.- Que, dentro de las infracciones procesales denunciadas por la parte recurrente, invoca la afectación al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y las garantías del debido proceso. Al respecto, en un Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho se ha definido que el fin del Derecho constituye el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de la persona humana, tanto por el Estado como por la sociedad y los individuos que la integran, como única forma de asegurar que esta persona humana viva en dignidad, correspondiendo al Poder Judicial la trascendente función de asegurar, como última ratio, el cumplimiento de dicha finalidad, al momento de resolver los conflictos de intereses concretos que le son planteados para su solución.

Tercero.- Que, como conformantes del elenco de los derechos fundamentales se reconocen, como derecho básico el Derecho a una Tutela Jurisdiccional Efectiva, derecho que bajo las concepciones del

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

Derecho como una ciencia social en evolución, modernamente encierra una enorme trascendencia social persiguiendo asegurar el eficaz y eficiente cumplimiento de los fines ya invocados, de alcanzar el anhelo de toda persona humana de existir en una sociedad digna y por tanto justa, garantizando que el universo de los derechos fundamentales, hayan sido o no expresamente reconocidos en la Constitución Política del Estado en favor de la persona humana, sean efectivamente protegidos por el Estado, la sociedad y los individuos. De que serviría que el ordenamiento jurídico, partiendo de la norma suprema que es la Carta Magna, reconozcan derechos a favor de las personas, si no existe algún derecho que asegure la efectiva protección de los mismos en el mundo real, estaríamos frente a un reconocimiento puramente abstracto, teórico de estos derechos, sin efectividad práctica y por lo tanto frente a la circunstancia de afirmar que estos derechos no existirían, quedando el ser humano sujeto a la arbitrariedad y a la opresión de los grupos de poder despreocupados por el interés general. La trascendencia de este derecho reside en que reconoce y regula una relación jurídica entre el sujeto y el Estado, la misma que se efectiviza cuando el sujeto exige al Estado, haga uso de su ius imperium para obligar al responsable de su satisfacción, que puede ser el Estado mismo, la sociedad o los individuos cumplan con el reconocimiento y satisfacción de los derechos reclamados; generando a la vez el deber del Estado de atender con eficacia dicho pedido procurando su satisfacción plena, asignando a uno de su poderes conformantes (Jurisdiccional) la función de ejercer su ius imperium para la efectiva satisfacción de los derechos reclamados que han sido negados o violados. Constituye, en resumen, el derecho que asegura la posibilidad del disfrute de todos los demás derechos. He allí el sustento de la exigencia a la jurisdicción de que no responda cuando quiera, ni de cualquier manera al pedido de protección formulado por el sujeto, sino que su respuesta tiene que ser satisfactoria, debe cubrir las expectativas, los anhelos de los justiciables y la esperanza de la sociedad de desarrollarse en dignidad. Toda respuesta extemporánea, arbitraria,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

insuficiente, genérica, abstracta, injusta, incompleta, vacía, incongruente, de manera alguna puede considerarse protectora de este derecho fundamental o emitido conforme a sus exigencias.

Cuarto.- En razón de lo expuesto nuestra Constitución Política del Estado reconoce como derecho que permite garantizar el goce del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva al Debido Proceso, que es aquel derecho fundamental que garantiza también la posibilidad del disfrute de los derechos subjetivos limitando al poder soberano, a la jurisdicción, en el ejercicio del poder que se le tiene asignado, exigiéndole ejercer sus potestades respetando garantías irrenunciables que permitirán asegurar que la jurisdicción actuará sin excesos, ni arbitrariedades. Este derecho exige a la jurisdicción que atienda el pedido de tutela no actuando a su libre albedrío, sino dentro del uso de un proceso que reúna todas las garantías que permitan arribar a una sentencia garante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, justa por tanto. El Juez que ejerce la jurisdicción en el caso concreto, para asegurar el respeto a este derecho fundamental, debe tramitar el proceso cuidando escrupulosamente el cumplimiento de todas las garantías que el derecho establece con exigencia de respeto, dentro de la concepción de un debido proceso.

Quinto.- Complementariamente nuestra Constitución Política en su artículo 139 inciso 5 reconoce el derecho a la motivación como una de las garantías que forman parte del debido proceso, que implica la exigencia que todas las resoluciones que emita una instancia jurisdiccional deben encontrarse debidamente motivadas. Respecto de la falta de motivación denunciada, ya se ha dicho por esta Sala Suprema que ella consiste en la exigencia al Juez de exponer en su decisión argumentos jurídica, fáctica y racionalmente válidos¹, asegurando que la decisión asumida por el Juez se infiera de las premisas expuestas (justificación interna), y que las premisas fácticas sean verdaderas y las premisas normativas correctas

¹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. El razonamiento en las resoluciones judiciales. Lima: Palestra editores S.A.C., 2009, pág. 19.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

(justificación externa)². Dicho de otro modo, la decisión debe ser lógica, es decir, deducirse de las premisas contenidas en la argumentación, guardar correspondencia con los medios probatorios actuados en el proceso, que la norma o normas aplicadas sean vigentes y conformes con la Norma Fundamental. Al respecto ya nuestro Tribunal Constitucional ha precisado que esta garantía se respeta *prima facie*, siempre que la resolución expedida contenga una adecuada fundamentación jurídica, exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada.

Sexto.- Corresponde a esta Sala Suprema revisar el cumplimiento de todas estas exigencias, en este caso concreto; sin perjuicio de que esta Sala pueda invocar alguna otra garantía afectada, bastando que el recurrente haya invocado genéricamente la afectación del debido proceso, por tratarse de derechos irrenunciables, cuyo control de cumplimiento corresponde realizar al vértice máximo de la jurisdicción ordinaria, siendo tal función la razón de la existencia del recurso de casación, mucho más, en atención a la naturaleza y particularidades del presente caso sub litis.

Sétimo.- Estos derechos fundamentales anteriormente descritos, como es característica de todos los derechos fundamentales, no actúan aisladamente, se encuentran integrados, están interactuando permanentemente en el cometido de alcanzar la dignidad humana. En razón de ello algún sector de la doctrina considera que el debido proceso constituye un derecho conformante de ese otro derecho denominado tutela jurisdiccional efectiva y el deber de motivación forma parte del debido proceso.

² Cfr. HIGA SILVA, César Augusto, “Una propuesta metodológica para la motivación de la cuestión fáctica de la decisión judicial como concretización del deber constitucional de motivar las sentencias”, Tesis para optar el grado académico de magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica, Lima, 2015, pág. 37.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

Octavo.- Que la reivindicación, proceso en el cual se ha producido este recurso de casación, constituye un proceso reconocido jurídicamente (artículo 923 del Código Civil) para la defensa del pleno disfrute del derecho de propiedad, frente a las circunstancias que generan el perjuicio de ubicarlo en la incertidumbre de disfrutarlo plenamente o la desposesión de la posesión inmediata, por tanto el único habilitado para iniciar dicho proceso constituye el titular del derecho afectado, quien mantiene el ejercicio de la posesión mediata y debido a ello se le reconoce legitimidad activa e interés para obrar con el fin de recuperar la posesión inmediata que ha perdido, lo cual lo condiciona a que en el proceso demuestre necesariamente tal calidad, para que su pretensión sea amparada. Reconociéndosele legitimidad e interés para obrar pasiva a la persona a cuyo nombre se está ejerciendo dicha posesión inmediata, al mero tenedor del bien inmueble cuya reivindicación se solicita.

Asimismo, en la Ejecutoria Suprema - Casación N° 21 7-2016-Cusco, del nueve de marzo de dos mil diecisiete, se establece que *“según diversa doctrina, para el ejercicio de la acción reivindicatoria deben concurrir los siguientes elementos: a) que se acredite la propiedad; b) que el bien se encuentre en posesión del demandado; y, c) que se identifique el bien materia de restitución. Es decir, la pretensión de reivindicación sólo puede ser instada por el propietario del bien, contra el poseedor que no ostenta el derecho de propiedad o carece de título para poseerlo, debiendo el predio objeto de litis estar debida y adecuadamente individualizado, en cuanto al área, linderos y colindancias; correspondiendo dichos presupuestos concurrir de manera copulativa a efecto de viabilizar una pretensión en donde se discuten derechos de carácter real” (sic).*

Por otro lado, se debe señalar que modernamente se define la propiedad como el señorío más pleno sobre una cosa, dicho señorío comprende todas las facultades jurídicamente posibles sobre una cosa, conforme expresan los tratadistas, en las fuentes romanas no se encontraban definiciones de la propiedad, vocablo que proviene del término latino

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

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 cosa. 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 aún pronto como desaparecen, la propiedad retorna automáticamente a su estado de plenitud, lo que otros pasan a denominar como la elasticidad de la propiedad³.

Noveno.- Analizando la motivación de las sentencias tanto de primera como de segunda instancia se puede advertir que las instancias de mérito han expedido sendas sentencias, cuyas motivaciones carecen de logicidad en sus justificaciones, sobre todo la de primera instancia, confirmada, por exponer, dentro de su sustentación como primera premisa que dentro de los presupuestos a cumplirse en la demanda para que proceda la pretensión, se encuentra el cumplimiento de la legitimidad para obrar activa, pasiva y la identificación con precisión del bien materia de la reivindicación, sin embargo en los considerandos posteriores no aplican correctamente dichos presupuestos, por cuanto en la demanda, el bien

³ Segundo Pleno Casatorio Civil, Casación N° 2229-2008 -Lambayeque, pág. 31 y 32.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

objeto de la reivindicación, no se encuentra identificado con tal precisión sino genéricamente y aun cuando se expresa que con la inspección judicial se ha podido identificarlo debidamente, en la parte resolutive, al ordenar su desocupación, no consigna aquellos elementos o rasgos que le han permitido tal identificación, sino que se ordena su reivindicación, consignado los mismos datos sumamente genéricos que consignara el demandante, lo cual afecta la ejecución con prontitud y seguridad. Omite analizar en su sentencia la afirmación expuesta por la parte demandada respecto del extremo tratarse no de un bien inmueble común, sino de nichos ubicados en un cementerio no justificando si pese a tal razón corresponde ser considerada como bienes inmuebles de propiedad exclusiva y perpetua de la parte demandante o demandada, y si resultan cumplidos todos los supuestos previstos en el artículo 923 de nuestro Código Civil, para aplicar como efecto jurídico la reivindicación. No han analizado si resulta de aplicación al presente caso la Ley N° 26298 y su Reglamento Decreto Supremo N° 034-94-SA, pese a que la parte demandada ha invocado su aplicación por considerar que constituyen las normas que regulan el régimen de propiedad en casos de inmuebles ubicados en cementerios, normas que sólo han sido mencionadas en la motivación, sin analizar su contenido y si resultan pertinentes o no para resolver este conflicto, pese a que la misma Ley contempla en su disposición transitoria que resulta obligatoria para regular estos hechos desde su entrada en vigencia. Que la Sala Superior ha incurrido en los mismos errores in cogitando al sustentar su resolución de segunda instancia exponiendo como razón que si bien la parte demandante y demandada no han probado ser propietarios originarios del inmueble corresponde valorar el contrato de compraventa privado celebrado entre dichas partes, el que no ha sido anulado, por acreditar el derecho de propiedad de la parte demandante, lo cual resulta contrario a la exigencia de no afectar el principio lógico de no contradicción, no se puede decir que el demandante no ha acreditado ser propietario, para afirmar después que si se encuentra acreditado su derecho de propiedad. El juzgado ha

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

justificado su decisión y la Sala Superior lo ha confirmado, en la argumentada carencia de pruebas ofrecidas por las partes lo cual no les permite determinar con precisión la exacta propiedad de la integridad de todo el bien inmueble; terreno y construcción (dominio indirecto y dominio directo) y que debido a ello justifican recurrir al uso de una serie de presunciones, sin exponer cuáles son los sustentos jurídicos para aplicar dichas presunciones. Esta falta de elementos fácticos y de pruebas no toman en cuenta las instancias de mérito que se debe precisamente al deficiente enfoque del conflicto para su análisis, al omitir tomar en cuenta la situación fáctica, probada en autos, que resultaría propietaria por lo menos del terreno en que se construyeron los nichos la Municipalidad Distrital de Characato, sin embargo pese a que la resolución que se expida afectaría intereses de dicha Municipalidad no se le ha emplazado para que defienda sus intereses, dentro de este proceso, afectándose así la legitimidad para obrar pasiva, en cuanto constituye la categoría procesal que permite al Juez, no solamente controlar que intervengan dentro de la relación jurídica procesal como demandados todos aquellos que estuviesen involucrados en la posición pasiva de la relación jurídica material y que por tanto tengan intereses que podrían ser afectados con la sentencia que se expida, debido a ello deben ser correctamente emplazados y darles la oportunidad de intervenir en la relación jurídica procesal, a fin de no afectarles su derecho de defensa, como garantía de un debido proceso, igual sucede con los otros herederos. Se afecta también en las sentencias de primera y segunda instancia el principio lógico de no contradicción, al afirmar primero que ni el demandante ni el demandado han acreditado el derecho de propiedad del inmueble materia de la demanda, para concluir que debe presumirse que el demandante tiene mejor derecho de propiedad, dedicándose a analizar únicamente la construcción sin analizar la situación jurídica del terreno, concluyendo que lo único que está en discusión es la reivindicación de los nichos mas no del terreno, sin considerar que el bien discutido es un inmueble y que por lo tanto corresponde analizar ambos elementos, tanto el terreno como la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

construcción, toda vez que al declarar fundada la reivindicación y ordenar la dejación no se está haciendo diferencia entre ambos elementos. Conforme se tiene dicho, los jueces exponen como razón que se encuentran frente a un proceso en el cual las partes han incurrido en deficiencia probatoria, pero sin embargo tal deficiencia pretenden subsanarla con la aplicación del principio general de la carga de la prueba, sustentado en el artículo 196 del Código Procesal Civil vigente, atribuyendo la carga de la prueba a las partes respecto de sus afirmaciones, sin considerar que en otro extremo de su resolución afirman que en este tipo de procesos la carga de la prueba la asume la parte demandante respecto del derecho de propietario con el cual está demandando, para al final declarar que su derecho de propiedad está probado pese a que no se ha acreditado el tracto sucesivo y después de aseverar que no se ha acreditado que la Municipalidad haya transferido el terreno al demandante ni al demandado, extremo que constituye la razón expuesta de encontrarnos ante una motivación no defendible.

Décimo.- Que las razones expuestas en el considerando anterior nos permiten concluir que nos encontramos frente a la existencia de sentencias tanto de primera como de segunda instancia con una motivación que afecta el principio lógico de no contradicción y con motivación sustancialmente incongruente, toda vez que al resolver las pretensiones de las partes los jueces que las han expedido han incurrido en incongruencias, al no haber analizado todos los términos planteados por las partes, habiendo incurrido en desviaciones que han alterado el debate procesal, incurriendo en una deficiencia procesal sustancial, al no haber cumplido con el deber de contestar todas las afirmaciones formuladas por las partes, desviando la decisión al debate judicial que arbitrariamente ellos han fijado, generando así indefensión de la Municipalidad Distrital de Characato como titular y administradora del inmueble constituido por el cementerio, dentro del cual se encuentran ubicados los nichos en disputa entre los coherederos, y por lo tanto han

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

afectado el derecho a un debido proceso y a una tutela jurisdiccional efectiva, al haberse incurrido en incongruencia omisiva.

Décimo Primero.- Todas las razones expuestas justifican la infracción normativa denunciada, correspondiendo declarar fundado el recurso propuesto y reenviar el proceso hasta primera instancia, ordenándose que el A quo corrija las infracciones descritas.

Décimo Segundo.- Que correspondiendo definir los alcances de la nulidad y el reenvío, debe precisarse que los efectos de declarar fundada la casación implica anular la sentencia de vista, declarar insubsistente la apelada y disponer el reenvío de la causa al juzgado que intervino en primera instancia, ordenando que previa subsanación de las deficiencias advertidas en la parte considerativa de la presente resolución y después de garantizar el derecho de defensa de la Municipalidad de Characato, aplicando la formalidad establecida en los artículos 95 y 96 del Código Procesal Civil vigente con el fin de emplazar y escuchar las posiciones que exponga dicha Municipalidad, lo cual le permitirá definir si le corresponde asignarle la calidad de litisconsorte necesario pasivo, por tener una pretensión conexa con la del demandado originario, o su pretensión resulta excluyente de la del demandante o demandado, o tenga otro tipo de interés propio, conforme a lo cual definirá su participación en este proceso y por tanto le asignará facultades para intervenir dentro de este proceso, subsanaciones después de las cuales procederá a emitir nueva sentencia.

Décimo Tercero.- Cabe precisar, que en atención a que la pretensión principal es la de reivindicación de dos nichos, ubicados en un mausoleo, la pretensión accesoria es de indemnización y pago de daños y perjuicios; y la pretensión alternativa es el pago de una suma dineraria; era necesario cumplir previamente con lo dispuesto en la Ley N° 26872, que regula como requisito previo en estos casos, la invitación a una conciliación, procedimiento que en efecto, formalmente se ha cumplido al

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

presentarse copia del acta correspondiente, obrante a fojas siete de autos, su fecha veintitrés de setiembre del año dos mil nueve, siendo presentada la demanda en el mes de diciembre del mismo año, sin embargo este Supremo Tribunal, considera que más allá del carácter netamente patrimonial que el demandante le ha dado a las preces de su demanda, se trata de un caso en que si era imprescindible cumplir con el requisito de la convocatoria a un acto de conciliación, a efectos de cumplir con el objetivo o finalidad de evitar un futuro proceso, por cuanto la naturaleza de la controversia, trasciende el ámbito estrictamente material y tiene que ver con la dignidad de la persona humana, que va más allá de la efímera existencia del ser humano, el respeto a la memoria de quienes reposan en los camposantos, sea en un modesto nicho o en un suntuoso mausoleo; donde la característica principal debe ser la paz, la tranquilidad, y no verse perturbada esta memoria, este reposorio de los restos mortales de toda persona humana, por conflictos de sus sucesores; acto de conciliación que no se llevó a cabo en la etapa previa a la interposición de la demanda; por la inconcurrencia de una de las partes; conciliación que también puede ser propuesta por el Juez en este caso, al amparo de la parte pertinente del artículo 324 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 2 de la Ley N° 30293, antes de expedir sentencia; ante la nulidad de todo lo actuado que se está declarando, a efectos de que en el estadio oportuno, bajo la dirección del Juez, de manera real y efectiva a las partes, más allá de la mera formalidad, bajo la dirección de la judicatura pudiesen arribar a una conciliación, como medio alternativo de solución de conflictos, exhortándose a las partes a respetar la memoria de los difuntos, parientes incluso de las partes, a deponer aspiraciones materiales, dando contenido plausible a esta institución, que ha devenido en un mero trámite, siendo este un caso que debe marcar un hito en la historia de la Conciliación, como un medio de desjudicialización de conflictos en el que se tuvo mucha esperanza en el propósito de llegar a través de esta, a la culminación del proceso.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1298-2017
AREQUIPA
Reivindicación y Otros**

VI. DECISIÓN:

Por estas consideraciones y en aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas mil doscientos sesenta y ocho del expediente principal, por **Luis Alberto Linares Velarde**; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fecha veintiuno de octubre del dos mil dieciséis, obrante a fojas mil doscientos cincuenta y siete del expediente principal; e **INSUBSISTENTE** la apelada de fecha cinco de noviembre de dos mil quince, que declaró Fundada en parte la demanda; en consecuencia **ORDENARON** que el *A quo* emita nuevo fallo, previa subsanación de las infracciones descritas en la parte considerativa de la presente resolución, dando pleno cumplimiento a las indicaciones consignadas en el décimo segundo y décimo tercero considerandos de la presente resolución; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" bajo responsabilidad, en los seguidos por Rómulo Guillermo Alayza Tejada con Luis Alberto Linares Velarde, sobre reivindicación y otros. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Távora Córdova**.

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

HURTADO REYES

HUAMANÍ LLAMAS

SALAZAR LIZÁRRAGA

CALDERÓN PUERTAS

Jbs/Csa