

La nueva defensa extrajudicial



MARTÍN MEJORADA CHAUCA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derechos Reales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico.



Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS 129

En el mundo jurídico no deben existir figuras petrificadas ni universales, sino fórmulas que atienden necesidades concretas. Debemos estar siempre atentos a la justificación que ostentan los conceptos jurídicos, para detectar a tiempo las alteraciones de la realidad a la que sirven y así realizar los ajustes que correspondan. Precisamente, la "posesión" es una figura que se sostiene en hechos para cumplir su fin práctico, y puede perder el fundamento primigenio si los eventos sociales que la sostienen se modifican total o parcialmente. Temo que en los últimos años las cosas han variado en el Perú, con relación a la ocupación de bienes, lo que ha obligado a revisar el sustrato real de la posesión. Sostengo que con la modificación del artículo 920 del Código Civil el legislador ha modificado el concepto de posesión para efectos de la defensa extrajudicial. Con cierta ligereza técnica, pero con evidente legitimidad, la norma revela una severa mutación en el fundamento de la figura jurídica.

Antes de compartir reflexiones sobre las nuevas condiciones de la posesión, resumiré la situación previa. Dice el artículo 896 del Código Civil –o "decía"– que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Los atributos típicos de la propiedad son el uso, disfrute, disposición y reivindicación (artículo 923 del Código Civil). Hay posesión en tanto el hecho se perciba como el ejercicio de algún atributo del dominio. No sólo es poseedor quien actúa como dueño, sino cualquiera que realiza la explotación o goce del bien. La posesión nace de la mera conducta de la persona sobre la cosa, sin importar si tiene o no un derecho previo sobre ella. Aquí hay que distinguir entre el "derecho de posesión" y el "derecho a la posesión". El primero es la "posesión" que nos ocupa, como titularidad que surge del hecho. El segundo es el derecho que tiene una persona sobre el bien, independientemente de si realiza o no un acto material sobre el objeto. Puede haber poseedores con y sin derecho a poseer, y titulares de derecho que poseen el bien y otros que no.

La posesión es tal cuando genera la apariencia de que estamos ante una persona con derecho a poseer. Es poseedor quien actúa de la forma como lo haría el propietario, el copropietario, el usufructuario, el usuario, el titular de una servidumbre, el superficiario, el arrendatario, el comodatario o cualquier titular de derecho patrimonial sobre el bien. Determinar si hay posesión o no implica ver la conducta del sujeto mediante una labor especulativa, contrastándola con la que tendría el titular en las mismas o similares circunstancias.

Ahora bien, ¿para qué sirve la posesión? y ¿por qué se protege a quien ejerce de hecho algún atributo de la propiedad, aunque eventualmente no tenga título? Son preguntas sobre el fundamento de la posesión que deben responderse de la mano del maestro Rudolf Von Ihering, cuya tesis fue acogida expresamente por nuestros codificadores. Dice Ihering:

" (...) la protección posesoria (...) ha sido instituida a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. En vez de la prueba de propiedad que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (reivindicatio), le bastará la prueba de la posesión (...).

*La posesión es la exterioridad, la visibilidad de la propiedad. Estadísticamente hablando, esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Por lo regular el poseedor es al mismo tiempo el propietario (...). Podemos pues designar al poseedor como el propietario presunto (...)."*¹

Es decir, la posesión se configura como un sustituto de prueba de la propiedad. Si los propietarios tuvieran que probar su derecho cada vez que interactúan con otras personas se generarían serias complicaciones prácticas. Todo el tiempo los dueños tendrían que cargar con sus documentos desplegando un enorme esfuerzo probatorio, que en algunos casos es

1. IHERING, Rudolf. Tres Estudios Jurídicos. Buenos Aires: Bibliografía Omeba, 1960. pp. 114 y 116.

muy difícil de cumplir e incluso puede ser imposible. Por ello, en base a un análisis de probabilidades y experiencia (estadística) se cree que las personas que actúan sobre los bienes como si tuviesen derecho sobre ellos, casi siempre lo tienen. Se justifica entonces que a partir de la apariencia surja un derecho autónomo para asegurar el ejercicio pacífico de la propiedad (y otros derechos) en escenarios sencillos, donde no se debate sobre el derecho a poseer.

Esta es la posesión que había recogido nuestro Código Civil desde hace décadas. Por supuesto habrán circunstancias que ameritan la identificación perfecta del real propietario o titular del bien, a cuyo efecto el despliegue probatorio, por complejo y difícil que sea, es inevitable. Son las situaciones en las que se discute sobre el derecho a poseer y se requiere definir con certeza a quién corresponde el derecho, más allá de las apariencias y el reflejo a veces engañoso de la posesión. La posesión no asegura la permanencia del poseedor ante el reclamo de quien se dice titular del derecho a poseer. El enfrentamiento entre estos intereses se da siempre en un proceso judicial donde se pone fin a las apariencias y se abre la prueba. El poseedor queda desnudo ante la investigación que buscará más allá de su comportamiento exterior.

En definitiva, el derecho de posesión se sustenta en que casi siempre que alguien actúa sobre un bien es porque tiene un título, por ello atender al poseedor es en realidad proteger a quien tiene derecho a poseer. Esta realidad ha justificado históricamente la presunción de propiedad que deriva de la posesión (artículo 912 del Código Civil). Esa realidad ha cambiado en el Perú dando lugar a una nueva concepción de la figura legal. Veamos.

La Ley 30230 ha modificado el artículo 920 del Código Civil. Desde el 13 de julio de 2014 la norma tiene el siguiente texto:

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

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

En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código”.

El nuevo artículo 920 es parte de las medidas para promover y dinamizar la inversión en el país. Tiene mucho sentido. Es evidente que en materia de bienes existe un serio problema para recuperar la tenencia, ya que el Poder Judicial se toma varios años en resolver las controversias sobre el derecho a poseer, lo que conlleva una grave postergación de los negocios, tanto a nivel de pequeñas operaciones inmobiliarias como para la ejecución de proyectos de enorme relevancia. La primera parte de la norma se ocupa de los bienes en general (muebles e inmuebles), pero es obvio que su utilidad es mayor para los inmuebles materiales.

La modificación tiene tres aspectos relevantes, a saber: (i) la asignación de un plazo para la defensa posesoria, (ii) la defensa del propietario que no ocupa el bien y (iii) la inmunidad del propietario contra el poseedor despojado. Todos ellos se sustentan en lo mismo: La ocupación de bienes ajenos, sea por invasiones violentas o por permanencias sin derecho se ha extendido peligrosamente en el Perú, alentada de manera

irresponsable por un Estado que intenta lo social a partir del clientelismo, un Gobierno ausente o rendido frente a la delincuencia que en diverso grado atenta contra los derechos prediales, un Sistema de Justicia lento, incompetente y a veces corrupto en la solución de controversias. En este escenario, cabe preguntarse si aún conservamos el presupuesto material de la posesión según Ihering. ¿Los ocupantes de bienes en nuestro país son normalmente los que tiene derecho sobre ellos? No creo que la mayoría de "poseedores" carezca de derecho, pero sí que el número de ilegítimos es muy alto en comparación con la estadística que sustentó la figura clásica.

Esta situación lamentable debe merecer respuesta desde el Derecho. La defensa posesoria que es la herramienta emblemática de la posesión, se ha visto en la necesidad de afinarse (algunos dirán "desnaturalizarse") para hacer frente a la crisis. Como está claro que el Estado no va a resolver sus carencias en breve plazo, es mejor darles a los particulares las herramientas para defender sus bienes de manera directa, y que mejor –ha creído el legislador– que hacerlo en los términos de la posesión. Veamos por separados los aspectos mencionados de la modificación legislativa.

- (i) La regla es que nadie puede hacer justicia con sus propias manos. Quien se siente afectado en sus derechos y no encuentra respuesta pacífica en el oponente, tendría que acudir a la autoridad, sin embargo hay excepciones. La defensa posesoria extrajudicial es una de ellas. El artículo 920 del Código Civil permite que el poseedor recupere sus bienes de manera directa, por su cuenta, cuando ha sido despojado sin que medie orden de autoridad competente. La víctima puede repeler la fuerza que se emplee contra ella y recuperar la posesión, siempre que no medie tiempo prolongado ni se utilicen herramientas injustificadas por las circunstancias.

En otras palabras, si alguien es desalojado sin causa, puede expulsar al invasor y re-

cuperar la posesión utilizando sus propios medios, esto significa que puede acudir a la fuerza privada disponible. Es una medida excepcional, equivalente a la legítima defensa que rige en materia penal, que permite a los particulares retomar sus bienes sin el concurso de la autoridad. El afectado podría contratar a una brigada para desalojar al intruso y estaría actuando legítimamente.

Antes de la modificación se exigía inmediatez en la recuperación del bien, esto es que no medie tiempo entre el despojo y la defensa material. Ahora el poseedor tiene 15 días para retomar la posesión, contados desde que se entera que ha sido despojado. El derecho a recuperar bienes de manera directa es independiente de la facultad de la Policía Nacional para actuar en casos de flagrante delito. Dicha flagrancia permite la detención del agresor si es que la intervención se produce en el mismo acto, lo que según la ley solo ocurre si no han transcurrido más de 24 horas. Es cierto que la ocupación de un predio ajeno constituye un delito que amerita la intervención policial para la persecución correspondiente, empero la defensa posesoria extrajudicial es otra cosa. Algunos despojados acuden a la policía para desalojar al invasor y apresararlo, pero eso no constituye el ejercicio de la defensa extrajudicial que vengo comentando.

En adelante, el poseedor despojado tendrá 15 días para recuperar la posesión. Todos saludamos la medida pues las autoridades no responden como se debe a los reclamos de las víctimas. La norma modificada propiciará que el perjudicado organice mejor la fuerza de recuperación privada y sin duda el mercado dará lugar a servicios especializados en lanzamiento de intrusos.

- (ii) El segundo párrafo de la norma señala que también tienen derecho a la defensa posesoria extrajudicial los propietarios de inmuebles sin edificación o con fábrica en proceso. Esta mención significa que los

dueños de predios, por el hecho de serlo, sea que tengan edificaciones o no, podrán defender acceder al bien sin acudir a un juez. Pero un momento... ¿estos propietarios son poseedores? Si estamos a lo dispuesto por la versión original el artículo 896 del Código Civil la respuesta es negativa. Si un propietario no ocupa sus bienes, no es poseedor y por tanto no gozaría de los derechos derivados de la posesión, entre ellos la defensa extrajudicial.

La mención al propietario es especial respecto al primer párrafo. No se puede sostener que el segundo párrafo del artículo se refiere a los dueños pero en tanto sean poseedores. Tampoco es aceptable que se limite este poder solo a los dueños sin construcción o con obra en proceso, descartando a los que tienen edificaciones terminadas, pues ello implicaría una lectura en extremo literal de la norma. El legislador ha querido que los propietarios defiendan sus bienes de manera directa contra los invasores u ocupantes ilegítimos. Si tales dueños pueden usar la defensa extrajudicial de la posesión quiere decir que son poseedores, por el mero hecho de ostentar un título. Esta es la nueva posesión, una que se configura ante la ocupación indebida, y por la creencia generalizada de que las meras presencias materiales ya no son suficientes para sustentar la conservación del bien.

Antes de la reforma el propietario ausente no podía recuperar sus bienes de manera directa, ahora sí puede hacerlo, esto significa que es poseedor. El descrédito de la ocupación de predios en general ha hecho que los actos de explotación o presencia en el bien ya no sean confiables o reveladores de un título. Ante una sociedad anómala en este ámbito, vale más una afirmación sobre el dominio que el hecho de la posesión. En consecuencia, es poseedor el propietario aun cuando no realice ningún acto sobre el inmueble.

Se podría decir que la reforma simplemente le ha dado al propietario una herramienta

eficaz para hacer valer su derecho por mano propia, sin que ello lo convierta en poseedor desde el punto de vista jurídico. Aunque esta creencia resulta interesante, creo que la posesión ha cambiado pues se ha incluido expresamente al propietario como titular de un derecho que es emblemático de la posesión, nada menos que la defensa posesoria. Lo más importante es que la realidad ha cambiado. Si el hecho ya no es revelador de un título, al haberse corrompido la estadística histórica que justificaba la presunción de legitimidad, la ocupación pierde protección y queda postergada ante el dueño que se erige en el nuevo poseedor. Es una lástima, pero debido a la circunstancia de inoperancia de las instituciones, la ocupación de bienes ha caído en tal descrédito que la posesión clásica ha perdido su fundamento, al menos por ahora y para el caso concreto de la recuperación posesoria.

Estamos en un supuesto muy puntual. La nueva calidad posesoria atribuida a quien dice ser dueño, solo se ejerce contra el poseedor precario, esto es contra quien no tiene título (artículo 911 del Código Civil), y no se extiende a otros titulares de derecho como los usufructuarios, superficiarios o arrendatarios, pero este "dueño - poseedor" es un privilegiado de la ley y representa probablemente la enorme mayoría de casos en los que se disputa la restitución de bienes. Solo pierde este poder cuando el ocupante ha estado en el inmueble por más de 10 años, lo que entiendo se refiere a la prescripción adquisitiva (artículo 950 del Código Civil). Esto es coherente con el resto de la norma ya que si el ocupante cumplió los requisitos de la usucapión ello implica que el reclamante ya no es propietario.

La norma presenta varios defectos de técnica y sin duda generará discusión e inconvenientes en su aplicación (no puedo dejar de mencionar la eventual confrontación con la inviolabilidad de domicilio prevista en el artículo 2, inciso 9 de la Constitución), pero lo cierto es que el presupuesto de la

misma está claro así como su impacto sobre el derecho de posesión. Debo reclamar, por ejemplo, que la norma no exija al propietario al menos la exhibición de un documento que advierta de su dominio. Este vacío determina que al actor de semejante poder le basta decir que es dueño para arremeter contra el ocupante.

- (iii) Finalmente, el último párrafo del nuevo artículo 920 señala que el poseedor despojado por el propietario no puede a su vez recurrir a la defensa extrajudicial, salvo que él mismo ya hubiese ganado el dominio por prescripción.

Esta norma confirma el supremo poder del dueño por el hecho de serlo. Si desaloja por su cuenta al ocupante éste no podrá a su vez recuperar el bien, sino tendrá que acudir al juez, para que previa verificación que tardará años, decida si el demandante debe regresar. La presencia posesoria del despojado cede ante el título, lo que redundará en la demostración de que la posesión ha cambiado.

Otra manera de interpretar este cambio es que el poseedor ya no goza de la presunción cuando enfrenta al dueño, modificándose así el artículo 912 del Código Civil que privaba de la presunción solo al poseedor inmediato frente al mediato y ante el propietario con derecho inscrito. La pérdida de la presunción es la prueba de que la ocupación ya no genera el poder

informativo de antaño, rindiéndose ante quien dice ser propietario.

Esta solución es peligrosa pero reveladora de la desesperación de los dueños por recuperar sus bienes. En los hechos los propietarios que se saben tales, echarán por su cuenta a los ilegítimos que invadieron o que sin contrato permanecen en el inmueble. Los desalojados no podrán usar la defensa posesoria para regresar. Solo demandarán si creen tener un derecho vigente. Es muy importante advertir una vez más que la defensa posesoria no define el derecho a poseer, la cual solo corresponde a un juez, de manera que la facultad otorgada a los propietarios nos los exime de comparecer ante el Poder Judicial para ventilar la validez y vigencia de su derecho a poseer.

Las modificaciones del artículo 920 podrían generar el abuso de los propietarios, es verdad, pero cabe preguntarse ¿quién abusa más? Los dueños que esforzados demandan la entrega de sus bienes, o los ocupantes que aprovechándose de la clásica presunción permanecen por años sin asumir ninguna consecuencia. La respuesta es evidente, son los poseedores tradicionales lo que se aprovechan. La idea de esta norma es darle la herramienta más eficaz a quien en los hechos usa con mayor justicia sus poderes jurídicos. La nueva norma es un canto a la justicia por mano propia, siempre peligrosa para la paz social, pero mejor esto que continuar en la tiranía de los antiguos poseedores.