

# ***Desvelando los intereses ocultos: Neoliberalismo en la nueva “Defensa posesoria extrajudicial”***

**Joshimar De la Cruz Aroni\***

*“El derecho desde abajo”*

*Pietro Barcellona “Intervento statale e autonomia privata”*

*Anton Menger “Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen volksklassen”*

*Leon Duguit “Les transformations générales du Droit Privé depuis le code Napoleon”*

**SUMARIO.** 1.- A manera de introducción. 2.- Los fundamentos de la autotutela posesoria. 3.- Los motivos políticos económicos de la “Modificación”. 4.- La Nueva Norma. 4.1) Ideas preliminares para una mejor interpretación. 4.2) Análisis técnico-legal de la norma. 4.2.1- ¿Acaso dejamos de ser importadores de categorías jurídicas? 4.2.2- Otra vez, las omisiones de la nueva norma. 4.2.3- Vulneración a la inmediatez de la autotutela: 15 días de conflicto. 4.2.4- El criterio subjetivo de la autotutela posesoria, ¿La extinción de los interdictos? 4.2.5- El supuesto en pro de las inmobiliarias. 4.2.6- ¿Tutela posesoria o tutela propietaria?. 5.- Antecedentes de una concepción neoliberal: Las propuestas legislativas y doctrinarias de los últimos años. 6.- Propuestas.

---

\* Miembro Fundador del Taller de Investigación de “Derecho Privado Comparado”, Coordinador del Área Civil de Actualidad Civil- Instituto Pacífico, ex miembro del Estudio Jurídico De la Flor, García Montufar & Arata Abogados Asociados. Alumno del cuarto año de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

## **RESUMEN**

Será osada mi pretensión al abordar estas líneas, discernir sobre derecho sin pensar solamente en un análisis exegético de tales. Abordaré mi análisis principalmente en la utilización del Derecho Comparado y un análisis técnico-jurídico, y utilizaré como herramientas a la economía y la política para desentrañar el significado de la nueva modificación del artículo 920 del Código Civil, con la finalidad de arribar a una propuesta.

En tal sentido, el objeto del presente trabajo, será la novísima invención peruana *“La defensa posesoria extrajudicial”*, modificación al Artículo 920 del Código Civil (*en adelante “la modificación”*), el cual fue creada por la Ley N° 30230, *“Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la inversión en el país”* (conocido por el lego como la ley “del paquetazo económico”), publicada el 12 de julio del 2014.

Por ello, develaré los intereses legales, económicos y políticos de la norma, asentándonos en los métodos y herramientas antes mencionados, con la finalidad de demostrar que las propuestas legislativas y doctrinarias en los últimos años con respecto a los Derechos Reales, han tenido caracteres de una reforma neoliberal en el país. No obstante, plantearemos algunas propuestas para sanear el grave problema de las vulneraciones al derecho de propiedad que existe en nuestra realidad.

### **PALABRAS CLAVE:**

Autotutela- Posesión- Interdictos- Neoliberalismo- Inmobiliaria

## **1.- A MANERA DE INTRODUCCIÓN**

Los autores citados son el “leitmotiv” de estas líneas que escribiré, dichos juristas han discernido diferente al común abogado de sus épocas; sustentaban sus tesis en una visión no legalista del Derecho, desenvainando en lo profundo de la historia, la economía, la política y otras ramas, el verdadero sentido de la norma sin desmedro de la practicidad jurídica.

Es así de osada mi pretensión al abordar estas líneas, discernir sobre derecho sin pensar solamente en un análisis exegético de tales. Abordaré mi análisis principalmente en la utilización del Derecho Comparado y un análisis técnico- jurídico, y utilizaré como herramientas a la economía y la política para desentrañar el significado de la norma, con la finalidad de arribar a una propuesta.

En tal sentido, el objeto del presente trabajo, será la novísima invención peruana "*La defensa posesoria extrajudicial*", modificación al Artículo 920 del Código Civil (*en adelante "la modificación"*), el cual fue creada por la Ley N° 30230, "*Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la inversión en el país*" (conocido por el lego como la ley "del paquetazo económico"), publicada el 12 de julio del 2014.

Por ello, develaré los intereses legales, económicos y políticos de la norma, asentándonos en los métodos y herramientas antes mencionados, con la finalidad de demostrar que las propuestas legislativas y doctrinarias en los últimos años con respecto a los Derechos Reales, han tenido caracteres de una reforma neoliberal en el país. No obstante, plantaremos algunas propuestas para sanear el grave problema de las vulneraciones al derecho de propiedad que existe en nuestra realidad.

## 2.- LOS FUNDAMENTOS DE LA AUTOTUTELA POSESORIA

La autotutela posesoria es un medio de defensa extrajudicial, sustentada en los principios de la legítima defensa que permite el uso de la fuerza, para poder retener el predio ante los actos de perturbación, o de recobrar, si se hubiese sido despojado de la posesión.

Dicha conceptualización ha tenido un devenir constante. Así, se cimentó las bases en el Derecho Romano sin desarrollar una categoría jurídica<sup>1</sup>, se am-

---

1 Los romanos no desarrollaron una categoría propiamente dicha de "*Autotutela posesoria*", sino que basaron el uso de la fuerza en un principio natural "*La legítima defensa*". Dicho principio, se puede observar claramente en una sentencia de *Ulpiano en el Digesto L.XLI-II; Tit. XVI, n. 9:* "*Así, pues, podemos repeler con las armas al que viene con armas; mas*

plió dicha protección en el Derecho Canónico<sup>2</sup>, para finalmente consolidarse en el Código Civil Alemán (BGB)<sup>3</sup> tras un largo desarrollo en los países de origen germana, así los primeros códigos en regular la autotutela posesoria fueron el Código Civil Austriaco de 1811( ABGB; Parágrafo 344) y el mítico Código Prusiano de 1794 (ALR; § 142 y 143)<sup>4</sup>.

*Se establecía en el § 143 de la ALR("Allgemeines Landrecht für Preußischen Staaten"):"aquel que es despojado violentamente de su detentación o de su posesión, puede igualmente recurrir a la defensa privada permitida por ley"*

Es debido a ello que, la mayoría de códigos contemporáneos, prescinde de regular la "autotutela posesoria"; por excepción encontramos al mencionado Código Civil Alemán (Art. 859),Código Civil Suizo(Art.926), Código Civil Argentino (Art. 2470), Código Civil Español (Art.441) y el nuestro, son de los pocos que codifican dicha categoría.

---

*esto inmediatamente, no después de un intervalo, con tal que sepamos que no solamente está permitido resistir, para no ser echado, sino que el hubiere sido echado eche al mismo, no después de un intervalo, sino inmediatamente".* Cfr.: GARCIA DEL CORRAL Idelfonso L. "*Cuerpo del Derecho Civil Romano*", tomo 2 segunda parte, Ed. Consejo de Ciento, Barcelona, pag. 431; IHERING, Rudolf von, "*Der Besitzwille: Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*", Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1889, pag. 47; PETIT, Eugene, "*Traité Élémentaire du Droit Romain*", Quatrième édition revue et argumentée, Éditeur Arthur Rousseau, Paris, 1903, pag. 256.

- 2 La protección posesoria se extendió gracias a la "exceptio spolií", "actio spolií" y sobre todo por el decreto de Graciano con el famoso canon de "Reintegranda"; la cual permitió, entre otras cosas, que la tutela posesoria pueda ser ejercida por el servidor de la posesión, ser ejercida a los bienes inmuebles y muebles, así como ejercer la tutela contra el tercero diferente al despojante. Cfr.: "*Evoluzioni (Fortbildungen) posteriori al diritto romano*" en WINSCHIED Bernard "*Teoria delle Pandette*", trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa, Torino, editrice Torinese, 1925, vol.1, pag. 572.
- 3 El derecho germano de la propiedad ("Gewere") a diferencia del romano y canónico, no poseyó las categorías de interdictos o acciones posesorias; más bien la defensa de la posesión estuvo sustentada en el derecho penal, en la legítima defensa. Cfr. RAMIREZ Eugenio Maria "*Tratado de Derechos Reales*", Tomo 1, Rodhas, Lima, 1996, pag.692.
- 4 El Código Prusiano o conocido como ALR ("*Allgemeines Landrecht für Preußischen Staaten*") establecía en su parágrafo 142: "*permitido rechazar la violencia, cuando la resistencia del estado se produjese demasiado tarde para prevenir una pérdida irreparable*", asimismo en su parágrafo 143: "*aquel que es despojado violentamente de su detentación o de su posesión, puede igualmente recurrir a la defensa privada permitida por ley*".

No obstante, los demás códigos civiles al poseer una laguna normativa integran su ordenamiento aplicando la “analogía iuris” al principio de legítima defensa en los casos en que se requiere el uso de la autotutela posesoria. Así podemos ver como ejemplo principalmente, al código civil francés<sup>5</sup>, código civil italiano<sup>6</sup>, y las demás codificaciones latinoamericanas.

Es así que la doctrina alemana es la autorizada para desvelar dicha categoría, por consiguiente analizaremos su normatividad y los aportes doctrinarios. Así, partiremos en mostrar su norma:

§859 Autotutela de la posesión( “Selbsthilfe des Besitzers”)

(1) *El poseedor puede defenderse de la privación ilícita mediante el uso de la fuerza*

(2) *Si una cosa mueble es arrebatada a su poseedor mediante privación ilícita, dicho poseedor puede recuperarla mediante el uso de la fuerza contra el actuante si es sorprendido o es perseguido en el acto.*

(3) *Si el poseedor de una finca es privado de su posesión mediante privación ilícita, inmediatamente después de la posesión, puede apoderarse nuevamente de la posesión de la finca expulsando al que perpetro el acto.*

(4) *Los mismo apartados derechos corresponden al poseedor contra aquellos que, según el § 858, apartado 2, se puede hacer valer la posesión ilegítima.*

- 
- 5 El maestro francés Marcel Planiol reafirma que el código civil francés otorga solamente las acciones particulares llamadas posesorias, que le sirve para mantener o recobrar la posesión vía judicial. En el capítulo de la posesión no se hace alusión alguna sobre la “autotutela posesoria”. Cfr: PLANIOL Marcel y RIPERT Georges “*Derecho Civil*”, Parte Primera, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México D.F., pag.386 y ss. Cfr.: STOULS Ernest, “*Étude sur la protection de la possession*”, Brayet et Retaux, Paris. 1874, pag.85 y ss.
- 6 Así, la doctrina italiana ha establecido que si bien no posee una categoría de autotutela jurídica, si hacen uso de la fuerza como defensa posesoria cuando interpretan “analogía iuris” el principio de “legítima defensa”. El maestro Trimarchi dice: “*solo en el momento en el cual viene injustamente privado de la posesión, el propietario está permitido de reaccionar, porque en tal caso hay un peligro actual de una ofensa injusta contra la cual es admitida una legítima defensa*”(trad.libre)Cfr. TRIMARCHI, Pietro “*Istituzioni di Diritto Privato*”, Ed.Giuffrè, Milano, 1998, pag.563.

Antes de analizar los supuestos de la norma, debemos tener en claro que el sustento de la tutela posesoria se basa en la **paz jurídica**, de ahí que se limita el uso de la justicia a mano propia, así también lo puntualiza Westermann: "*recuperación de la posesión solamente puede ser admitida dentro de estrechos límites, pues de lo contrario nunca se lograría que se pacificase el estado posesorio y, con ello, que se instaurase la paz jurídica*"<sup>7</sup>.

De acuerdo a la norma citada, se puede interpretar literalmente dos supuestos: 1) cuando el poseedor está sufriendo actos de perturbación, 2) cuando el poseedor se ha visto despojado del inmueble.

El primer supuesto, está permitido que el poseedor repele por la fuerza los actos perturbatorios o de intención de despojo sin excederse en su uso más allá de su defensa. Es debido a que dicho supuesto está cimentado en la legítima defensa<sup>8</sup>. El segundo supuesto, en este caso el despojo ha sido consumado, pero aún el poseedor puede ejercer la fuerza para recobrar su posesión en un plazo inmediato. ¿De cuánto es el plazo? La jurisprudencia alemana ha establecido un plazo de 24 horas<sup>9</sup>.

En resumen, podemos inferir algunos fundamentos esenciales de la autotutela posesoria:

1. Es inusitado, debido a que pocos códigos civiles contemporáneos han institucionalizado la autotutela posesoria.

---

7 WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Karl-Heinz, DIETER, Eickmann. "*Derechos Reales*", Vol. I, Traducción de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia, Bruno Rodríguez-Rosado, Séptima edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pag. 269.

8 La doctrina alemana, si bien es cierto comparte la idea de que el sustento de la autotutela posesoria es la legítima defensa, ha inferido una diferencia, en que una defiende a la persona y la otra a los bienes. Cfr.: WOLFF, Martín. "*Derecho de Cosas*", En: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. "*Tratado de Derecho Civil. Parte General*", Tomo III, Volumen I, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1936, pag. 109.

9 Es curioso que Westermann al mencionar el plazo de 24 horas, diga que la jurisprudencia ha sido generosa. Se imaginan lo que diría de nuestro ordenamiento, que establece 15 días con la nueva "modificación". Cfr.: WESTERMANN, Harm Peter. GURSKY, Karl-Heinz, DIETER, Eickmann, "*Derechos Reales*", Op.cit. pag., 270.

2. Es excepcional, ya que la regla es la protección vía judicial y no la justicia a mano propia.
3. Es proporcional, la fuerza está basado en el principio de legítima defensa.
4. Es inmediata, según el derecho comparado en un rango de 24 horas.

### 3.- LOS MOTIVOS POLÍTICOS-ECONÓMICOS DE LA “MODIFICACIÓN”

En este acápite nos correspondería abordar la modificación del artículo 920, pero creemos necesario analizar primero la Ley N° 30230 “*Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la inversión en el país*”, con la finalidad de comprender las razones que dieron merito a la “modificación”.

La citada ley no ha tenido un desarrollo pacífico, aforadas críticas desde todos los sectores han mellado su discurso de ser “*el salvataje de la desaceleración económica*”. Dichos sectores inconformes representados por más de 100 organizaciones ambientales entre nacionales e internacionales, la defensoría del pueblo e inclusive las Naciones Unidas han criticado el “paquetazo”<sup>10</sup> porque se han vulnerado los principios básicos del desarrollo sostenible.

Este descontento puede ser explicado mejor con algunas cortas preguntas: *¿Qué origino la Ley?* La Ley se crea ante la desaceleración económica peruana sufrida los últimos semestres. El “milagro económico peruano” de casi un crecimiento del 9% era solo una ilusión producto de la alza de precios de

---

10 Esto es preocupante aún más cuando el Perú será la sede de la COP 20 en el 2014, que es una Conferencia Mundial sobre el Clima donde se reúnen los países miembros de la ONU. Debido a la ley más de 100 organismos entre nacionales e internacionales han cuestionado la participación peruana como sede. Cfr: “*Preocupación internacional en torno al liderazgo peruano en la COP 20*” (online), fecha de consulta 26/08/14, disponible en: <http://grupoperucop20.org.pe/>. Cfr.: Manuel Pulgar Vidal “*No le han cortado los brazos al ministerio del Ambiente*” en *Semana económica*”, recurso disponible: <http://semanaeconomica.com/articulo/economia/139083-manuel-pulgar-vidal-no-le-han-cortado-los-brazos-al-ministerio-del-ambiente/>; *14° Reporte del Observatorio de Conflictos Mineros del Perú*, correspondiente al primer semestre de 2014. Fecha de consulta 26/08/14, recurso disponible en la página web(online): [http://www.cooperaccion.org.pe/OCM/XIV\\_OCM\\_2014-07-15.pdf](http://www.cooperaccion.org.pe/OCM/XIV_OCM_2014-07-15.pdf)

los “commodities” en el mercado internacional. Ahora ante su caída, el Perú se ha despertado de su ilusión, viéndose ahora que sigue siendo un país mercantilista primario-exportador, con una baja presión tributaria y escasa inversión en proyectos sociales<sup>11</sup>.

¿Para qué se creó la ley? Dicha ley tiene la finalidad de resolver el descenso de la inversión privada. De acuerdo al último informe de Julio del BCR, la inversión privada ha caído en los sectores más importantes del país: minería, manufactura y pesquería. Lamentablemente, las políticas económicas en el Perú siguen siendo depredacionistas y mercantilistas, ya que solo se sustenta en bienes no renovables.

¿Cuáles son los alcances de la ley? Los cambios producidos han sido a todo el sistema jurídico. Ha originado cambios principalmente en la legislación tributaria, ambiental y urbanística. No obstante, nosotros analizaremos, debido a la ponencia, solamente el aspecto del impacto de la inversión inmobiliaria en la Ley.

El Perú está sumergido en una burbuja inmobiliaria, basándome en los criterios del connotado economista Nouriel Roubini<sup>12</sup>, ya que el precio de las casas son muy altas, los créditos hipotecarios aumentan, el precio del inmueble no coinciden con el desarrollo productivo (PBI) y aún menos con el sueldo de los trabajadores.

---

11 Véase el último informe de la BCR con respecto al último balance del semestre económico (Ene-Jul), el crecimiento ha sido calificado inclusive como una “recesión económica”: 1) Sector minero, %0,4; 2) sector manufactura, %0,2; 3) sector inmobiliario; %2,0; a su vez la inversión pública y privada ha sido casi nulo” en: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2014/julio/reporte-de-inflacion-julio-2014.pdf>

12 Nouriel Roubini, el famoso economista por avizorar la crisis inmobiliaria norteamericana, estableció dos variables: **en primer lugar**, que tan grande están subiendo los precios de las viviendas en comparación con el aumento de los ingresos de los individuos. **La segunda variable** es el precio de la vivienda entre la renta que recibirían por la misma, la tercera es el crecimiento de las deudas hipotecarias -identificando si es que son riesgosas o no-, y la calidad de la supervisión de las hipotecas. Basados en estos factores entre las economías avanzadas como Canadá, Suiza, Suecia, Noruega e incluso Alemania y Francia, se está hablando de lo que podría ser una burbuja, declaró. Cfr. ROUBINI, Nouriel “*Why Central Banks Should Burst Bubble*”, Roubini Global Economics, New York, 2006.



Es en este contexto económico decadente y especulativo que se intenta promover esta Ley N° 30230. No hace falta decir que dicha ley solo generará falsas expectativas y aumentará aún más la especulación. Ya lo decía Paul Krugman " *Gran parte del éxito aparente de la industria financiera(Citigroup) ahora se ha revelado como una ilusión*"<sup>13</sup>; el Perú toma una vía errónea, así como lo tomaron en su momento la legislación española. ¿Quién dijo que la Ley no influye en la economía?

Finalmente, esta Ley no solo es antieconómica<sup>14</sup> y especulativa. Sino también inconstitucional ya que ha sobrepasado diversos derechos, en cada uno de sus artículos propuestos, este análisis sobrepasa los límites del presente artículo pero si revisan la norma podrán disentir vulneraciones al derecho a la vivienda, la paz, el medio ambiente y sobre todo los derechos de las comunidades nativas y pueblos indígenas<sup>15</sup>.

#### 4.- LA NUEVA NORMA

Con la modificación del artículo 920 del Código Civil<sup>16</sup> efectuada por la Ley N° 30230 publicada el 12 de julio último, el tenor de aquella norma ha quedado de la siguiente manera:

- 
- 13 KRUGMAN, Paul " *Making Banking Boring*", fecha de consulta:01/09/14. recurso disponible en: [www.newyorktimes.com/2009/04/10/opinion/10krugman.html?\\_r=0](http://www.newyorktimes.com/2009/04/10/opinion/10krugman.html?_r=0)
  - 14 Hay economistas en el Perú que plantean un camino diferente al propuesto por esta ley: Cfr.: GONZALES Izquierdo, Jorge " *Sobre la diversificación productiva del país* ", en el diario: Gestión, martes 19 de agosto, pp.21; CASAS Tragodara, Carlos" *Supply side economics criolla*" en el diario Gestión, lunes 18 de agosto, pp. 23.
  - 15 Véase el excelente informe legal Juan Carlos Ruiz Molleda del Instituto de defensa Legal, sobre el impacto de la ley en las propiedades colectivas de las comunidades nativas y comunidades indígenas, fecha de consulta 30/08/14, recurso disponible en: [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_trabajo/doc26062014-172037.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc26062014-172037.pdf)
  - 16 En su versión original el artículo 920 del Código Civil establecía que: " *El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias*".

“El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. *La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión.* En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.

*El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.*

La Policía Nacional del Perú así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.

*En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción regulada por el artículo 950 de este Código”.*  
(el resaltado es nuestro)

#### **4.1) Ideas preliminares para una mejor interpretación:**

El derecho y la ideología son dos elementos inseparables desde el momento en que las normas son producto del ser humano, por ende histórico. Así lo concebía el jurista francés Léon Duguit “*no hay nada definitivo en el mundo: todo pasa, todo cambia; y el sistema legal desarrollado será cambiado por otro en algún momento, y que los juristas del futuro tendrán que estudiarlo*”<sup>17</sup>.

Es por ello que para un mejor comprensión del contenido y la redacción se debe conocer las intenciones del legislador, y tal propósito está plasmado en la “*exposición de motivos*” del proyecto de Ley N° 3627/ 2013-PE, documento que origino la Ley N° 30230. El referido Proyecto ha sido propuesto por el Ejecutivo supeditado a los “lobbys empresariales” con la finalidad:

---

17 DUGUIT, Léon “*Les transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoleon*”. Libraire Fêlix Alcan, Paris, 1912, pag.7

de impulsar la inversión privada del país, sin importarle el respeto de la gobernabilidad y la democracia, es una prueba veraz de este desafuero los llamados “cornejoleaks”<sup>18</sup>.

Así, se puede colegir tras la lectura de la “exposición de motivos” que la estructura y la redacción del nuevo artículo 920 tiene un sujeto específico, las inmobiliarias y su inversión. No obstante, aunque la norma no haya sido pensada y no tenga el propósito, procuraremos analizar la norma con otros sujetos, del ciudadano de pie, aquel que construye un segundo piso con tanto esfuerzo para alquilarlo o aquel que arrienda un terreno mientras él vive en un maltrecho departamento.

#### 4.2) Análisis técnico-legal de la norma

La norma puede enmarcarse en tres supuestos, los cuales abordaremos para su posterior crítica

1. “El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. *La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión.* En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.
2. *El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.*
3. *En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción regulada por el artículo 950 de este Código”.*

##### 4.2.1- ¿Acaso dejamos de ser importadores de categorías jurídicas?

En nuestro sistema jurídico existe una costumbre maniaca de importar categorías jurídicas sin un debido uso de la metodología comparatista; es por

---

18 “Cornejoleaks”, son los correos donde se puede leer la presión del Ministro de Energía y Minas, Mayorga, al Ministerio del Ambiente para que no intervenga en las minas y pueda facilitar la promulgación de la ley del “paquetazo”.

ello que infructuosamente el código civil de 1852 quiso ser francés, el de 1936 quiso ser alemán y el de 1984 quiso ser Italiano. Pero ahora parece que la historia ha cambiado, el Perú ha creado una figura única en su tipo. ¿Será cierto?

EL Código Civil de 1936(art.830) fue el primero que regulo la “autotutela posesoria”. Influenciado básicamente por el Código Civil Alemán (BGB; §.859), Suizo (ZGB; art. 926) y argentino(art.2470). Su objetivo, según Oliveira<sup>19</sup>, era el otorgar una defensa inmediata contra los despojos frecuentes en nuestro estado social embrionario. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia no desarrollaron un marco teórico de dicha categoría jurídica.

El actual C.C. de 1984 (art.920), reprodujo literalmente el art.830 del anterior código. A causa de ello, la maestra Maisch von Humboldt<sup>20</sup>, criticó arduamente esta pasividad del legislador debido a que la norma debía haber sido modificado por su parquedad y vaguedad. Lamentablemente, la maestra no pudo modificarla debido a su ingreso tardío en la Comisión de Derechos Reales para la codificación de nuestro actual código.

En contracorriente a nuestra tradición, el nuevo art. 920 (publicada el 12 de julio del 2014) brilla por su originalidad nacional e internacional. No obstante, los cambios abruptos a veces implican determinación y en otras imprudencia. Es en mérito de lo último, como se logra explicar las particularidades de la norma. En la exposición de motivos<sup>21</sup> está ausente cualquier referencia a algún código civil contemporáneo, y tiene una incompleta justificación al cambio de los principios de la “autotutela posesoria”. En contrario, se devela los intereses políticos- económicos que posee el gobierno supeditado a los “lobbys empresariales”, cuando se interpreta toda la ley N°20320 que justifica la modificación del art.920.

---

19 Véase la *Exposición de Motivos del Código Civil de 1936* en: GUZMAN Ferrer, Fernando” *Código Civil*”, T.2, Ed. Cultural Cuzco, 1982, pag.893.

20 Véase *Exposición y Comentarios del Código Civil de 1984* en: REVOREDO De Debakey, Delia”*Código Civil*” ,T.V, 2 edición, 1988, pag.172.

21 Véase la *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N°3627/2013-PE*, dicho documento origina la Ley N°30230.

#### 4.2.2- Otra vez, las omisiones de la nueva norma

La “modificación” sigue adoleciendo de las mismas omisiones que tenía su predecesora. Craso error puede ser enmarcado en tres supuestos:

Primero, no se hace mención a los “*actos perturbatorios*”. En la dogmática civil se ha establecido que el poseedor posee el derecho del uso de la fuerza contra los actos de perturbación y los actos de despojo. Lamentablemente, nuestro legislador ha basado el supuesto normativo solo para los actos de despojo. A diferencia del código civil alemán, en la categoría de privación ilícita (Verbo tene Eigenmacht) en el párrafo 858 y a su vez el código art 928 del código civil suizo<sup>22</sup> que expresamente estipulan los actos de perturbación.

Segundo, la norma sigue omitiendo regular la “*desposesión clandestina*”. Así, existe el despojo que se produce sin el conocimiento del poseedor y sin el ejercicio de la violencia. ¿Se podrá proteger al poseedor que no estuvo en casa y no tenía conocimiento del momento del despojo? De acorde a la “modificación” no se podrá recurrir a la autotutela. Sin embargo, el ordenamiento alemán otorga dicha protección, y la doctrina nos otorga un ejm. *Imaginemos que Carlos sale de su casa para ir al aeropuerto en un viaje ya programado, pero por algunas inconvenientes pierde el vuelo y regresa a casa después de unas horas; cuando llega a casa se da con la sorpresa que alguien está ocupando. ¿Podrá Carlos ejercer autotutela posesoria? Sí, en Alemania pero sólo si se encuentra del plazo establecido que según su jurisprudencia es de 24 horas ¿y en el Perú? La protección es incierta, no lo tipificamos.*

Finalmente, la norma ha omitido cualquier referencia al “*servidor de la posesión*”. En base a la “modificación” el único legitimado a ejercer la fuerza es el poseedor inmediato, limitando aún más la protección posesoria. A diferencia de otras legislaciones donde se extiende este poder al servidor de la posesión (BGB ZGB). ¿Quién podrá ejercer la autotutela si nos vamos de

22 Código Civil Suizo en su artículo 926.2: “*Cuando la cosa le ha sido arrebatada mediante violencia o clandestinamente, puede recuperarla inmediatamente, expulsando al usurpador si se trata de inmuebles, o arrebatándola al ladrón sorprendido en flagrante delito o detenido en su fuga, si se trata de cosas muebles*”

viaje o paseo? No es otro que el guardián o familiar encargado en el domicilio. Es debido a ello que el parágrafo 860 del código civil alemán estipula claramente dicho supuesto.

**4.2.3- Vulneración a la inmediatez de la autotutela: 15 días de conflicto.** Existen pocos juristas que tienen el poder de convertir cada una de sus palabras en una “máxima” del derecho. En definitiva, Rudolf Jhering tiene tal poder, estudioso del derecho romano y germánico nos legó la esencia de la protección de la posesión. Así, Ihering buscaba la naturaleza de la protección posesoria preguntándose ¿Por qué se protege la posesión?, podemos intentar responderlo con sus propias palabras, dice:

*“(…)ist völlig gleichgültig, wenn die Besitzestörung ihre Richtung nicht gegen den Besitz, sondern gegen die Person nimmt.”*

*Der Schutz gegen das darin liegende unrecht ist nicht eine Frage der Zweckmäßigkeit und des Bedürfnisses sondern eine einfache Sache der Konsequenz<sup>23</sup>*

*(“el derecho”) es totalmente indiferente cuando las perturbaciones al predio se dirigen contra la posesión, pero no cuando se dirigen contra la persona.*

*La protección contra las perturbaciones de la posesión no son una cuestión de funcionalidad o necesidad, sino solamente una simple consecuencia (trad. libre)*

En estas palabras dichas por Ihering, podemos colegir que la protección de la posesión protege primordialmente a la persona, a su seguridad y a la paz; y solamente como efecto coadyuvante se protege la relación fáctica de la posesión. A consecuencia de dicha protección, se cimenta una sociedad en base de la presunción de la propiedad con la finalidad de construir una sociedad civilizada. En pocas palabras, *“ la protección de la posesión es la protección de la paz jurídica, entendida como la prohibición al uso de la justicia por mano propia”*.

No obstante, la necesidad de una rápida intervención ha conllevado, por excepción, a crear la categoría de la “autotutela posesoria”, dando así po-

---

23 JHERING Rudolf *“Ueber den Grund des Besitzschutzes: Eine revision der lehre Besim”*, Maute's Verlag, Jena 1869, pag.10

der al particular para defenderse bajo los *principios de la legítima defensa, teniendo esta la esencia de ser una reacción inmediata y proporcional al acto perjudicial*. Es por ello que los ordenamientos contemporáneos han entendido como reacción inmediata, la reacción dentro del transcurso de 24 horas después de cometido el acto de perturbación o despojo.

En contracorriente nuestra nueva norma ha establecido 15 días para el uso de la fuerza, revelándose así a la historia jurídica, a la tradición, la doctrina y los códigos civiles contemporáneos. En perjuicio de ello ha vulnerado principios y derechos fundamentales como el derecho a la paz y la tranquilidad. Es a partir de ahora, donde el Perú se convierte en un estado social decadente.

#### 4.2.4-El criterio subjetivo de la autotutela posesoria, ¿La extinción de los interdictos?

Otra vez contra la corriente, la modificación ha establecido el criterio subjetivo como el mecanismo para el correr de los plazos de prescripción. Así, la “modificación” establece que:“(…) *La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión.*”

En consecuencia, el criterio subjetivo generará problemas en diversas aristas como: 1) *En la prueba*, la “praxis” ha demostrado que probar el conocimiento efectivo es complicado e incierto, y que muchas veces es juzgado arbitrariamente; 2) *en la inmediatez de la autotutela posesoria*, pudiendo de ese modo el despojado ejercer la autotutela muchos años después de ejercerse el despojo; 3) *en los interdictos*, no existe una armonización entre el criterio objetivo de los interdictos (Artículo 602 del C.P.C) y el criterio subjetivo de la autotutela.

Imaginemos un caso, “*Ricardo después de años de trabajo decide pasar unas largas vacaciones de dos años en Europa, dejando su casa cerrada por todos los lados posibles. A pesar de ello, a los meses un sujeto irrumpe en el predio con sus muebles para vivir. Terminan las vacaciones, Ricardo llega a su casa y se da con la sorpresa que el sujeto vive ahí con todos sus hijos. ¿Qué podrá hacer Carlos? Según nuestro nuevo ordenamiento Ricardo tendrá 15 días para poder ejercer la fuerza y echarlo a la fuerza de su*

*predio. Pero incoherentemente ya no posee ningún interdicto, ya que estos prescriben al año”.*

En consecuencia, esta modificación permitirá que la autotutela posesoria sea la regla y los interdictos sean la excepción. No puede existir algo más ilógico e irrazonable, la autotutela siempre ha sido un medio de excepción, así lo clarifica Wolff : *“(…) esta facultad de proceder directamente no deja de ser una excepción rarísima. Por lo general, el titular no estará asistido de esta facultad(…)”*<sup>24</sup>.

#### **4.2.5- El supuesto en pro de las inmobiliarias**

El segundo supuesto de la “modificación” es el más grande equívoco de la norma. No solo ha afectado las instituciones del derecho privado, sino que ha develado que la norma creada tiene una finalidad económica –política en favor de un sector.

En el ámbito jurídico, la “modificación” ha vulnerado en diversos aspectos: 1) *a la inmediatez*, ya que en este especial supuesto el propietario podrá ejercer la defensa posesoria extrajudicial dentro de los 10 años; 2) *a la posesión*, ya que para ser considerado poseedor (art. 896 del Código Civil) bastará tener un título sin haber ejercido posesión; 3) *a la tutela posesoria*, el supuesto referido otorga al propietario no poseedor un medio defensa que se ha forjado históricamente para el poseedor; 4) *a la presunción de la propiedad* (art. 912 del C.C.), el poseedor poseía esta presunción en pro de su seguridad personal y el resguardo de la paz jurídica.

*Establezcamos un caso, por cierto real, de una propietaria con una extensión de su propiedad de casi 1 700 000 km2 de terreno eriazos, en un pueblo de un área de 475, 47 km2 y con densidad poblacional muy alta. No es acaso un principio de la propiedad, la posesión y la prescripción adquisitiva, el uso más eficaz y útil de los predios. Esta norma no sólo generará más injusticia al poblador que vive asinado, sino que generará que los grandes propietarios no usen o inviertan en sus tierras debido a que la norma, le otorga 10 años para querer hacerlo, e inclusive con tan solo su título podrá usar la autotutela posesoria.*

---

24 WOLFF, Martín. “Derecho de Cosas”, Op. Cit. pág. 69.



Por otro lado, las inversiones inmobiliarias son las únicas beneficiadas ante estos perjuicios. Tal vez no se pueda observar el interés económico –político detrás de la modificación, pero si lo podemos encontrar claramente en la exposición de motivos de la referida ley N° 30230. Quizás por un deslizo o descuido de la exposición de motivos, confesando que la norma es en pro de las inmobiliarias o los grandes propietarios, dice: *“Luego, el artículo no considera que el propietario de inmuebles sin construirlo o en proceso de construir requiere de mecanismos efectivo de protección de su posesión frente a invasores.(...)”*<sup>25</sup>.

#### 4.2.6- ¿Tutela posesoria o tutela propietaria?

El último supuesto establece que: *“En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción regulada por el artículo 950 de este Código”*. De esta manera la modificación no tanto ha suprimido la naturaleza de la tutela posesoria, sino también ha vulnerado un derecho fundamental, la legítima defensa.

De acuerdo a lo mencionado, Jhering estableció que la tutela posesoria se fundamentaba en un deber social de defensa, dice en su libro “Der Besitzwille”:

*“(...)wer mir dieselbe zu entziehen sucht, tastet meinen Willen und damit meine Persönlichkeiten, die ich zu behaupten juristisch ebenso berechtigt wie social genöthigt bin.”*<sup>26</sup>

*“Quien busque vulnerar mi poder sobre la cosa, vulnera mi voluntad y mi personalidad, pero tengo el derecho de defenderme respaldado jurídicamente como socialmente” (traducción libre)*

Dicho supuesto, que vulnera la legítima defensa, es claramente dirigido a los casos de arrendamiento de inmuebles, pretendiendo otorgar violencia legítima para un desalojo arbitrario contra el poseedor precario. De esta manera a contravenido varias normas de nuestro código civil, veamos: 1) al

25 Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N°3627/2013-PE, pag.85.

26 IHERING, Rudolf von, “Der Besitzwille: Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode”, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1889, pag.48.

poseedor precario (art. 911 del C.C.), dicho supuesto limita la categoría de poseedor al precario al no otorgarle la autotutela posesoria, defensa básica de cualquier poseedor; 2) a la presunción de propiedad (art. 912 del C.C.), ya que el supuesto de no oponibilidad del poseedor inmediata al mediata, se amplía a todos los demás casos de precario; 3) a la defensa de los actos “perturbatorios” (el derogado artículo 920 del C.C), 4) a la naturaleza de la tutela posesoria (Art. 598 del C.C)

Así en un primer caso de actos perturbatorios: *“un arrendatario que no ha pagado sus mensualidades, convirtiéndose en precario, y su arrendador molesto comienza a perturbarlo con ruidos, echarle basura, insultos, etc. Contra dichos actos el arrendatario no podrá ejercer la autotutela posesoria, ya que de lo contrario sería procesado penalmente según el art.417 del código penal”*<sup>27</sup>.

Por otro lado, en un caso de acto de despojo: *“el mismo precario, que ante un caso de desalojo forzoso, termina en una gresca con el propietario, ocasionándose ambos mutuamente daños considerables. ¿Quién responderá por los daños sufridos? En este caso solo el arrendatario, al no poseer el derecho a la autotutela posesoria, tendrá que responder penalmente(art.417 del Código Penal) e indemnizar los daños y perjuicios(inc.2 artículo 1971 del Código Civil)”*.

Concluyendo, la referida norma ha transgredido todo ámbito de razonabilidad jurídica, vulnerando los principios básicos de convivencia social y seguridad jurídica. ¡Ojalá Dios nos coja confesados!.

---

27 Artículo 417 del código penal peruano.- Ejercicio arbitrario de derecho-Justicia por propia mano *“El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.”*

## 5.- ANTECEDENTES DE UNA CONCEPCIÓN NEOLIBERAL: *Las propuestas legislativas y doctrinarias de los últimos años.*

La nueva modificación no es tan original como parece, en los últimos años lo han precedido propuestas partidistas como el *proyecto de ley N°219-2011-CR* que planteaba un plazo de 72 horas para recuperar el inmuebles; *proyecto de Ley N°3357-2013-CR* que planteaba al igual que esta modificación, la ampliación de 15 días para ejercicio de la autotutela posesoria.

A esto se suma leyes en los últimos años que han pretendido ser el salvataje de estos problemas, pero ocasionando no más que falsas esperanzas y mayor angustia; se puede mencionar la *Ley N° 30199(18/05/14) "Ley que modifica el art.603 del código procesal civil sobre interdicto de recobrar"*<sup>28</sup> y la *Ley N° 30201 "Ley que crea el registro de deudores judiciales morosos"*<sup>29</sup>.

Y por último, encontramos las propuestas de catedráticos con una visión neoliberal, que planteaban hace mucho el aumento del plazo a 72 horas con una visión pro-inmobiliaria, En merito a ello, planteaban que la solución solamente radicada en la autotutela posesoria o en la desjudicialización de las defensas posesorias. Inclusive a pesar de aceptar que la nueva norma generara abusos del propietario, apoyan a la norma diciendo: pero ¿Quién abusa más?,

28 Pretendió implantar una medida cautelar, mientras que mediante una interpretación sistemática se podía colegir que si existía una medida cautelar para los interdictos. Véase: GUERRA María Elena "*Se requiere una medida autosatisfactiva para una real tutela express*" pág. 180; Valverde, Luis Alfaro "*¿Medida cautelar o técnica anticipatoria sobre derechos posesorios?*" pág. 182; CARRRANZA Alvarez "*La posesión provisional en el interdicto de recobrar*", pág. 184 en: Gaceta Civil y Procesal civil, tomo 11,lima, mayo 2014.

29 Ley que pretendía forjar a un desalojo por 15 días, que no fue más que una simple ilusión, e implantar un registro de deudores morosos, que vulneraba los derechos de carácter procesal como el "principio de doble instancia", al imponer que se necesitaba solo sentencia de primera instancia para registrar al moroso. Cfr.: NINAMANCCO Cordova "*Notas críticas sobre la denominada ley de inquilinos morosos*" pag.25 y ss; LAMA More Hector "*Sentencia con condena de futuro con nuevas reglas: Crítica a la nueva regulación*" pag. 13; SORIA Aguilar Alfredo "*Registro de deudores judiciales morosos y desalojo célere: Breves apuntes sobre la ley N 30201*", pag.19; ROCA Mendoza, Oreste, "*El registro de deudores judiciales morosos: impacto no profundo en beneficio de los acreedores*" pag.31 en : Gaceta Civil y Procesal civil, lima, tomo 12 junio, 2014.

aplicando de ese modo la visión rancia de la “Teoría de los dos demonios” que justificaba el uso de la fuerza de los gobiernos dictatoriales<sup>30</sup>.

En lo particular, soy consciente que en el País existe un grave problema con las invasiones de terrenos públicos y privados, y a su vez una amalgama de inquilinos morosos; pero la forma de legislar o las propuestas mencionadas buscan una solución pragmática en desmedro de derechos fundamentales..

Concluyendo, se ha designado erróneamente las causas de los problemas. Las autoridades no han analizado la situación de la realidad peruana. El Perú constituye uno de los más altos índices de un fenómeno mundial llamado “The century of displacement” (“El siglo de los desplazados”)<sup>31</sup>. Esto debido a la alta densidad poblacional en las ciudades, conflictos socio- ambiental y la excesiva violencia. ¿Acaso creen que el legislador haya pensado esto?

## 6.- PROPUESTAS

**6.1- Propuesta principal-** Propongo interponer una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 67 de la ley N°30230 que modifica al art.920 del código civil, debido a que dicha norma vulnera los artículos 2.9(Inviolabilidad de domicilio), 22 (“derecho a la paz y la tranquilidad pública”), 23 (legítima defensa) y 195.8 (“acceso a la vivienda”) de la Constitución.

**6.2- Propuesta secundaria-** La supresión de la vetusta división de los procesos posesorios en procedimientos interdictales y las acciones posesorias. Por consiguiente, la propuesta consiste en la unión de los procedimientos mencionados, con la finalidad de convertirlo en un solo procedimiento con dos fases:

---

30 Véase: MEJORADA Chauca, Martin: “DEFENSA POSESORIA EXTRAJUDICIAL ¿El artículo 920°, 921° del C.C. y el artículo 603° del C. P. C. es suficiente?”, disponible en: [http://studiumlegis.blogspot.com/2014/08/defensa-posesoria-extrajudicial-el\\_11.html](http://studiumlegis.blogspot.com/2014/08/defensa-posesoria-extrajudicial-el_11.html); “La recuperación de bienes a manos propias”, disponible en: <http://blogs.gestion.pe/pre-diologal/2014/06/26/la-recuperacion-de-bienes-por-mano-propia/>.

31 Véase: El folleto N° 25 de la ONU sobre “el siglo de los desplazado” en: “Fact Sheet No.25, Forced Evictions and Human Rights”, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet25en.pdf>.

La primera fase, consistente en la fase interdictal con el objetivo de otorgar medidas urgentes anticipatorias en un procedimiento de cognición sumaria, las cuales tendrán una función cautelar. Así mismo, el juicio finalizará con una resolución que no tendrá carácter de sentencia, además de ser un requisito previo para la segunda fase.

La segunda fase, con el objetivo de tomar una decisión definitiva (sentencia) sobre el merito, determinará la licitud de la posesión, la existencia de peligro ante un daño irreparable y la responsabilidad de las partes, en un procedimiento de cognición plena.

### **6.2.1- Exposición de Motivos**

La mencionada propuesta surge ante los diversos problemas de nuestro procedimiento interdictal: 1) procedimientos larguísimos sin reparar en los riesgos; 2) procesos interdictales que arriban hasta la Corte Suprema,<sup>3)</sup> la existencia de un proceso dividido en sumario y cautelar en el mismo procedimiento interdictal (artículo 603 del C.P.C.).

Es debido a los antes mencionado que recurrimos a la historia y al derecho comparado en favor de una solución. Y es así como enalamos nuestra propuesta en las bases procesalistas del derecho romano y el procedimiento alemán e italiano.

Describiendo lo mencionado, los procesos posesorios desde su creación en los comienzos del derecho romano clásico, han sido por esencia vertiginosos debido a la necesidad de prevenir el daño y hacer efectiva la protección del bien al despojado o perturbado. En virtud de ello, los procesos interdictales eran diferentes a las acciones ordinarias, el primero finalizaba con un Edicto del Pretor (“Privatmann”) o el presidente de una provincia y se desarrollaba bajo el proceso formulario, a diferencia del segundo, que terminaba necesariamente con el Edicto del Iudex(Judex).<sup>32</sup> Así, se comenzaba el proceso con el interdicta retinandae possessionis o la interdicta recuperandae, y posteriormente el pretor mediante los edictos, mandamientos y

---

32 SAVIGNY, Friedrich Carl von, “*Das Recht des Besitzes: Eine civilistische Abhandlung*”, Gießen: Heyer, 1803,pag.328, 329.

prohibiciones, resolvía cada caso sin conocimiento de causa<sup>33</sup>. Lamentablemente, en el derecho justinianeo desaparece la protección posesoria por vía interdictal, al perder su antiguo carácter, estos litigios comenzaron a resolverse por vía ordinaria, y es por ello como el nombre interdicta no será más que un recuerdo en el Corpus Iuris Civilis<sup>34</sup>.

A pesar del aporte romano, el causante de los procedimientos modernos fue el derecho canónico. Los códigos europeos más importantes (Italiano, Alemán y Frances) han basado sus procedimientos posesorios en el connotado "*summarissimii possessorii*". A pesar de ello existía aisladamente, el procedimiento vetusto del código procesal español que dividía el proceso posesorio en un sumario y el otro plenario, que luego se exportará a los códigos latinoamericanos.

Dicho proceso, "*summarissimii possessorii*", se basó en la concepción de un solo procedimiento conformado por dos fases. El maestro Hector Lafaille explica mejor sus fundamentos " *esta instancia se producía en la siguiente forma: cuando en un juicio la autoridad judicial sospechaba que dos o mas personas que se disputaban la posesión podían llegar a las vías de hecho u otro procedimiento que perturbara el orden social, dicha autoridad por su propia iniciativa realizaba una indagación o sumario, a raíz del cual decidía quién asumía la posesión provisoria durante el juicio. De este modo se evitaban en discusiones que en esas épocas se traducían casi siempre en violencias armadas.*

*(Prosigue el autor) Posteriormente este procedimiento se generalizó de manera que siempre al entablarse una demanda posesoria, el juez resolvía previamente a quien correspondía la posesión mientras la demanda se resolvía.*

*Recién después de tomada esta medida preventiva que se llevaba a caso sin audiencia de las partes, entraba a discutirse la acción posesoria. De modo*

---

33 JÖRS, Paul, "Derecho Privado Romano", trad. L. Prieto Castro, Ed. Labor, Madrid, 1937, pag. 168.

34 SOHM, Rodolfo, "Instituciones del Derecho Privado Romano: Historia y Sistema", trad. W. Roces, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, pág. 258.

*que el summariissimum no tenia nada que ver con lo que se podía resolver después en la acción posesoria*<sup>35</sup>.

Lamentablemente nuestro ordenamiento acogió al vetusto procedimiento español. Es debido a esto que nuestros procedimientos interdictales son ineficientes, ya que permite guiar dos procesos distintos al mismo tiempo (el proceso interdictal y posesorio) e inclusive el procedimiento interdictal puede llegar a la Corte Suprema, perdiéndose dos años (en promedio) en engorrosos procesos sin una devolución del predio o la prevención del daño. A este tiempo sumémosle, el procedimiento de las acciones posesorias llevadas en un proceso de conocimiento. El proceso argentino también posea los problemas descritos, es debido a ello que el maestro Lafaille criticó duramente esta división innecesaria, dice:

*“Los interdictos se han convertido en un procedimiento tan largo como la propia acción petitoria. Esto explica porque la división entre sumario y plenario de la posesión no se ha mantenido en el hecho”*<sup>36</sup>.

En consecuencia, proponemos una reforma de los procesos interdictales y posesorios, recepcionando los aportes que nos brinda el derecho comparado. Entre ellos principalmente el ordenamiento procesal Alemán e Italiano, así podemos observar algunas características del proceso civil italiano:

*“El juicio se desarrolla en dos sucesivas fases de las cuales la primera se funda en una fase interdictal con cognición sumaria, y que termina jurídicamente con la orden de reintegración, de competencia en todo caso del pretor, el cual debe constar sobre todo el acontecido despojo asumiendo noticias incluso informalmente, y debiendo ser notorio el hecho”*<sup>37</sup>. *En segundo lugar sobre el plano jurídico, el pretor debe valorar exclusivamente si existe in fumus boni iuris del recurrente, esto es por decir la no manifiesta improcedencia de la pretensión desde el punto de vista de la legitimación. Se impide a la demanda recurrir a la segunda hasta que en la primera fase se defina la decisión*<sup>38</sup>. Emitido la

35 Lafaille Hector, “Curso de derechos Reales”, T.1, edi. Biblioteca Juridica Argentina, Buenos Aires, 1926, pág. 214.

36 Ibid. pág. 219.

37 SACCO, Rodolfo y CATERINA, Rafaele, “Il Possesso”, Seconda edizione, Giuffré Editore, 2000, pág. 350.

38 BALENA Giampiero, “Istituzioni di Diritto Processuale Civile”, Volume III, Cacucci, Bari 2010, pág. 286.

*providencia de urgencia que, como tal, es provisoria y meramente cautelar, se inicia la segunda fase del juicio, aquella que da merito al juez competente por cuantía ( que podría ser el mismo pretor; pero podría también ser el tribunal que termina con una sentencia definitiva que valora la procedencia de la pretensión en base del ordenamiento jurídico y puede, eventualmente, rechazar la demanda, incluso si se da la reintegración hubiese sido ordenada provisionalmente por el pretor: es claro que una cosa es valorar el *fumus boni iuris*, y otra cosa es juzgar en vía definitiva en base a una completa instrucción sobre los hechos)*<sup>39</sup>.

En conclusión, nuestro procedimiento interdictal ha sido recepción de un procedimiento antiguo de la edad media, debido a la pasividad y limitación de nuestros legisladores, seguro por el idioma, hemos solo podido recibir los aportes vetustos de la doctrina procesal española. Ignorando los avances de la doctrina procesal francesa, alemana e italiana, en la materia de interdictos. Si bien es cierto todas estas diversas entre sí, poseen un tronco común, el “*sumarissimii possessorii*”. ¡Ahora es cuando, debemos reforzar nuestras instituciones jurídicas!

## **7.- PUNTOS CONCLUSIVOS**

La “defensa posesoria extrajudicial” es una categoría jurídica creada aisladamente de los aportes de la doctrina y el derecho comparado. Es por ello que ha llegado a contravenir los principios de la “autotutela posesoria”: inusitado, excepcional, inmediata y proporcional; y así, ha logrado construir una figura que no encuentra parangón en los códigos civiles contemporáneos.

Los propósitos de la nueva “modificación” yacen en intereses políticos-económicos. La cual se constata en la exposición de motivos en el Proyecto de Ley N°3627/2013-PE, realizando una interpretación social-económica de la ley y sobre todo, en la restringida redacción de los supuestos de la nueva norma.

---

39 GAZZONI Francesco, “*Manuale di Diritto Privato*”, edizione Scinetifique Italiana, Nápoles, 1998, pag-220



En el ámbito del código civil, la nueva “modificación” ha contravenido en gravedad, principios de trascendentes instituciones del derecho privado, principalmente contra : la posesión (art. 896 C.C.), la posesión precaria(art.911 C.C.), la presunción de la propiedad (art. 912 C.C.), la defensa posesoria(el derogado art. 920 C.C; art. 921 C.C.), la legitimación activa del afectado(art. 598 C.P.C) y los interdictos (art.601-603 C.C.).

En el ámbito constitucional, la nueva “modificación” vulnera los artículos 2.9 (Inviolabilidad de domicilio), 22 (“derecho a la paz y la tranquilidad pública”), 23 (legítima defensa) y 195.8 (“acceso a la vivienda”) de la Constitución.

En los últimos años, las reformas legislativas y los aportes de la doctrina peruana tienen una visión neoliberal del derecho y la economía. Se legisla codiciosamente en favor de los propietarios, sobretudo de los empresarios “lobbistas”, y en desmedro, de los derechos fundamentales de los ciudadanos, el libre acceso al mercado de rectos empresarios y la libre competencia.

El primer paso a la solución es reformar nuestras instituciones jurídicas a los estándares de una sociedad moderna y globalizada, en el presente caso reformar el proceso de “interdictos” con los aportes que nos brinda las legislaciones modernas a través de una correcta aplicación de la metodología comparatista.

Por último, no se debe incurrir en la necesidad de los “economics-lawyers” de propugnar una privatización del uso de la fuerza o la desjudicialización de los procesos posesorios, con el mismo discurso peyorativo y disfemista de las funciones del estado.

## BIBLIOGRAFÍA

- JHERING, Rudolf , *“Ueber den Grund des Besitzeschutzes: Eine revision der lehre Besitz”*, Jena, Maute’s Verlag, 1869.
- IHERING, Rudolf von, *“Der Besitzwille: Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode”*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1889.

- SAVIGNY, Friedrich Carl von, "*Das Recht des Besitzes: Eine civilistische Abhandlung*", Gießen : Heyer , 1803.
- MENGER, Anton, " *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen volksklassen* ", Vierte Auflage. Verlag der H.Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1908.
- ROUBINI, Nouriel "*Why Central Banks Should Burst Bubble*", Roubini Global Economics, New York, 2006.
- KRUGMAN, Paul " *Making Banking Boring* " en: [www.newyorktimes.com/2009/04/10/opinion/10krugman.html?\\_r=0](http://www.newyorktimes.com/2009/04/10/opinion/10krugman.html?_r=0)
- STOULS Ernest, "*Étude sur la protection de la possession*", Brayet et Retaux, Paris, 1874.
- PETIT, Eugene, "*Traité Élémentaire du Droit Romain*", Quatrième édition revue et argumentée, Éditeur Arthur Rousseau, Paris, 1903.
- DUGUIT, Léon "*Les transformations générales du Droit Privé depuis le Code Napoleon*" Libraire Fèlix Alcan, Paris 1912
- WINSCHIED, Bernard, "*Teoria delle Pandette*", trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa, Torino, editrice Torinese, vol.1, 1925.
- GAZZONI, "*Manuale di Diritto Privato*", edizione scinetifique Itlaian, Napoles, 2013,
- TRIMARCHI, Pietro "*Istituzioni di Diritto Privato*", Ed.Giuffreè, Milano, 1998
- SACCO, Rodolfo y CATERINA, Rafaele, "*Il Possesso*", Seconda edizione, Giuffré Editore, 2000.
- BALENA Giampiero, "*Istituzioni di diritto processuale civile*", Cacucci, Bari 2010,
- JÖRS, Paul "*Derecho Privado Romano*", trad. L.Prieto Castro, Ed. Labor, Madrid, 1937.
- SOHM, Rodolfo, "*Instituciones del Derecho Privado Romano: Historia y Sistema*", tra. W.Roces, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936
- WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Karl-Heinz, DIETER, Eickmann. "*Derechos Reales*", Vol. I, Traducción de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia, Bruno Rodríguez-Rosado, Séptima edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998,
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. "*Tratado de Derecho Civil. Parte General*", Tomo III, Volumen I, Traducción de

- Blas Pérez González y José Alguer, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1936,
- GARCIA del Corral “*Cuerpo de derecho civil Romano*”, tomo 2 segunda parte, Barcelona. 1889.
  - LAFAILLE Hector, “*Curso de derechos Reales*” T.1, edi. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1926,
  - RAMIREZ, Eugenio Maria “*Tratado de Derechos Reales*”, Tomo 1, Rodhas, Lima, 1996,
  - GUZMAN Ferrer, Fernando “*Código Civil*”, T.2, Ed. Cultural Cuzco, 1982.
  - REVOREDO De Debakey, Delia. “*Código Civil*”, T.V, 2 edición, 1988

## HEMEROGRAFÍA Y OTROS

### *MEJORADA Chauca, Martin:*

- “DEFENSA POSESORIA EXTRAJUDICIAL ¿El artículo 920°, 921° del C.C. y el artículo 603° del C. P. C. es suficiente?”, disponible en: [http://studiumlegis.blogspot.com/2014/08/defensa-posesoria-extrajudicial-el\\_11.html](http://studiumlegis.blogspot.com/2014/08/defensa-posesoria-extrajudicial-el_11.html);
- “La recuperación de bienes a manos propias”, disponible en: <http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2014/06/26/la-recuperacion-de-bienes-por-mano-propia/>.
- PULGAR Vidal, Manuel, “*No le han cortado los brazos al ministerio del ambiente*”, en <http://semanaeconomica.com/article/economia/139083-manuel-pulgar-vidal-no-le-han-cortado-los-brazos-al-ministerio-del-ambiente/>
- 14° Reporte del Observatorio de Conflictos Mineros del Perú, correspondiente al primer semestre de 2014.
- Informe del último semestre (Enero-Julio) sobre el desarrollo económico peruano <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2014/julio/reporte-de-inflacion-julio-2014.pdf>
- GONZALES Izquierdo, Jorge. “Sobre la diversificación productiva del país”, en el Diario Gestión, martes 19 de agosto, pp. 21;
- Carlos Casas Tragodara” Supply side economics criolla”: Gestión, lunes 18 de agosto, pp. 23.

- INFORME LEGAL SOBRE LA AFECTACIÓN A LAS COMUNIDADES NATIVAS Y PUEBLOS INDÍGENAS [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_trabajo/doc26062014-172037.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc26062014-172037.pdf)
- El folleto N° 25 de la ONU sobre “el siglo de los desplazado” en: “Fact Sheet No.25, Forced Evictions and Human Rights”, consultado el 30 de octubre del 2014, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet25en.pdf>.