

COMITÉ EDITOR:

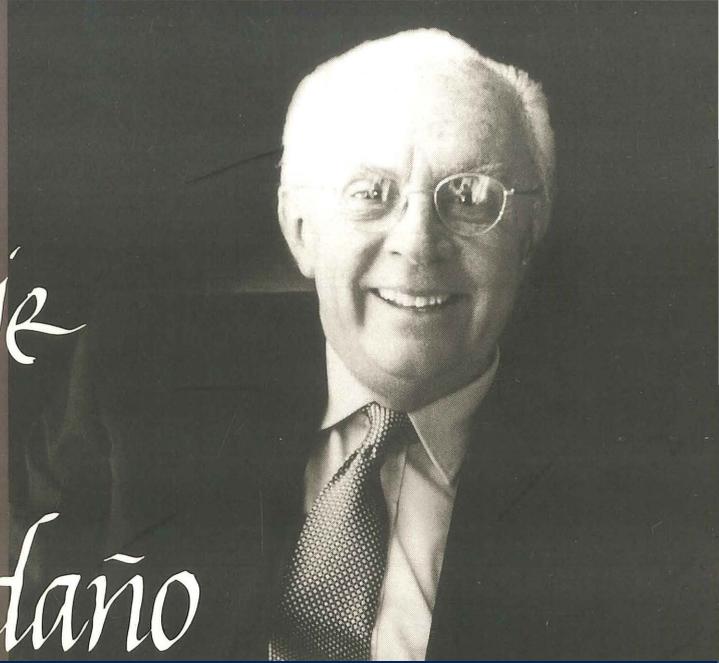
Javier de Belaunde López de Romaña

Alfredo Bullard González

Luis Pizarro Aranguren

Carlos Alberto Soto Coaguila

*Homenaje
a
Jorge
Avendaño*



Capítulo 32



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2004

Homenajea Jorge Avendaño
Tomo I

Comité Editor: Javier de Belaúnde López de Romaña
Alfredo Bullard González
Luis Pizarro Aranguren
Carlos Alberto Soto Coaguila

Diseño de carátula: Iván Larco

Copyright © 2004 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica
del Perú. Plaza Francia 1164, Lima
Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Obra Completa:
ISBN: 9972-42-645-9
Depósito legal: 1501052004-5274

Tomo II: 9972-42-647-5

Primera edición: junio de 2004

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

La posesión. Alcances y defensa

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

1. Jorge Avendaño: reconocimiento y gratitud

EN EL DERECHO PERUANO, se suele identificar a los juristas de nota como los referentes ineludibles al estudiar alguna materia jurídica. Así, por ejemplo, Manuel de la Puente y Lavalle en el Derecho de los Contratos; Carlos Fernández Sessarego, en el ámbito del Derecho de las Personas; José León Barandiarán, principalmente en el Acto Jurídico; Héctor Cornejo Chávez, en el Derecho de Familia; Alfredo Ostoja, en el Derecho de Transportes; Domingo García Belaunde, en el campo del Derecho Constitucional, entre otros no menos importantes juristas, son ejemplos de maestros que han dejado huella indeleble en el Derecho peruano, en particular en las materias específicas a las que consagraron mayormente sus estudios. En el caso de los Derechos Reales, el referente indiscutible es el profesor Jorge Avendaño Valdez.

Tuve el privilegio de ser alumna del doctor Jorge Avendaño, en el curso de Derechos Reales, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, y puedo dar fe de sus elevadas dotes académicas y, lo que es su signo distintivo, de la inagotable energía y entusiasmo que siempre supo transmitir a los alumnos, motivándonos a investigar, cuestionar, debatir, confrontar, en suma, a pensar.

En mi particular condición de magistrada del Poder Judicial, continuamente constato la problemática que se cierne en torno de la institución de la posesión, fuente de innumerables conflictos sociales, debido a lo poco y mal que se comprende la naturaleza, funciones y

efectos de la misma. Es aquí donde la obra del profesor Avendaño ha contribuido de manera decisiva a esclarecer las ambigüedades y oscuridades de dicha figura, coadyuvando, así, a la solución de los litigios que a diario se presentan.

Es por todo ello que, cuando el Comité Editor me invitó a participar en este merecido homenaje al doctor Jorge Avendaño, consideré que era una magnífica oportunidad para intentar retribuir en algo el esfuerzo desplegado por él en esta materia a lo largo de muchos años de dedicación a la importante causa de motivar a los estudiantes a hacer uso, en forma independiente, de su raciocinio, sin aceptar «verdades» simplemente por el hecho de ser impuestas. Sean pues estas líneas una muestra de mi reconocimiento y gratitud.

2. La Posesión

2.1. Concepto

El artículo 896 del Código Civil define a la posesión como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, con lo que se mantiene el concepto adoptado por el Código Civil de 1936, que se pronuncia por la teoría objetiva de la posesión desarrollado por el jurista alemán Rudolf von Ihering, recogida por el Código Civil alemán, llegando al Perú por medio del Código suizo y del Código brasileño, siguiendo el mismo camino el Código Civil de México. Cabe señalar que nuestro Código Civil de 1852 acogió la teoría posesoria del también jurista germano Friedrich Carl von Savigny, la cual mantiene el Código Civil y Comercial italiano de 1942.

La teoría objetiva, que conserva nuestro Código, descarta el elemento intencional, denominado *animus* por Savigny, que es la intención de conducirse como propietario, de ejercer para sí el propio derecho de propiedad sin reconocer la propiedad de otro. Este elemento fue combatido, sosteniéndose que no podía explicar la posesión de terceros sujetos, como el arrendatario, el comodatario o el depositario, por lo que fue necesario ampliar el espectro de la protección posesoria. Debido a ello, Savigny creó la figura de la posesión derivada, según la cual el titular transmitía la posesión a estos terceros. Aún así, se mantuvo el cuestionamiento, debido a que seguían quedando, al margen de ella, supuestos como el de quien ocupa un bien sin ningún título.

Otra crítica a la teoría del *animus* fue su difícil probanza,¹ debido a su carácter subjetivo, por el que resultaba muy poco factible poder comprobar la existencia de la voluntad del dominio propio o el reconocimiento interno del dominio ajeno, debatiéndose en este proceso los intereses o intenciones internas de las personas, lo que se complicaría más en el caso de las personas jurídicas. Ciertamente es que «el hombre no es un espíritu puro, pero tampoco es una máquina viviente y su acción para ser humana debe participar de la dualidad de su naturaleza, compuesta de espíritu y materia, es también indudable que la comprobación de ese elemento intencional resulta prácticamente imposible debido a su carácter subjetivo».²

Respecto del otro elemento de la posesión, denominado el *corpus* que para Savigny era el contacto físico con la cosa o la posibilidad de tenerla, noción complementada con la de la custodia,³ concepto ampliado y flexibilizado al máximo por Ihering, quien lo espiritualizó, despojándolo de su sentido material hasta convertirlo «en un factor de naturaleza jurídica y económica, variable según las circunstancias».⁴ De esa manera, la posesión adopta diversas manifestaciones, pudiendo estar o no presente la detentación física de las cosas, sin que en esta última circunstancia falte la posesión, como, por ejemplo, en el caso de los maderos que han sido cortados en un bosque y luego arrojados al río para su transporte, librados a la corriente sin conductor humano alguno; aquí se conserva la posesión y nadie debe apoderarse de ellos.⁵ Así, es distinta la relación del propietario con una prenda de vestir (con la que tiene contacto directo), que la del propietario con un buque que está surcando los mares (contacto distante).⁶

Por lo señalado, la definición que nos entrega el Código Civil nos lleva a concluir que, en principio, la posesión es un poder jurídica-

¹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Definición de posesión». En *Código Civil comentado*. Tomo V: Derechos Reales. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 76.

² SILVA MARTÍNEZ. *Tratado de Pruebas Judiciales*. Citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984: Derechos Reales*. Tomo IV. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 107.

³ Según esta teoría, tenemos la custodia de cuanto se encuentre en nuestra propiedad.

⁴ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo IV, p. 105.

⁵ *Ibid.*, p. 106.

⁶ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La Posesión en el Código Civil de 1984». *Suplemento de la Revista Peruana de Jurisprudencia* n.º 18-agosto 2002: La Posesión Precaria. La complejidad de una institución aparentemente simple, vol. XIV, Normas Legales, agosto 2002. Trujillo.

mente reconocido y protegido por la ley, que se objetiva en una situación de hecho entre un sujeto (persona natural o jurídica) y una cosa, que puede ser utilizada o disfrutada por aquel.⁷

2.2. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la posesión es un tema bastante controvertido.⁸ El debate acerca de si es un hecho o un derecho sigue vigente.⁹ Esta discusión, iniciada hace mucho tiempo, ha abarcado distintos

⁷ En cuanto al poder inherente a la propiedad consistente en la disposición, esta «importa un acto único y aislado, por lo que difícilmente es expresión posesoria». (Cf. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Op. cit.*, p. 76).

⁸ Cf. JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «Defensa de la posesión». *Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima*. Lima: Editorial Alternativas, año 1 n.º. 1, diciembre 2003, pp. 99 y ss.

⁹ Esta discusión de larga data fue ilustrada de manera muy clara, si bien lúdica, por la célebre fantasía literaria de Ihering, «*En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía*» (IHERING, Rodolfo. *Jurisprudencia en broma y en serio*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, pp. 282-284): —Y los conceptos, ¿se pelean entre sí solamente también con los espíritus?— «¡Oh, no! Se guardan las distancias que convienen a la dignidad de todos, y no hay nadie tan descomedido que se atreva a otra cosa. Pero los espíritus no se desdeñan de conversar con los conceptos amistosamente y de instruirse con ellos acerca de su verdadera naturaleza. Ayer mismo estuvieron hablando detenida y minuciosamente la posesión y Savigny». —Y ¿sabes tú de qué trataron?— «¡Ya lo creo! Se ocuparon de la cuestión de si la posesión es un hecho o un derecho». —¡Qué lástima que no haya podido tomar parte en la conversación! Algo me hubiese podido enseñar. La posesión me interesa de una manera extraordinaria. Hasta ahora no la he podido ver; ten la bondad de enseñármela. —«En este momento no la encuentro. La mayor parte de los conceptos entre nosotros tiene, como las gentes de negocios en vuestras Bolsas, un lugar prefijado, donde se tiene la seguridad de encontrarlos siempre. Solamente unos pocos no han querido atenerse a este régimen: son de naturaleza inestable y nunca están en el mismo sitio, sino que andan de aquí para allá. Mira, por ejemplo, el derecho de prenda, que en este momento se encuentra entre los derechos sobre las cosas. Pues no aseguraría yo que dentro de un momento no se hubiese ido al derecho de obligaciones. También el derecho hereditario, que ahora está tranquilamente en su sitio, ha tenido la ocurrencia alguna vez de trasladarse al derecho de familia, para luego volver a su lugar primitivo. Pero el peor de todos los conceptos es la posesión; es un camarada que no hace nunca estancias dilatadas en un sitio: tan pronto se para en la parte general [cita a Thibaut y a Kierull], ya en los derechos sobre la personalidad [cita a Puchta], ya en el derecho sobre cosas [señala que ésta es la posición que domina en ese momento en cuanto a la posesión], generalmente junto al dominio, sea delante o un poco detrás, pero últimamente se ha ido al límite del cercado [cita a Arndt's] e incluso ha llegado a penetrar en el derecho de obligaciones [cita a Savigny]. Precisamente. Ahora la veo en la sección de los derechos sobre cosas, junto al dominio». —¿Y es esa la posesión? ¡Qué rara!, yo me la había figurado de otra manera, la consideraba como un derecho y aquí se presenta como hecho. —«Espera un

momentos de la historia jurídica y ocupado los espacios de reflexión de numerosos académicos del derecho, y aún en los tiempos actuales conserva cierta vigencia.¹⁰

Lo señalado se refleja en la falta de uniformidad de la jurisprudencia y, particularmente, de la legislación, que regula no solo su definición y efectos, sino las posibilidades de su defensa.

Es importante ocuparse de este tema debido a sus extensas implicancias, sobre todo de índole práctica. Por un lado, básicamente todos los bienes pasan por esta figura; por otro, la posesión se encuentra inmersa en diversos derechos reales, como la propiedad, uso, usufructo, servidumbre, habitación, prenda, anticresis y en derechos personales, como el arrendamiento, el comodato, entre otros.

Asimismo, es de suma trascendencia reconocer si se está ante una situación posesoria y, de ser así, de qué tipo o calidad de relación posesoria se trata, pues solo de ese modo se podrá saber si a determinado supuesto le son aplicables las consecuencias que el sistema legal ha previsto para tal situación concreta. «Las presunciones legales, la suma de plazos posesorios, la prescripción adquisitiva de dominio, el reembolso por mejoras y la defensa interdictal son algunas de las consecuencias importantes que justifican la investigación y hacen patente la necesidad de saber qué elementos se deben considerar para calificar una situación como posesoria».¹¹

poco; la verás también como derecho: cambia incesantemente, es el Proteo de nuestros conceptos. Mírala otra vez; ¿qué te parece en este momento?» —Realmente es un derecho. —«Pues espera un poco. ¿Y ahora?» —Las dos cosas juntas: «conforme a su esencia, un hecho, pero ateniéndonos a las consecuencias que produce, un derecho al mismo tiempo [cita a Savigny]». ¡Maravilloso! Precisamente ahora hubiese jurado que era un derecho, conforme a su esencia, porque llevaba todo lo que corresponde al derecho [cita observaciones de Savigny: (1) Conforme a sus consecuencias, es un derecho. (2) Es reconocida como derecho. (3) Se adquiere lo mismo que otro cualquier derecho]. Pero no es así: su esencia más íntima consiste en que no es lo que es, o que en cada momento es lo que precisamente entonces se le ocurre; tan pronto se dice: «en verdad, no es un derecho», «no es una relación jurídica», sino un hecho, pero después resulta un derecho «como todos los otros» y luego «las dos cosas a un mismo tiempo». Es una especie de anguila, que se escurre de todos los intentos de sujetarla; se la cree tener entre las manos y se escapa.

¹⁰ A la posesión se la ha denominado un *fenómeno*, calificándola como «uno de los más incomprensibles y controvertidos» institutos, «el más grande tormento de la historia y de la doctrina». (Cf. BENDERSKY, Mario. *Acciones posesorias y despojo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 8).

¹¹ MEJORADA CHAUCA, Martín. «La posesión y las mejoras en el Código Civil Peruano». *Ius et Veritas*. año IX, n.º 17, p. 237.

Solo para mencionar algunos de los efectos y consecuencias de la posesión podemos señalar los siguientes:

- La adquisición de la posesión no solo se produce por la tradición y en los casos de adquisición originaria que establece la ley, con el despliegue de la conducta legalmente exigida,¹² lo que se denomina tradición real, sino también por medio de mecanismos ficticios, en cuyo caso se denomina tradición ficta, que es la que «se entiende realizada»,¹³ regulada en los artículos 902 (cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo y cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero) y 903 (tradición documental).
- El poseedor tiene derecho a sumar el plazo posesorio de anteriores poseedores (artículo 898), para lo cual se requiere que haya habido una transmisión válida y que se trate de posesiones homogéneas.¹⁴
- El poseedor tiene derecho a conservar la calidad de poseedor, aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera, es decir, aun en caso de no ejercer de hecho ninguna conducta sobre el bien, que abarca los supuestos de bienes sustraídos o robados del poseedor, de bienes perdidos o los llamados «hechos de Dios»,¹⁵ como sería el caso de un inmueble al

¹² Artículo 901.- La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece.

¹³ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La Posesión en el Código Civil de 1984». *Suplemento de la Revista Peruana de Jurisprudencia*. *Op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁴ «¿Qué importancia tiene la suma de posesiones? ¿Para qué la utilizará normalmente el poseedor? Lo más frecuente es que la utilice para la prescripción adquisitiva. Como se sabe, ésta es una forma de adquirir la propiedad por el transcurso del tiempo. El poseedor se convierte en propietario al cabo de determinado número de años. Ahora bien, no es preciso que él personalmente posea durante todo el lapso exigido. Quizás el poseedor actual tiene solamente dos años de posesión, pero puede sumar a este plazo el de aquel que le transmitió el bien, el cual a su vez sumó oportunamente el de quien le transmitió, y así sucesivamente. En verdad entonces el poseedor actual tendrá muchos años de posesión y podrá eventualmente recurrir a la prescripción, aun cuando personalmente tenga pocos años de posesión. Y es que se trata de la misma posesión que ha venido siendo transmitida» (AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Suma de plazos posesorios». En *Derechos Reales*. Selección de Textos. Materiales de enseñanza del curso de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lectura n.º 10 del Capítulo V (Posesión). Lima, 2002).

¹⁵ GARCÍA GARCÍA, Luis. «Conservación de la posesión». En *Código Civil comentado*. Tomo V: Derechos Reales. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 109-110.

que no puede físicamente acceder por causa de factores climatológicos (artículo 904) o por la caída de un puente o el bloqueo de una carretera o el cambio de cauce de un río, etc.

- El poseedor goza del derecho a ser considerado poseedor (mediato) por el solo hecho de haber conferido un título temporal para que otro posea de manera inmediata (artículo 905), es decir, el poseedor inmediato es el poseedor temporal en virtud de un título y no necesariamente el que tiene contacto con la cosa.¹⁶
- El poseedor goza de beneficios especiales si posee creyendo que tiene derecho sobre el bien (buena fe), y soporta cargas también especiales si posee de mala fe, es decir, a sabiendas que carece de derecho sobre el bien (artículos 906 al 910).¹⁷ Se debe señalar que la buena fe no ha de ser solo inicial sino que debe subsistir durante todo el tiempo de la posesión, «pues si por algún motivo el poseedor llegase a tener conocimiento o conciencia de su ilegitimidad, su buena fe cesaría».¹⁸
- El Código Civil ha previsto presunciones legales que invierten la carga de la prueba a favor del poseedor (artículos 912 al 915) ante determinadas situaciones de controversia.¹⁹

¹⁶ «Es el caso del propietario que da en arrendamiento y luego el arrendatario subarrienda. El propietario es mediato respecto del arrendatario y este es inmediato respecto del propietario. Pero el arrendatario es también mediato del subarrendatario y este último es inmediato en relación al arrendatario. Lo que ocurre es que en este caso hay dos relaciones jurídicas, por tanto, dos títulos» (AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Clases de Posesión y sus efectos». En *Código Civil comentado*. Tomo V: Derechos Reales. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 114).

¹⁷ Respecto de la buena y mala fe en la posesión, debe considerarse «como una sub-clasificación de la posesión ilegítima. Así lo ha hecho el Código de 1984. En consecuencia, ahora resulta claro que la buena o mala fe del poseedor —esto es, su desconocimiento o conocimiento de su ilegitimidad— solo interesan al derecho y producen efectos jurídicos cuando se trata de una posesión ilegítima». (En: AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La Posesión Ilegítima o Precaria». *Themis*, Revista de Derecho, editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Época, n.º 4, 1986, p. 59).

¹⁸ *Ibid.*, pp. 60-61.

¹⁹ El poseedor se presume propietario, en tanto no se pruebe lo contrario (lo que no se aplica en caso de propietario con derecho inscrito y tampoco puede oponerla el poseedor inmediato al mediato); la posesión de un bien hace presumir la de sus accesorios y la del inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él; se presume la buena fe del poseedor (salvo que el bien esté inscrito a nombre de otra persona); se presume la posesión del lapso intermedio si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente (presunción de continuidad).

- El poseedor tiene derecho al reembolso de las mejoras realizadas en el bien ajeno (artículos 916 al 919).²⁰
- El poseedor puede hacer uso de medios judiciales y extrajudiciales de defensa cuando su posesión ha sido agredida (por despojo o perturbación) (artículos 920 y 921).
- La posesión prolongada, que cumple ciertos requisitos, puede conducir a la adquisición de los derechos de propiedad y servidumbre (artículos 950 y 1040), y
- La posesión es el modo de adquirir o ser preferido para la adquisición de algunos derechos patrimoniales (artículos 947, 948, 1058 inciso 2 y 1136).

Como hemos señalado, el Código Civil peruano define a la posesión como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, definición recogida de la concepción clásica, que proviene de una necesidad de tipo práctico, pues en las relaciones sociales no resulta muy factible que un propietario deba acreditar en cada relación jurídica que tiene el dominio de tal bien. Es en ese marco que surgió la concepción de la posesión como una cuestión de hecho, en auxilio del derecho de propiedad.

Al respecto, Ihering²¹ señaló que era necesario atender fundamentalmente a los intereses prácticos de la vida social que el sistema legal recoge al regular el derecho de propiedad.

Enfrentado el problema *operativo* que tiene la propiedad —probar su existencia—, se optó por la solución consistente en la presunción de titularidad (como propietario) respecto de quien posee un bien. Esta presunción llega con lógica y naturalidad, por cuanto la posesión es visible, casi palpable; se presenta a la vista, pues deriva de la sola apariencia, de la normalidad de su comportamiento. En síntesis, la posesión cumple una función que se basa en la *apariencia* y en la *normalidad*.

Ahora bien, no obstante haber surgido de la necesidad de dotar de una herramienta eficaz a la propiedad,²² la idea más general y uni-

²⁰ Sobre el tema, véase el interesante trabajo de MEJORADA CHAUCA, Martín. *Op. Cit.*

²¹ IHERING, Rudolph. *La Posesión*. Madrid: Editorial Reus, 1926, p. 212.

²² «La propiedad sin la posesión sería un tesoro sin la llave para abrirlo, un árbol frutal sin la escalera necesaria para cosechar los frutos. La utilización económica consiste, según la naturaleza diversa de las cosas, en el *uti, frui, consumere*. La protección jurídica contra el despojo reside en que al defender al poseedor se defiende al

versal de la posesión la entiende como un poder o señorío de hecho, que prescinde de la consideración de si se ejercita con derecho o sin él, y es por esa razón que, por ejemplo, el usurpador de un bien inmueble, que se conduce como propietario, puede adquirir la propiedad del mismo por prescripción adquisitiva o usucapión, o el frecuente caso de los ladrones que se convierten en poseedores del bien robado, en evidente menoscabo de la situación que existía antes de la comisión del delito.²³ Se advierte, bajo este punto de vista, que se trataría de una pura relación material.

Una excepción, ya mencionada, se encuentra en el artículo 904 del Código Civil, de acuerdo al cual, conserva la posesión del bien quien se encuentra impedido temporalmente de acceder al mismo bien que venía poseyendo. Si no existiera esta norma, las personas que no pueden mantener la conducta posesoria dejarían de ser poseedoras, sin importar la causa.

Es conveniente detenerse un poco en algunos aspectos relativos a los alcances de la posesión, que son fuente de confusión y contribuyen a complicar el lineamiento de su naturaleza jurídica. Ello se observa en el tema del derecho al reembolso de mejoras (artículo 917) y en la defensa posesoria (artículos 920 y 921). La ley otorga derecho al pago de mejoras a todos los poseedores, incluyendo a los ilegítimos de mala fe, lo que genera un crédito contra el verdadero propietario. Así también la defensa interdictal puede ser usada por el poseedor ilegítimo de mala fe contra el verdadero propietario.

Estos últimos casos —reembolso de mejoras y defensa posesoria— no tienen como fundamento la apariencia de normalidad (no hay afectación de terceros, aun en el caso de haber creído estos en la legitimidad de la posesión que tuvieron a la vista), ni tampoco el servir de herramienta eficaz a la propiedad. Por el contrario, se enfrentan el verdadero propietario con el poseedor injusto, que no tiene derecho a poseer y, a pesar de ello, se dan consecuencias legales a favor de dicho poseedor ilegítimo (aunque actúe de mala fe) por el hecho de poseer. Es decir, existiría un rol de la posesión que va más allá de los fundamentos expuestos, el cual, en los casos expuestos, sería evitar el enriquecimiento del propietario con las mejoras o evitar el caos social

propietario. La posesión es el contenido del derecho de propiedad». (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales*. Tomo I, 4.^a ed. Lima: Talleres Gráficos Villanueva, 1973, p. 100. Citado por MEJORADA CHAUCA, Martín. *Op. cit.*, p. 238.).

²³ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, p. 116.

o la convulsión que se produciría si los propietarios pudieran recuperar sus bienes por medio de la violencia, la misma que debe ser proscribida.

Tanto el enriquecimiento indebido como la prohibición de la violencia en el ejercicio del derecho se encuentran regulados en el sistema jurídico en forma autónoma a la posesión, por medio de figuras jurídicas que pueden ser aplicables a estos mismos casos, por lo que se deduce que de no existir las normas señaladas (sobre mejoras y defensa posesoria), igual o similar solución jurídica se brindaría a los problemas concretos, por lo que su regulación específica no solo no colisiona con el sistema jurídico en su conjunto, sino que no atenta contra la concepción ni el rol de la posesión.

Volviendo a la definición de la naturaleza jurídica de la posesión, es importante señalar que, como se ha mencionado líneas arriba, existe también posesión en otros supuestos, como el acreedor anticrético, que recibe un bien inmueble en garantía de una deuda para explotarlo y percibir sus frutos (artículo 1091) y, en general, quien tenga sobre un bien un derecho real cualquiera, como la prenda, el usufructo, uso, etc.), o también por medio de relaciones personales, como el arrendatario, que recibe la posesión del bien. Es claro que esta posesión no es solo fáctica, sino de derecho, ya que surge de un título derivado del propietario.

Acerca del ejemplo del usurpador o ladrón, es conveniente efectuar una precisión. Una cosa es el ladrón que se apropia de un objeto mueble y luego se conduce como dueño, sin reconocer el derecho de otra persona, y otra es el caso del ladrón que se encuentra en plena fuga con el bien robado en las manos. Este último no puede reputarse poseedor, aunque en ese momento el objeto se encuentre en sus manos, pues al cumplir la posesión un rol que se basa en la apariencia de propiedad y en la normalidad, si no existen estos elementos externos, no se configura la posesión, ya que la evidente ilegitimidad no genera apariencia de titularidad. En cambio, el poseedor que posee ilegítimamente el inmueble, a sabiendas de que no es el propietario,²⁴

²⁴ Sobre el controvertido tema del poseedor ilegítimo y el poseedor precario y las distintas posiciones respecto de si son conceptos idénticos, disímiles o solo semejantes, véase AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Las modificaciones del Libro de los Derechos Reales». En *Instituto de Investigación Jurídico Notarial. Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas*. Lima: Gaceta Jurídica, 1988; AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La Posesión ilegítima o precaria». Lima. En *Themis*, Revista de Derecho, editada por alumnos de la Facultad

tiene la posibilidad de adquirir la propiedad por usucapión, puesto que su posesión califica como tal para los efectos.

La apariencia, en suma, se da según las circunstancias y, asimismo, no precisa en todo momento del corpus, ya que de lo contrario quien deja su libro sobre la mesa de la biblioteca y se va a tomar un café dejaría de poseerlo durante ese lapso, o quien sale del inmueble que habita para irse a trabajar o para irse el fin de semana de descanso, o tiene una casa de campo o de playa cerrada durante varios meses del año hasta el periodo vacacional, también estaría interrumpiendo o, en el mejor de los casos, suspendiendo su posesión, todo lo cual no solo es irracional, sino que se aleja de la realidad, lo que haría que se perdiera el sentido social de la figura jurídica en sí.

Por lo esbozado anteriormente, podemos concluir que la posesión es una figura jurídica que tiene diversas aristas y cumple varias funciones. Es indispensable, por tanto, no procurar encasillarla en un esquema rígido sino, por el contrario, procurar diseñar un concepto bajo el marco de su utilidad dentro de nuestro sistema jurídico y social.

En este punto, cabe efectuar una distinción muy importante. La posesión, como derecho real, existe y emana del hecho de la posesión. En este campo, la ley regula consecuencias jurídicas del hecho de la posesión, de la relación de señorío sobre el bien, porque el ordenamiento jurídico le concede una protección *erga omnes*. Estas consecuencias han llevado a muchos a concluir que la posesión es un derecho a la vez que un hecho. Por ello, en palabras de Puig Brutau,

[...] la discusión de si la posesión es un hecho o un derecho debe quedar superada. Es un hecho en cuanto se refiere al señorío efectivo sobre la cosa, con independencia de la causa o fundamento jurídico de este poder o dominación, pero es un derecho en la medida que la ley regula consecuencias jurídicas del hecho de la posesión. Al depender de la voluntad del sujeto que posee la producción de estas consecuencias previstas por

de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Época, n.º 4, 1986; WONG ABAD, Julio Martín. «El Precario». *Thémis*. Revista de Derecho editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Época. n.º 15, 1989, Lima; LAMA MORE, Héctor. «La posesión precaria y la posesión ilegítima». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. n.º 28. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2001; GONZALES BARRÓN, Gunther. «Curso de Derechos Reales». Lima: Jurista Editores, 2003; MORENO MOCHOLÍ, Miguel. *El Precario*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1951; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales: La Posesión*. Tomo I, Lima, 1996.

la ley, la posesión aparece como un derecho subjetivo, aunque de un tipo peculiar. Es un derecho provisional porque no podrá ser opuesto —por lo menos de manera definitiva— a la propiedad y a otros derechos reales.²⁵

Pero también existe el derecho a *la posesión*, que puede no tener ese presupuesto fáctico, sino que es un derecho emanado de fuente diversa al ejercicio de hecho, como por ejemplo la contractual, por el cual la persona adquiere el derecho a poseer, pero aún no tiene la posesión fáctica.²⁶

A modo de ilustrar este supuesto, podemos imaginar el caso de que un propietario celebre un contrato de arrendamiento con una persona y también celebre un contrato de usufructo con otra. Ambas concurrirán ante la ley a fin de que se determine quién tiene el mejor derecho a que se le entregue el bien. La que gane obtendrá la realización fáctica de su derecho y recién podrá efectuar el ejercicio de hecho de su derecho, que consolidará su posesión, de la cual emanarán los derechos que la ley asigna como consecuencia jurídica de ese hecho. Evidentemente, la persona que pierda en dicha contienda judicial tendrá derecho a exigir una indemnización por los daños y perjuicios que le ha ocasionado la conducta de mala fe del propietario, sin considerar las posibilidades que en el ámbito penal pudiese tener.

Ramírez²⁷ explica lo dicho de manera puntual:

Vislumbramos tres modos como se nos presenta la posesión en el derecho moderno, a saber:

La posesión como poder o señorío fáctico, relación puramente material (ladrón, usurpador): *ius possessionis*.

La posesión derivada de un derecho real, o sea posesión de derecho (la del usufructuario, anticresista, etc.): *ius possidendi*.

²⁵ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III, Barcelona: Ed. Bosch, 1978, p. 46.

²⁶ Díez PICAZO Y GULLÓN ilustran lo señalado con el siguiente ejemplo: «A ha comprado una finca a B sabiendo que no es su propietario y la posee como dueño, no hay duda de que estará amparado frente a todos contra las perturbaciones de su posesión. Pero ante la reivindicación de la cosa por su verdadero propietario no podrá alegar su *ius possessionis*, porque el derecho a poseerla de aquél (*ius possidendi*) deriva de un título (derecho real de propiedad) superior». (DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 5.^{ta} Edición, Vol. II. Madrid: Tecnos, 1995, p. 106.)

²⁷ RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales: La Posesión*. Tomo I, Lima, 1996, p. 391.

La posesión del dueño que conduce u ocupa el bien directamente: *ius possessionis* y *ius possidendi* (este último, siempre lo tiene).

En síntesis, respecto de la posesión existen aspectos de la realidad que han tenido que ser llenados de contenido, como por ejemplo, el ya mencionado caso del propietario que concede un derecho real sobre el bien de su propiedad: usufructo, uso, anticresis, entre otros. La denominada posesión espiritualizada,²⁸ que no se expresa en la tenencia de hecho, como en el caso de la sucesión hereditaria,²⁹ o en la pérdida transitoria de la tenencia material, se aplica para el caso del ejercicio indirecto de la posesión. El propietario sería un poseedor mediato o indirecto, que conserva el *ius possidendi* respecto de su bien, y el usufructuario sería el poseedor inmediato o directo, que posee para sí —tiene la posesión de hecho— y para otro —una suerte de representación—, posesión singular que no le confiere posibilidades de adquisición de la propiedad como a otros poseedores, pero ello no basta para considerársele un poseedor, con los derechos que de su tipo de posesión emanan. Asimismo, existe el derecho a poseer (de quien aún no es poseedor o de quien, habiendo sido poseedor, ha perdido ilegítimamente dicha condición), que es un interés jurídicamente protegido, en el que no existe una relación de posesión entre la persona y el bien, pero hay un derecho a ocupar ese lugar dentro de la relación fáctica, la misma que, una vez lograda, dará lugar a una serie de consecuencias jurídicas.

Por todo lo señalado, puede concluirse que la posesión tiene la doble condición de ser un hecho y un derecho.

²⁸ HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de Derecho Civil*. Vol. II —Derechos Reales—, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1919, p.54.

²⁹ Sobre este tema, resulta interesante la opinión de Velásquez: «Frente a la transferencia y transmisibilidad de la posesión predomina en el derecho actual la tesis de que la posesión es una misma en el antecesor y el sucesor, operando frente a ella un simple cambio de sujeto. Así la posesión adquiere un hondo contenido patrimonial de derecho provisional similar a los poderes jurídicos de naturaleza real. Lo anterior se entiende lógico si partimos de la base de que lo adquirido por el sucesor son los poderes jurídicos derivados de la posesión más la posesión como hecho no es transferible ni transmisible». (VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. «Criterios puntuales sobre la posesión en el Derecho actual». En *Derecho Civil Patrimonial*. Bullard y Fernández (ed.). Lima: PUCP, 1997, p. 210).

3. Defensa de la posesión

Ya se ha señalado que la posesión genera derechos, los cuales, al ser establecidos y reconocidos por el ordenamiento jurídico, son protegidos por este.

A efecto de delinear cuáles son los derechos que genera la posesión, es necesario determinar primero ante qué tipo de posesión nos encontramos y, de esa manera, saber cuál es la protección legal a la que se puede acceder. A mejor derecho, mayor espectro de protección; sin embargo, el peor de los casos, es decir, el del poseedor ilegítimo de mala fe, como ya se ha señalado, tiene, por el hecho de ser poseedor, un derecho tutelado, aun frente a quien tiene un derecho legítimo a poseer el bien.

Esta protección dispensada a la posesión tiene, a primera vista, como señalan Díez-Picazo y Gullón,

[...] algo de extraño y contradictorio, pues puede ocurrir que por medio de ella el ordenamiento jurídico tutele a alguno que ha violado sus preceptos (p. ej. el que se ha apoderado ilícitamente de una cosa) y, en cambio, coloque en una situación de inferioridad a quien en el fondo no hace más que ejercitar su derecho (v. gr. al propietario que reacciona frente a quien está poseyendo contra su voluntad su cosa). De ahí que esta materia haya sido la más tratada por filósofos del Derecho y juristas.³⁰

No obstante, la protección posesoria tiene como fundamento la necesidad de que la vida jurídica tenga continuidad, lo cual es un bien en sí, por lo que todo ataque arbitrario a esta continuidad constituye un «daño a un interés vital y socialmente necesario».³¹ Por ello, la tutela posesoria es una auténtica defensa de la civilidad; su meta es la protección de la paz general, «una reacción contra la realización del derecho por la propia mano del lesionado y que una sociedad medianamente organizada no puede tolerar».³²

En nuestro sistema jurídico, esta función y utilidad vienen siendo, desde tiempo atrás, la razón de ser de la tutela posesoria, distinguida

³⁰ Díez-PÍCAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. «Sistema de Derecho Civil». *Op. Cit.*, p. 104.

³¹ *Ibid.* p. 106.

³² WOLF, Martín; ENNECERUS, Ludwig; y KIPP, Theodor. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas*. Tomo III, Vol. I, trad. De la 32.^a ed. alemana. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944, p. 85.

de la protección de la propiedad: «[...] las acciones posesorias tienen una utilidad verdaderamente política, supuesto que sirve para evitar las violencias que ocasiona el hecho de que los particulares se tomen la justicia por sí mismos: *spoliatus ante omnia restituendus*».³³ Este comentario, que data del año 1905, fue realizado por el jurista Miguel Antonio de la Lama al Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852, al que sucedió el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y, posteriormente, el Código Procesal Civil, vigente desde 1993.

3.1. Defensa extrajudicial de la posesión

No obstante lo señalado anteriormente, nuestro sistema prevé la posibilidad de ocurrencia de contingencias de tal naturaleza que acudir a la vía judicial, con la inversión de tiempo, dinero y, especialmente, la injusta situación de despojo, deviene en una alternativa menos eficiente que la denominada autodefensa. En algunos casos, la afectación podría llegar a ser incluso irreparable si no se hace uso de la propia defensa o autotutela.

Así, en determinados supuestos, quien ha sido despojado de su posesión, puede recurrir a las vías de hecho, es decir, al empleo de la fuerza, por medio de la defensa extrajudicial o autodefensa, ya que de lo contrario se consumaría una injusticia.

Este tipo de protección o defensa ya era concebida por el Derecho Romano, mediante las acciones posesorias y también la propia defensa. Esta última se otorgaba a toda persona a quien se le intentara arrebatar el bien de sus manos; es un principio de derecho natural, que guarda estrecha relación con la legítima defensa, y que estuvo regulado en el Digesto: *Vim vi repellere licere, Cassius scribit, dique jus natura comparatur; aparet autem; inquit, ex, eo, arma armis repellere licere*: Dice Casio que es permitido repeler la fuerza por la fuerza, y esto es conforme al derecho natural, dice que es claro que por esto es permitido defenderse con las armas de las armas.³⁴

Nuestro Código Civil contempla este supuesto en el artículo 920, lo que constituye la defensa extrajudicial de la posesión: «artículo 920:

³³ Comentario sobre los Juicios Posesorios. En *Código de Enjuiciamientos en Materia Civil*. Anotado y Concordado por Miguel Antonio de la Lama. 2.ª Edición, Lima: Librería e Imprenta Gil, 1905-1906.

³⁴ Dig. Ley 1, n.º 27, tít. 16, lib. 43. (citado por: RAMÍREZ, Eugenio María. *Op. Cit.*, p. 711).

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».

La Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, sobre este artículo, señala que:

Esta norma reproduce literalmente el artículo 830 del Código derogado, y está dedicada a la defensa extrajudicial de la posesión, materia de gran actualidad por las situaciones que se suscitan, especialmente en el área de los Pueblos Jóvenes, donde la informalidad en la propiedad de los lotes es causa de numerosos conflictos. La defensa extrajudicial de la posesión, que figura en el artículo 86 de la Ponencia, fue formulada en base al artículo 926 del Código Suizo; del artículo 2470 del argentino y del artículo 859 del B.G.B. En ella se establece específicamente que se puede ejercitar contra cualquier acto de usurpación o de turbación; que protege la posesión mobiliaria o inmobiliaria y que este derecho de defensa se extiende también al servidor de la posesión, normas éstas que no figuran en el artículo en comentario y a las que se debe llegar por vía interpretativa por la excesiva parquedad del legislador.³⁵

La norma autoriza, pues, al poseedor a emplear la fuerza en defensa de su posesión frente al despojo. La regla es clara y establece esta posibilidad a fin de que el poseedor recupere o recobre la posesión de quien se la ha arrebatado por la fuerza, pero en la misma medida en que puede hacer uso del derecho de legítima defensa, con lo que se evita el peligro de defensa injusta. En tal virtud, «quien es despojado de la posesión (ya sea titular o no titular), puede, mientras lo haga inmediatamente, esto es, mientras dura la ofensa, quitar legítimamente, él mismo, al usurpador de la cosa, sin que con ella incurra en el delito de “tomarse la justicia por su mano”».³⁶

También la norma contempla otra hipótesis, que es la de la *turbación sin despojo*, ante la cual el poseedor tiene el derecho a rechazar inmediatamente la violencia, empleando su propia fuerza.

Esta vía está justificada para repeler una agresión, pero proscrita para la ofensa, y su conexión con la doctrina de la legítima defensa

³⁵ REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Exposición de Motivos*, p. 172.

³⁶ VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. *Los Derechos Reales. La Posesión*. Lima: Editorial San Marcos, s/f, p. 204.

penal es estrecha; «no es sino la aplicación en el campo posesorio, del principio de la legítima defensa por la persona que sufre una agresión, y exige por lo tanto similares presupuestos»,³⁷ por lo que debe existir una proporción adecuada entre el ataque y la defensa.

El Código Penal regula la legítima defensa en el Capítulo III del Libro I: («Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal»), artículo 20, inciso 3: «Está exento de responsabilidad penal: [...] 3.- El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: (a) agresión ilegítima; (b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y, (c) falta de provocación suficiente de quien hace la defensa».³⁸

Es conveniente incidir sobre el presupuesto de que debe tratarse de un acto de violencia: se repele la fuerza con la fuerza, no dando, por tanto, la clandestinidad lugar a la defensa privada. En estos casos — de clandestinidad—, la vía legítima será la judicial o policial, mas no la de la propia justicia.

Asimismo, el autodefensor de su posesión debe hacerlo sin intervalo de tiempo, como establece la norma, ya que de otro modo el camino solo será vía la acción judicial correspondiente, como un interdicto. Por ello, resulta indispensable que entre el ataque y la reacción exista una «verdadera unidad de tiempo»,³⁹ pues la razón de ser del principio de la defensa privada extrajudicial radica en la necesidad de ejercitar una acción inmediata allí donde falta la autoridad,⁴⁰ y aquí es menester resaltar que es indispensable que se carezca de intervención de autoridad competente para que proceda la acción por mano propia.⁴¹

³⁷ RAMÍREZ, Eugenio María. *Op. Cit.* Tomo I, Lima, 1996, p. 712.

³⁸ De acuerdo con la doctrina penal, el fundamento de la eximente de la legítima defensa se encuentra, en primer lugar, en la necesidad de defender los bienes jurídicos frente a una agresión. Asimismo, al impedir o repeler una agresión ilegítima se defiende el ordenamiento jurídico. De ello se infiere que la legítima defensa tiene un doble fundamento. Por ende, no basta la simple necesidad de defender un bien jurídico, ya que se exige que la agresión sea ilegítima, como tampoco es suficiente la necesidad de defender el ordenamiento jurídico, debido a que a través de esta eximente de responsabilidad se tutelan solo los bienes jurídicos cuyo portador es el individuo o una persona jurídica, pero no la sociedad o el Estado, como órgano del poder soberano. Es por ello que los bienes jurídicos supraindividuales o bienes jurídicos macroeconómicos, cuyo portador es la sociedad o el Estado, como órgano del poder soberano, no son susceptibles de legítima defensa.

³⁹ LAFAILLE, Héctor. Citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo IV. Derechos Reales, p. 150.

⁴⁰ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, p. 150.

⁴¹ Sobre este punto, existe cierta divergencia en la doctrina, pues el presupuesto de

3.2. Defensa judicial de la posesión

Ya se ha manifestado que la tutela posesoria es una defensa de la civilidad, y tiene como rol la protección de la paz general. Nuestro Código Civil regula a la posesión en un Libro propio, independiente de la propiedad, se le considera un derecho real autónomo, y su protección y defensa están establecidas dentro de su ámbito separado del dominio.

Respecto de la defensa judicial, sin embargo, el Código es, a nuestro entendimiento, demasiado parco. Así, el artículo 921, único artículo que regula todo el universo sustantivo de la tutela posesoria judicial, establece que: «Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él».

Es notorio que esta norma, en forma muy escueta, establece dos alternativas para la tutela jurisdiccional de la posesión: las acciones posesorias y los interdictos. Con esta norma, asume una posición diferente a la mayor parte de las legislaciones, ya que distingue a las primeras de los segundos, dotándolas, además, de dos vías legales distintas. La misma fórmula empleó el Código Civil de 1936.

Ya en 1940 el profesor Romero Romaña señalaba que en el Código (de 1936) han debido haber disposiciones de carácter sustantivo, relacionadas con las acciones posesorias y los interdictos, acciones distintas, puesto que los últimos tienen por finalidad defender al poseedor actual y lo que se resuelve en ellos es provisional, ya que puede ser contradicho en la vía ordinaria, en cambio las acciones posesorias se conceden a quienes tienen derecho a la posesión. [...] Lamentablemente no se escuchó al profesor Romero y el Código de 1984 reitera la omisión de su antecesor.⁴²

Entonces, será preciso realizar la distinción entre ambas alternativas, tanto sustantiva como procesalmente.

la legítima defensa tanto penal como de la posesión se asienta sobre la base de un acto de violencia que debe repelerse de inmediato, sin intervalo de tiempo, debiendo la respuesta a la agresión ser instantánea, casi simultánea a ella, por lo que puede haber autoridades cerca, y ello no inhabilitaría al defensor a ejercer este derecho, pues a menos que tales autoridades se encuentren exactamente en el lugar de los hechos, su cercanía o existencia no sería de ayuda ni defensa eficiente al despojado o perturbado.

⁴² Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. En REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 172-173.

Es aquí donde se constata la importancia de definir la posesión, puesto que de ella se derivan las acciones a que la ley faculta para defenderla. En algunos casos, se defenderá el derecho a poseer (que se deriva de la posesión como derecho), en tanto que en otros casos se defenderá el ejercicio de hecho de la posesión.

3.2.1. *Acciones posesorias e interdictos*

El artículo 921 del Código Civil establece que todo poseedor de bienes muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos.

El Código Procesal Civil regula los interdictos, clasificándolos en dos: interdicto de recobrar e interdicto de retener. El interdicto de recobrar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 603 del Código Procesal Civil,⁴³ es aquel que procede cuando el poseedor es despojado⁴⁴ de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo. Por su parte, el interdicto de retener, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 606 del Código Procesal Civil,⁴⁵ procede cuando el poseedor es perturbado⁴⁶ en su posesión. Dicha perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza, como la ejecución de obra o la existencia de construcciones en estado ruinoso.⁴⁷ La pretensión materia de este interdicto es que cesen los actos perturbadores.

⁴³ El antecedente normativo de este artículo lo encontramos en el artículo 1010 del derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual establecía que era procedente dicho interdicto «cuando el poseedor o tenedor de una cosa es desposeído de ella sin previo juicio». Asimismo, se establecía en el artículo 1016 del mismo texto normativo, que había lugar para este interdicto si la desposesión se había verificado en ejecución de orden judicial expedida sin observar las formalidades prescritas en interés del poseedor, o contraviniendo a las disposiciones de la ley.

⁴⁴ Según la Real Academia Española, *despojar* es: «Privar a alguien de lo que goza y tiene; desposeerle de ello con violencia». (Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo I, Madrid, vigésima primera edición, 1992, p. 729).

⁴⁵ El antecedente normativo de esta norma es el artículo 1002. Señalaba dicha norma que el interdicto de retener procedía cuando el poseedor o tenedor de una cosa es perturbado en su posesión o tenencia.

⁴⁶ Según la Real Academia Española, *perturbar* es: «Inmutar, trastocar el orden y concierto, o la quietud y el sosiego de algo o de alguien». (Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo II, Madrid, vigésima primera edición, 1992, p. 1585).

⁴⁷ Estos supuestos, contemplados expresamente en la norma como ejemplos típicos de esta clase de interdicto, fueron regulados por el anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912 de manera separada, concibiéndolos como dos clases independientes de interdictos, el primero denominado como interdicto de obra nueva y el segundo supuesto como interdicto de obra ruinoso.

Existe una distinción conceptual, jurídica y procesal entre acción posesoria e interdicto, no solo por la redacción del artículo 921 acotado —que las distingue con la conjunción *y*—, sino que los interdictos exigen solamente la posesión actual y material, «la posesión como hecho y no la posesión como derecho; esto es, no se busca encontrar un derecho o causa por el cual se haya ejercido la posesión sino tan solo determinar fácticamente que se estuvo poseyendo el bien»,⁴⁸ en tanto que las acciones posesorias debaten el derecho a la posesión.⁴⁹ No se «requiere aquí poseer fácticamente; puede no tenerse la posesión efectiva, pero precisamente el mejor derecho a poseer es su objeto. De ahí que para poder plantear la acción se requiere título, es decir, ser poseedor legítimo. Y esa es justamente la diferencia sustancial con el legitimado activo del interdicto, que puede ser inclusive un poseedor ilegítimo, vicioso».⁵⁰

Así, se ha concluido lo siguiente:

las acciones posesorias son procesos judiciales en los cuales se protege el derecho a la posesión. En los interdictos, en cambio, se tutela la posesión en sí misma (derecho de posesión). Los trámites judiciales de ambos procesos son distintos; la acción posesoria se tramita en el proceso de conocimiento, los interdictos en el proceso sumarísimo. Todo aquel que es perturbado o despojado en su posesión puede utilizar los interdictos con el objeto de que cese la perturbación o de recobrar la posesión. En los interdictos no se discute la legitimidad de la posesión. Es suficiente que el poseedor, legítimo o ilegítimo, de buena o mala fe, sea perturbado o despojado para que proceda el interdicto.⁵¹

El interdicto de obra nueva tenía como objeto impedir la continuación de una obra o conseguir la demolición de lo ya edificado en cuanto daña la propiedad de la demandante. Mientras que el interdicto de obra ruinoso tenía por objeto la demolición total o parcial de una construcción que amenaza ruina, o la adopción de medidas de seguridad por el mal estado de un edificio, canal, camino, árbol, columna o cualquier otra cosa análoga.

⁴⁸ Cas. 992-2001/Tacna, de fecha 20 de agosto de 2001, en: Jurisprudencia Civil, Tomo I, 2002, Normas Legales, p. 173.

⁴⁹ Los interdictos revisten un carácter más sumario y rápido que las acciones posesorias, discutiendo en ellos el hecho posesorio y no el derecho a la posesión, que corresponde a las acciones posesorias.

⁵⁰ RAMÍREZ, Eugenio María. *Op. cit.*, p. 733.

⁵¹ AVENDAÑO ARANA, Francisco. «Los Interdictos». *Scribas*, Revista de Derecho, año I, n.º 2, p. 65, Arequipa.

Siendo la diferencia de tipo sustancial, es de verse que las sentencias en ambos procesos van a diferir también en cuanto al fondo. Mientras que el interdicto concluye con una resolución provisional —esta sentencia puede ser demandada en un proceso de conocimiento⁵²—, la acción posesoria culmina con una resolución con carácter de cosa juzgada en materia de posesión, lo que es coherente con el tipo de proceso, por cuanto los interdictos, al ser ventilados en proceso sumarísimo, solo admiten medios probatorios referidos exclusivamente a probar la posesión y el acto perturbatorio,⁵³ no teniendo en cuenta la calidad del título posesorio, en tanto que las acciones posesorias exigen ausencia de vicios, pues el título posesorio que se tenga va a probar el mejor derecho a la posesión.

En nuestro medio existe jurisprudencia importante que ha delimitado las fronteras entre ambos conceptos:

- La Corte Suprema, en la Casación 602-2001-Moquegua, de fecha 22 de junio de 2001, señala en su sexto fundamento: «Que, se advierte por el contrario, que el A-Quem cuestionó la manera en que tomó la posesión la demandante, el derecho de posesión consagrado en el artículo novecientos del Código Civil, así como el hecho de que ésta únicamente poseyó una parte del bien sublitis y no su totalidad; cuando lo real es que en un proceso interdictal como el de autos, únicamente debe acreditarse el acto de posesión en sí del demandante y la desposesión efectiva sufrida por este».
- La Sala de Procesos Sumarísimos, en sentencia expedida en expediente 1118-98 de fecha 22 de enero de 1999, expresa en su cuarto considerando: «Que el interdicto tiene por objeto proteger el hecho de la posesión que hay que acreditar por sus manifestaciones objetivas, debatiéndose en este proceso el hecho de la posesión independiente del título posesorio».
- La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, Casación 3190-99, Lima, de fecha 18 abril de 2000, señala que «El artículo 921° del Código Civil establece las formas de defensa judicial de la posesión, señalando como tales a las acciones posesorias y a los interdictos; [...] las primeras se conceden a aquellos que tienen

⁵² RAMÍREZ, Eugenio María. *Op. cit.*, p. 734.

⁵³ Artículo 600 del Código Procesal Civil.

derecho a la posesión, mientras que las segundas tienen como finalidad defender al poseedor actual, sin entrar a considerar si tiene derecho o no a la posesión».

Por ello, el artículo 601 *in fine* del Código Procesal Civil faculta al demandante a discutir el derecho a la posesión en un proceso de conocimiento, que es un proceso pleno, para ventilar lo concerniente a la calidad del título posesorio y/o al mejor derecho a la posesión, que tiene un plazo prescriptorio distinto —mayor— al interdicto.⁵⁴ Esta acción es distinta —en fondo y forma— a la interdictal, que evalúa aspectos fácticos, de hecho, de manera sumaria y provisional, respecto del derecho de posesión actual y material, con prescindencia de considerar el título posesorio.⁵⁵

En suma, el interdicto protege el *ius possessionis* y las acciones posesorias del *ius possidendi*.

El problema del que adolece nuestra legislación respecto de la acción posesoria, a diferencia del interdicto, es que carece de desarrollo legislativo, tanto sustantivo como procesal, como ya se ha expresado,

⁵⁴ Al respecto, existe opinión en la doctrina nacional en relación con el plazo para plantear el interdicto, ya que no hay duda de que en caso de despojo el plazo se computa desde que este se produce, pero en cuanto a las perturbaciones se señala que «En el caso de la perturbación permanente cada momento constituye una nueva perturbación. La diferencia con la perturbación repetida es el lapso de tiempo que existe entre perturbación y perturbación, por lo que cada momento habilita al poseedor para que interponga el interdicto de retener. El hecho que fundamenta la demanda lo configura cada perturbación, a cada momento, y no el origen de ella. El mismo razonamiento hecho para la perturbación permanente es aplicable a la perturbación repetida: a cada momento se renueva el plazo. De todo lo anterior concluimos que el artículo 601 del Código Procesal Civil no comprende las perturbaciones. Cuando se produce una perturbación, no hay plazo para plantear el interdicto» (Cf. AVENDAÑO ARANA, FRANCISCO. «Los Interdictos». *Op. cit.*).

⁵⁵ En un comentario de la revista Gaceta Jurídica, se manifestó que «Lo señalado aquí por los juzgadores no es del todo exacto. En las acciones interdictales no se discute el derecho a la posesión sino solo el hecho. Los interdictos son defensas posesorias con las cuales no interesa si el poseedor tiene o no derecho a ejercer la posesión, o sea, un título legítimo de posesión. Ello quiere decir que para que un determinado poseedor sea amparado con un interdicto, sea de recobrar como de retener, basta probar el hecho de la posesión y no resulta indispensable demostrar la legitimidad de la misma, acreditar que se cuenta con el referido título de posesión. La finalidad de los interdictos es simplemente defender al poseedor actual o en todo caso al recientemente despojado del bien, siempre y cuando no haya transcurrido más de un año desde que se produjo dicho despojo. Para proteger el derecho a la posesión debe recurrirse a las denominadas “acciones posesorias”» (*Diálogo con la Jurisprudencia*, año 8, n.º 47, agosto 2002, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 124-125.).

salvo el breve enunciado del artículo 921 del Código Civil. Pero siguiendo con el análisis efectuado, puede sostenerse que un caso en el que podría interponerse una acción posesoria es cuando quien tiene mejor derecho a poseer no posee de hecho, y demanda a quien posee sin título o con título inferior. En otras palabras, puede emplearse para defender un mejor derecho contra otro, lo que en el Código de Procedimientos Civiles era regulado procesalmente vía interdicto de adquirir, con lo que podría decirse que antes del Código Procesal Civil vigente no se hacía la distinción entre acciones posesorias e interdictos, siendo estos parte de aquellas.⁵⁶

Así, es claro que el usufructuario que tiene registrado su derecho tendría mejor derecho que el arrendatario que celebró el contrato de arrendamiento con el propietario con posterioridad a dicha inscripción y que, por cierto, no tiene inscrito dicho arrendamiento. Si el acreedor aún no ha hecho entrega a ninguno de los dos, la acción es contra el propietario para que cumpla con entregar el bien. Pero en el supuesto que el propietario hubiese entregado el bien al arrendatario, el usufructuario tendría expedita la acción posesoria contra el poseedor, es decir, contra el arrendatario, sin perjuicio de las acciones contra el propietario.

Finalmente, resulta conveniente citar la Casación 166-94-Lima, de fecha 19 de abril de 1995, que trata con detalle y rigor sobre el tema que nos ocupa,⁵⁷ resolución que por su extensión no es posible reproducir

⁵⁶ Dentro de las acciones posesorias se encuentra lo que antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil se denominaba interdicto de adquirir, que se sustentaba en el mejor derecho a la posesión, con cuya supresión del nuevo Código Procesal Civil, así como con las normas del Código Civil vigente, actualmente en el Perú se ha distinguido a los interdictos de las acciones posesorias. Así, los artículos correspondientes del Código de Procedimientos Civiles establecían que: Artículo 994.- El interdicto de adquirir procede respecto de cosas o de patronatos, aniversarios o capellanías, que no posee otro por más de un año. Artículo 995.- El demandante presentará con la demanda el título que acredita el derecho con que solicita la posesión, e indicará quién es el poseedor o tenedor actual o la persona a cuyo cargo se hallan los bienes. Artículo 996.- Presentada la demanda, el juez examinará el título en que se funda y si no halla suficiente, denegará la posesión. Artículo 997.- Si el juez encuentra suficiente el título, mandará citar al poseedor o tenedor indicado en la demanda y que se publique avisos por cinco días, a fin de que se presenten los que tengan derecho a la misma posesión. En los avisos se indicará claramente los bienes que son objeto del interdicto. Artículo 998.- Vencido el término de los avisos y no habiendo oposición, se otorgará la posesión solicitada por el demandante.

⁵⁷ Publicada en el Tomo n.º 2 de *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

en este breve trabajo, por lo que nos limitaremos a resaltar la evaluación que la Corte Suprema realizó del segundo cargo interpuesto en el recurso de casación, que analiza algunos aspectos que conviene destacar:

- (1) La sentencia de segunda instancia sostiene, principalmente, que la autorización contenida en la cláusula tercera del contrato que vincula a las partes es de naturaleza personal que no implica en sí mismo la posesión del bien, por lo que no existiendo posesión previa, es improcedente la demanda; y además, que las acciones interdictales están reservadas para la defensa de los derechos reales.
- (2) Que, en efecto, el primer argumento glosado es un eufemismo intelectual, pues si bien es cierto que la sola celebración del contrato no supone la posesión efectiva del bien, no es menos cierto que al confirmarse el fundamento número diez de la sentencia apelada, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, admite que se ha probado la posesión del bien por la demandante y el consiguiente despojo, por lo que ha existido la *traditio posesoria* en su favor, y por tanto existía posesión previa que debió ser protegida.
- (3) Que, el segundo argumento, siendo cierto, deriva en una errada apreciación, ya que los interdictos constituyen un instrumento procesal válido para la defensa de la posesión, típico derecho real; pero tal verdad no supone que con ellos solo se protejan los derechos reales adquiridos originariamente y no los adquiridos en forma derivada como lo son aquellos derechos reales que se sustentan en la celebración de actos jurídicos de distinta naturaleza, sean bilaterales o unilaterales, intervivos o *mortis causa*, como por ejemplo la propiedad derivada de la compraventa, el uso derivado del arrendamiento, el usufructo derivado de un testamento o contrato, etcétera. En consecuencia, este segundo cargo es amparable.

El breve paso que por la figura de la posesión ha pretendido esbozar este trabajo únicamente tiene como finalidad resaltar la importancia de comprenderla, a fin de poder determinar sus efectos y posibilidades de protección, tanto acerca de los derechos del poseedor propiamente dicho (derivada o no su posesión de un título), como sobre la defensa del derecho a la posesión que tiene el titular de dicho derecho aún no consolidado.