

Estudio sobre las acciones de Defensa a la Propiedad

Willy Arnaldo López Fernández

Asistente en Función Fiscal de la Fiscalía Civil y Familia de Jaén.

Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque.

Estudiante de la Maestría en Derecho con mención en ciencias penales de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque.

TEMARIO:

1.- INTRODUCCIÓN

2. ACCIONES QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA PROPIEDAD.

2.1 Antecedentes en el Derecho Romano. Clases.

2.2 Garantías de la Propiedad.

2.3 Concepto de las acciones de defensa de la propiedad. Como tutela.

3. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

3.1 Régimen Legal.

3.2 Definición.

3.3. Alcances sobre la acción reivindicatoria de la acción reivindicatoria.

3.4 Caracteres de la acción reivindicatoria.

3.5. Titulares de la acción.

3.6. Requisitos y la prueba en la acción reivindicatoria.

3.7. Bienes que pueden reivindicarse.

3.8 La Herencia no se reivindica.

3.9. Bienes que NO pueden reivindicarse.

3. 10. Imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria.

3.11 Efectos de la reivindicación.

4. ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO.

4.1. Definición.

4.2. La acción declarativa de dominio y la reivindicación.

5. ACCIÓN NEGATORIA.

5.1. Acción negatoria en el derecho romano.

5.2. Definición.

5.3. Requisitos y solución.

6. LA ACCIÓN DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO.

6.1. Acción de deslinde.

6.1.1. Definición.

6.1.2. Régimen legal.

6.2 El Amojonamiento.

7. La Acción publiciana.

7.1. Definición.

7.2 Contexto de la acción.

7.3. La excusa en la legislación actual.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

1.- INTRODUCCIÓN

Nos dice el Código Civil, en su articulado 923 que: *"la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, y disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley."*

La propiedad es el derecho real que una persona tiene sobre un bien, en virtud del cual puede ejercer el más amplio poder dentro del goce de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. Todos los demás derechos reales menores y de crédito convergen en ella. Cumple la función de dar al individuo algo que es suyo para que pueda desplegar su personalidad humana. Hasta el crédito alimentario tiene por finalidad hacer propietario a una persona que no tiene nada de lo que necesita para subsistir.

El derecho de propiedad se caracteriza por ser un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. La propiedad es un derecho subjetivo, esto es una prerrogativa o "facultas agendi" reconocida por el ordenamiento jurídico a un individuo con la finalidad de satisfacer intereses dignos de tutela. ¿Cuál es el interés presente en la propiedad?: La consecución de la suma de aprovechamiento sobre un bien.¹

Bajo estas perspectivas es que se enfoca el presente estudio, con la única intención de mostrar cuál o cuáles son las garantías tutelares del ordenamiento jurídico sobre la propiedad. Toda vez que en nuestra constitución política, en concordancia, establece en su artículo 70º que "El derecho a la propiedad es inviolable. El estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por Ley, y previo pago o en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por eventual perjuicio..."

Es necesario precisar, que en el presente estudio se utiliza el vocablo "*acción*" que acompaña al vocablo de reivindicación, declaratoria de dominio, deslinde negatoria y a la publiciana; ello en tanto y cuanto el derecho se encuentre dentro de la esfera subjetiva de la persona, ya que como se ha mencionado la propiedad es un derecho de naturaleza abstracta y de uso y disfrute de la quienes la ostentan; siendo que estas acciones de defensa a la propiedad una vez materializado ante la autoridad competente, se efectúan a través de *pretensiones*; así tenemos la pretensión reivindicatoria, de declaratoria de dominio entre otras.

¹ "facultas agendi", en la mayor parte de la doctrina, puede tener distinta conformación: Así por ejemplo, cuando las necesidades de las personas pueden satisfacerse ellas mismas mediante en desarrollo de una serie de comportamientos propios delegados sobre los entes objetivos, entonces estamos en presencia de un "poder". En cambio, si las referidas necesidades no son susceptibles de ser satisfechas directamente, sino a través del comportamiento de un tercero, estamos en presencia de una "pretensión", esto es de una posibilidad de exigir. Citado en: GONZALES BARRON, Gunther, "Derechos Reales", PAG. 584. Nota al pie.

En efecto, no pretendemos explicar las teorías de la *acción* y de la *pretensión*, que si bien es un tema importante y de gran complejidad en el derecho procesal dada la variedad de teorías existentes, como de autores que la esbozan, es necesario solamente hacer una precisión didáctica, para no caer en confusiones durante la lectura del presente trabajo.

Así pues, la *acción* desde la arista del derecho procesal, es la facultad o derecho constitucional, universal y humano, otorgado a cualquier sujeto natural o jurídico, con la finalidad de acceder a través de los medios y la oportunidad establecida por la ley, a los órganos jurisdiccionales, representantes del estado, quienes tienen el deber de proveer en referencia a la petición realizada por el justiciable afirmante de la titularidad de un derecho. Es un derecho que permite la satisfacción y protección de otros derechos legales, el cual a su vez es plasmado por la *pretensión*, que es la declaración de voluntad efectuada por ante el juez, y es el acto por el cual se busca que éste reconozca una circunstancia con respecto a una presunta relación jurídica.

En definitiva, la acción es un derecho subjetivo y potestativo de acudir al órgano jurisdiccional para obtener la tutela de un derecho presuntamente violado, por una persona presuntamente obligada a respetarlo. Por su parte, la pretensión es un hecho jurídico consistente en afirmar que se tienen los derechos invocados. Las pretensiones del actor serán las reclamaciones concretas que hace en contra del demandado y que se formaliza a través de la demanda.

Así, el Maestro procesalista Couture², instituye su definición, sobre la acción, de la siguiente manera: “Poder Jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión”. Con este aporte conceptual resaltante concluimos que esta forma de la Acción estaría representada por una Pretensión.

2. ACCIONES QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA PROPIEDAD.

2.1 Antecedentes en el Derecho Romano. Clases.

En el Derecho romano se entiende a la acción (*actio*) como el medio proporcionado al ciudadano para solicitar al Estado la defensa del propio derecho desconocido. A la vez existía una neta diferencia entre acción juicio y litigio.

Las acciones se dividen en *actio in rem* y *actio in personam*.

La traducción exacta. Gramatical y jurídica de la primera es «acción contra -hacia o sobre- la cosa», y de la segunda «acción contra la persona». Se considera que estas expresiones «responden mejor a la

² **COUTURE, Eduardo.** “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Editorial b de f Montevideo-Buenos Aires- 2005

antigua naturaleza del derecho material y de la *actio* que a las normas que rigen en ambos campos durante las épocas clásica y justiniana»

Pero hubo antes otra acción -la *actio sacramento in rem*- por medio de la cual se defiende la cosa -*rem defendere*- que nos pertenece a fin de liberarla del adversario en cuyo poder se encuentra. Daba lugar a la vindicación o *vindicatio*.

El procedimiento en el derecho romano, como se sabe tuvo tres etapas: a) el procedimiento de las acciones de la ley; b) el procedimiento formulario; y c) el procedimiento extraordinario.

Más allá de la cuestión gramatical, la *actio in rem* es la acción sobre la cosa cuando en la época del procedimiento se confiere el papel de demandante al que no posee y el de demandado al poseedor.

Gayo, a nivel del *ius civile*, las distingue así: «La acción es personal cuando litigamos contra alguno que está obligado hacia nosotros en virtud de un contrato o de un delito, es decir, cuando sostenemos que *debe dar, hacer o prestar*. Es real cuando sostenemos que un objeto corporal es nuestro, o que un derecho nos pertenece, por ejemplo, el de uso, o el de usufructo, o una servidumbre de paso, de vereda de acueducto, de elevar nuestro edificio, o de vistas; también cuando el adversario, por su parte, entabla la acción negatoria.

Las acciones personales derivan de la relación jurídica entablada con una persona determinada, «cuya persona es la única que está en condiciones de violar los derechos que nacen, o se derivan de esta relación»; son las relaciones obligacionales. A través de las *actiones in rem* (acciones reales) se hacen valer los derechos sobre los bienes; Pero más genéricamente agrega BONFANTE³ «denota toda acción constituida para la defensa de un derecho absoluto que cualquier tercero puede estar en condiciones de violar, como son, además de los derechos reales, los derechos de estado o de capacidad y los derechos de familia».

La distinción entre *actio in rem* y *actio in personam* no tiene un valor puramente formal. «Es la distinta esencia de la relación de derecho material la que imprime diverso 'fundamento jurídico' a la *intentio*» (IGLESIAS)⁴.

Los derechos reales y los derechos personales (obligacionales) tienen su origen en las respectivas acciones reales y personales. Los juristas romanos prefieren el poder procesal antes que el derecho sustancial. Derechos reales y derechos personales son dos formas aritméticas: en

³ Citado por RAMÍREZ CRUZ, Eugenio; "Propiedad - Copropiedad" Tomo II, Primera Edición, Edit. P.U.C.-Lima-1999.

⁴ *Ibidem*.

la primera predomina el elemento estático, la actitud de reposo y de pacífico goce; en la segunda, el elemento dinámico, la lucha para obtener el cumplimiento. *Obligatio* y *actio* se muestran así en estrecha conexión. La *actio*, «que es el medio ofrecido al particular para la actuación de cualquier derecho subjetivo, se presenta preferentemente al pensamiento jurídico como la posesión avanzada de la obligación» (Arangio - RUIZ).⁵

Sobre el fondo de la distinción romana entre *Actio in rem* y *actio in personam*, la división entre derecho real y derecho personal se dibuja así y surgen las diferencias entre reales y obligacionales.

El derecho moderno conserva, en esencia, la misma noción de las acciones. Son *reales* las que tutelan los derechos sobre los bienes, aquellas que tienen como fin (objeto) el reconocimiento y tutela de un derecho real que recae sobre determinado bien.

2.2 Garantías de la Propiedad.

La propiedad es uno de los derechos subjetivos cardinales del ordenamiento jurídico de un país. Diversas son las garantías que la tutelan. He aquí las siguientes:

- **Protección constitucional.** La Constitución vigente en su artículo 70 la declara *inviolable*.
- **Protección frente al Estado.** El principio de inviolabilidad de la propiedad privada que el Estado garantiza -afirma Guillermo Borda – tiene dos consecuencias: 1) deben considerarse inconstitucionales las leyes que afectan sustancialmente el derecho de propiedad; 2) el Estado no puede expropiar sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada (calificada) por ley «y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio» (Const., arto 70).
- **Protección frente a particulares.** El dominio es protegido por las acciones reales (reivindicatoria, confesoria y negatoria) y por las acciones posesorias e interdictales. En este estudio nos referiremos a este tercer grupo y, concretamente, a las acciones reales.

2.3 Concepto de las acciones de defensa de la propiedad. Como tutela.

Como ya se ha dicho, que la propiedad es un derecho subjetivo, en tanto prerrogativa reconocida por el ordenamiento jurídico, requiere de la existencia de una garantía externa que, de un modo u otro, asegure la facultad que en él contenida no sea pura ilusión. Ahora bien, como esta

⁵ En: RAMÍREZ CRUZ, Eugenio; Ob. Cit.p.447.

garantía puede ser violada en los hechos, se hace necesario contar con mecanismos de reacción cuando se produzca una lesión. De esto se deduce, por lo tanto, que únicamente se tendrá un auténtico derecho subjetivo cuando se contemplen mecanismos de tutela destinados a protegerlo del incumplimiento de los deberes que de él se emanan.

En efecto, cuando la transgresión del deber lesiona el interés del titular del derecho subjetivo sin hacerla desaparecer, el mecanismo de tutela tiene como función eliminar el hecho que causa la referida lesión, para de esta manera recomponer el estado anterior de cosas, como lo son en los casos donde se plantea una acción reivindicatoria, como un ejercicio típico de una acción real. Análoga a ésta, existen otros mecanismos de tutela de la propiedad, Siempre vistas desde la óptica real. Es el caso de la acción declarativa de dominio, la discutida acción publiciana, el deslinde y la acción negatoria, que serán explicadas más adelante.

En el derecho peruano, solo la *rein vindicatio* y las acciones de deslinde y amojonamiento están legislados en el código civil; los interdictos – llamados por algunos “acciones de denuncia” - están regulados por el código procesal civil. Pero no se legislan técnicamente las acciones posesorias.

De otra parte, la propiedad está protegida por otras acciones de índole penal; así por ejemplo, la que origina la denuncia por delito de usurpación, figura tipificada por el artículo 202 del código penal, entre otras. Naturalmente, el estudio de las de orden penal, compete al derecho penal.

3. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

3.1 Régimen Legal.

Está regulada por el artículo 927: “*La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción*”.

El tratamiento que da el codificador a esta institución es muy escueto; sólo le brinda un numeral. En otras legislaciones, esta figura de la reivindicación está prolijamente regulada.

De otro lado, la redacción de la parte final (“No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción”) es técnicamente desafortunada. Es obvio que quien perdió la propiedad a manos del usucapiente, ya no es el titular del derecho, ha devenido sujeto pasivo; al paso que el usucapiente es el sujeto activo del dominio. Vistas así las cosas, resulta absurda la excepción contenida en la parte final del numeral 927⁶.

⁶ Cfr. Sobre el tema en RAMÍREZ CRUZ, Eugenio; Ob. Cit. p. 451

3.2 Definición.

En principio, la palabra *reivindicación* tiene su origen en las voces latinas *res* que significa «cosa» y *vindicare* «reclamar aquello de que se ha desposeído a alguno»; vale decir que, etimológicamente, esta acción persigue la restitución de un bien a su propietario por quien la posee indebidamente.

La acción real por excelencia es la Reivindicación; Castañeda decía que "al no extinguirse la propiedad por el no uso, la acción reivindicatoria es imprescriptible. Ello no impide, sin embargo, que a la reivindicación pueda oponérsele *can éxito* la USUCAPIÓN. Cuando ésta se hubiera cumplido.

La Doctora Maisch Von Humboldt refería que por ser una de las características de la propiedad de perpetuidad, la acción Reivindicatoria también debía ser imprescriptible.

La opinión de ambos maestros ha sido recogida en el artículo 927 del Código Civil⁷.

Aunque por otro lado, tenemos, que nuestro Código Civil no define qué es la acción reivindicatoria.

En doctrina, plantea el profesor EUGENIO RAMÍREZ CRUZ⁸, la reivindicación es la acción que ejercita una persona para reclamar la restitución de un bien (cosa) del que pretende ser propietario. Se basa, por tanto: en la existencia del derecho de propiedad y tiene como finalidad la obtención de la posesión (PLANIOL- RIPERT-PICARD). Asimismo, también Guillermo BORDA sostiene que es la acción que puede ejercer el que tiene derecho a poseer una cosa (bien) para reclamarla de quien efectivamente la posee. Téngase presente que este autor se refiere acertadamente a «el que tiene derecho a poseer» un bien, no el que lo posee.

El propietario busca que se le restituya la posesión de un bien singular. En la célebre definición que CASTÁN atribuye al romanista alemán R. SOHM, mediante la acción reivindicatoria el *propietario no poseedor*, hace efectivo su derecho contra el *poseedor no propietario*. En el mismo sentido, los juristas chilenos ALESSANDRI y SOMARRIVA repiten que es «la que tiene el dueño no poseedor contra el poseedor no dueño». Es decir, lo que se reclama es la posesión y no el dominio.

⁷ VÁSQUEZ RÍOS, Alberto; "Derechos Reales-La Propiedad "Tomo III, Segunda Edición, Edit. San Marcos, 1996. p. 127.

⁸ Cfr. Obra citada, pp.451, ss.

Esta tesis, no obstante, ha sido criticada (no sin razón) por MARTÍN WOLFF, quien afirma que «dicha acción corresponde tanto al propietario falto en absoluto de posesión, como al propietario que posee mediatamente». Concluyendo que: «Por tanto, es falso el principio, tantas veces afirmado, de que la *rei vindicatio* es aún hoy 'la pretensión del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario'. Sólo el propietario que posea inmediata y exclusivamente puede no tener la pretensión o acción».

En suma, la *rei vindicatio* -que fue la *actio in rem* por excelencia-, se caracteriza porque, frente al despojo sufrido por el propietario (y que conlleva el intento de apropiación del bien por el poseedor, de ordinario), busca la reintegración o restitución de la posesión del bien a su verdadero dueño.

Por otro lado, sostiene CARLOS FERDINAND CUADROS VILLENA, que esta acción real destinada a conseguir la restitución del bien de la que ha sido privada el propietario, se basa y fundamenta en el derecho de propiedad, pero sus efectos recaen en la posesión de bien, el reivindicante invoca su condición de dueño para recuperar la posesión del bien que le corresponde o de que ha sido privada. Por eso es importante establecer que el reivindicante funda la acción en su derecho de propiedad, pero lo que reclama no es la propiedad, sino la posesión del bien. Es pues una pretensión del bien de posesión basada en el derecho de propiedad⁹.

3.3. Alcances sobre la acción reivindicatoria de la acción reivindicatoria.

La acción reivindicatoria, cuya función es permitir al propietario la recuperación del bien que se encuentre en poder fáctico de cualquier tercero. Sin embargo, cuando la transgresión del deber lesiona el referido interés pero hasta el punto de hacerla desaparecer el mecanismo de tutela ya no será la acción reivindicatoria pues el bien no existe más.

En este caso, el ordenamiento prevé un mecanismo DISTINTO de tutela, en cuanto ya no es posible recomponer las cosas al estado anterior mediante la eliminación del hecho obstativo o la remoción de la situación anómala. En este caso, la función de este mecanismo de protección es sustituir el bien por el valor económico que representa. Tal ocurre con la indemnización de daños (art. 1969 c.c.).

En la presente monografía, solamente estudiaremos el mecanismo de tutela TÍPICO en la propiedad, cuál es, la acción reivindicatoria. ¿Porqué lo llamamos "típico"? La razón es muy simple: la propiedad como derecho real está tutelado en forma directa a través de la reivindicatoria,

⁹ Cfr. en. CUADROS VILLENA, Carlos."Derechos Reales". Tomo II. PRIMERA EDICIÓN. Edit. RODHAS-1995, P. 559.

cuyo fin es la recuperación del bien mismo. Por tanto, este instrumento de tutela busca proteger al propietario y su relación directa e inmediata con el bien; por ello es una institución propia de los Derechos reales.

En cambio, la tutela resarcitoria (indemnización de daños) procede cuando no es posible recuperar físicamente el bien y se traduce en el crédito por una suma de dinero representativo del valor del bien. La tutela resarcitoria NO ES TÍPICA de la propiedad, por cuanto asegura otros derechos subjetivos, y además no se manifiesta sobre un bien, sino mediante la creación de una obligación.

En consecuencia, la tutela de la propiedad a través de la acción reivindicatoria es TÍPICA de este derecho; por el contrario, la tutela de la propiedad a través de la reparación económica NO ES TÍPICA de este derecho, pues se constituye en un mecanismo de protección de distintas situaciones jurídicas, no solamente de la propiedad. En tal sentido, se identifica la responsabilidad civil como una "técnica de tutela civil" de las distintas situaciones jurídicas, y en el que se permite proteger nuevas situaciones a través del resarcimiento de los daños.

3.4 Caracteres de la acción reivindicatoria.

Observamos los siguientes:

- a) Es una acción de naturaleza real, porque recae sobre un bien; ella puede dirigirse contra el poseedor o incluso contra el tenedor;
- b) Es una acción recuperatoria, puesto que frente al despojo de que ha sido víctima el propietario, tiene por fin la reintegración o restitución del bien (específicamente de su posesión);
- c) Es una acción de condena ya que el fallo, en la hipótesis de ser favorable, impone al poseedor vencido «un determinado comportamiento de restitución»;
- d) Es una acción imprescriptible, puesto que ella no se extingue por el transcurso del tiempo (art. 927).

3.5. Titulares de la acción.

a. Por regla general. ¿Quiénes pueden ejercerla? ¿Quiénes son los legitimados activos?. Aunque el artículo 923 del Código Civil hace referencia al *ius vindicandi* del propietario, es lógico que no es privativa de él.

La *rei vindicatio* comprende el ámbito de todos los derechos reales que se ejercen por la posesión y que en el derecho positivo nacional son: la Propiedad la copropiedad el usufructo, el uso, la habitación, la prenda y la anticresis. Sobre esto hay acuerdo en la doctrina mayoritaria. Lo que sí es necesario es que «la lesión sufrida sea grave, o mejor dicho, que haya habido desposesión».

De ahí se concluye que no ampara a los derechos que no se ejercen por la posesión como la hipoteca y las servidumbres. La acción que protege al acreedor hipotecario es indiscutiblemente real, pero no reivindicatoria (a diferencia del acreedor prendario y del anticresista). Según BIAGIO BRICI¹⁰, la acción de exclusión de inmuebles expropiados pareciera que puede estimarse como reivindicatoria. Pero la legislación nacional no admite discutir al expropiado sino sobre el *quantum* indemnizatorio".

b. Comprador a quien no se entrega la posesión. Mayoritariamente la doctrina afirma que tiene acción reivindicatoria contra los terceros:

1. Por un lado, contra el vendedor que no entrega la posesión efectiva del bien, el comprador tiene la acción de cumplimiento. Recuérdese que, conforme al artículo 929, el comprador (acreedor) se hace dueño por el sólo contrato (obligación).
2. Si en cambio, ya se elevó a escritura pública, el comprador demandará la entrega del bien. Si no se elevó a escritura pública, entonces el comprador demandará el otorgamiento escritura pública y la posesión. Pero no el interdicto de adquirir, que además ya no contempla el Código adjetivo vigente.
3. La acción reivindicatoria debe distinguirse netamente, de igual manera, de la acción personal, mediante la cual reclama alguien la restitución del bien de quien posee precariamente el bien (en cuyo caso el camino expedito es el de desalojo), del comprador que no pagó el precio o compró con reserva de propiedad.

c. Reivindicación por el condómino. Cualquier copropietario puede reivindicar el bien común {art. 979). Se considera que hay dos hipótesis, no sólo hay reivindicación del bien contra terceros, sino también entre copropietarios.

Indudablemente que el copropietario puede reivindicar la totalidad del bien contra terceros, lo cual es una consecuencia lógica de lo que dispone el artículo 969, pues en la copropiedad el bien "Pertenece por *cuotas ideales* a dos o más personas. Cuota ideal no es una *cuota parte* sino la totalidad¹¹.

Por otra parte, refiere FERDINAND CUADROS VILLENA, de que se ha discutido el derecho que tiene el copropietario para promover la acción reivindicatoria, invocando que si la perdiese sería injusto que los demás copropietarios no pudiesen renovarla, pues podían o no haberlo

¹⁰ Citado por RAMÍREZ CRUZ, Eugenio. Ob. Cit. p.454.

¹¹ La doctrina mayoritaria ratifica este temperamento (LAFAILLE, SPOTA, BIBLIONI, ARGANARAZ. En cambio el preclaro Raymundo SALVAT es opuesto. En: RAMÍREZ CRUZ, Eugenio; p 454.

autorizado al copropietario que perdió la acción. El problema es más bien un problema de derecho procesal, relativo a sí renovada la acción por algún copropietario que perdió la causa, pudiese o no oponerse la excepción de cosa juzgada.

Consideramos que estarían dadas tres identidades, exigidas por la ley procesal para la procedencia de la excepción de cosa juzgada. La identidad de la acción está dada puesto que se pretende la reivindicación de un bien de la propiedad. El proceso que ha terminado por sentencia tendrá efectos para todos los copropietarios. Consiguientemente, la identidad de las personas también está dada, puesto que la autorización legal del artículo 479^o del código civil lo es para reivindicar un bien de la copropiedad y no solamente la cuota-parte del copropietario. Luego será posible oponer la excepción de cosa juzgada a la nueva acción que se promoviese en nombre de toda la copropiedad, puesto que el primer copropietario actuó también en nombre de ella¹².

3.6. Requisitos y la prueba en la acción reivindicatoria.

Indica EUGENIO RAMÍREZ CRUZ, para que prospere la *rei vindicatio*, el demandante (revindicante) debe probar tres requisitos o hechos: la propiedad del bien (generalmente, inmueble) que reclama; la posesión o detentación injusta del bien por el demandado (esto supone probar que este carece de derecho para poseer); y, finalmente, la identificación o identidad corporal del bien.

Por otro lado, GUNTHER GONZÁLES BARRÓN¹³ señala que, como se viene diciendo, la reivindicatoria es una ACCIÓN REAL, es decir, puede ser dirigida contra cualquier tercero que posea el bien. En este sentido, la reivindicatoria ofrece grandes ventajas con respecto a cualquier acción personal, empezando por los remedios posesorios. Las ventajas de la reivindicatoria son de tres tipos: a) *el actor sólo requiere la prueba de su propiedad*, no necesita probar la existencia de una específica obligación de restituir por parte del demandado, b) la reivindicatoria tiene éxito no sólo contra el usurpador, sino contra cualquiera que tuviese el control del bien luego de la usucapión, e) el legislador suele acordar a favor del revindicante términos largos para ejercer su pretensión.

Prosigue el autor señalado que, la reivindicatoria es el típico mecanismo de tutela de la propiedad, y la acción procesal es de CARÁCTER PLENARIO, es decir, la controversia es amplia y no está sujeta a limitación de medios probatorios. Éstas son las grandes diferencias con las acciones Sumarias, como aquellas de tutela de la posesión.

¹² CUADROS VILLENA, CARLOS. Ob.cit.pp.560 y 561.

¹³ En: GONZALES BARRON, Gunther; ob. Cit. p. 441.

Jurisprudencia. Son requisitos esenciales para amparar la acción reivindicatoria que el actor justifique la propiedad de los bienes reclamados con títulos legítimos de dominio, que demuestre la identidad de tales bienes y que los mismos se hallen poseídos por quien no tiene título. Habiéndose probado en forma fehaciente que el poseedor tiene la condición de inquilino del inmueble cuya reivindicación se demanda, no se da uno de los requisitos para que prospere la acción (**J. Suprema, Exp. 629-93-Huancavelica**)

A continuación, haremos una síntesis de estos requisitos y su procedencia para lograr el éxito de esta acción.

A. El demandante deberá ser dueño de la cosa.

El reivindicante (demandante). Como se ha dicho, es el propietario (o al menos el presunto propietario) del bien, quien demanda o reclama la restitución del mismo.

Barbero, sobre este tema, dice "la posesión no puede ser sustraída al propietario de la cosa y, si de hecho se le sustrae, ello representa una violación de su derecho de propiedad, violación contra la cual tiene la acción de reivindicación".

Se considera que el reivindicante puede ser propietario exclusivo o copropietario; Comprendiendo tanto bienes muebles como inmuebles; ello tanto si se tiene la posesión mediata (otro tiene la posesión inmediata) cuanto si carece de ella (tenencia por otro). Sin embargo, es obvio que no prosperará la reivindicación cuando el *dominus* tiene la posesión inmediata y exclusiva del inmueble.

Señala VÁSQUEZ RÍOS, que la acción reivindicatoria se distingue del interdicto de recobrar, en efecto que el interdicto de recobrar tiene a la restitución de la posesión como hecho del FACTUM POSSESSIONIS, independientemente de la indagación acerca de la existencia del derecho, esto es IUS POSSIDENDI.

De manera que la reivindicación tiene a la reparación del IUS POSSIDENDI mediante la integración del FACTUM POSSESSIONES. Diferencia fundamental para el tratamiento de la prueba¹⁴. Que para la posesión no exige más prueba que la del FACTUM POSSESSIONIS, en cambio IUS POSSIDENDI, que es una acción petitoria, exige la demostración del derecho de poseer, es decir la propiedad. Prueba esta última que en la doctrina la denominan *diabólica*, que le incumbe al reivindicante.

¹⁴ Cfr. En: VÁSQUEZ RÍOS, Alberto; Ob. Cit. p. 128.

No basta acreditar que demandado no tiene derecho a poseer, pues si el demandante no prueba su pretensión entonces la demanda será declarada infundada. El efecto de una sentencia negativa es rechazar definitivamente - y con efecto de cosa juzgada - la invocada calidad propietaria del actor; sin embargo, en el demandado no produce ningún efecto, y menos aún puede admitirse que el simple rechazo de la reivindicatoria pueda convertir al demandado en propietario.

Evidentemente, el primer requisito de la reivindicatoria es la prueba de la propiedad, y la otra es regular la consecución de esta prueba. No debemos olvidar que uno de los problemas prácticos más serios del Derecho Civil patrimonial es conseguir esta prueba¹⁵. Para el efecto deberán contemplarse los siguientes aspectos:

- a. Del Título de propiedad. El demandante debe probar su título de dominio, es decir demostrar la “justificación dominical”. Para ello puede recurrir a cualesquiera de los medios probatorios (no es indispensable título escrito). Puesto que debe tratarse de un “título de adquisición o de constitución” del derecho de dominio, dicho título es, en realidad, la “conjunción de título y modo”, requisitos necesarios para la transmisión de la propiedad.

Resulta evidente que la probanza se refiere a la propiedad actual, “sin necesidad de que sea actual el título de adquisición”.

En el proceso judicial respectivo, si el actor no presenta título de dominio suficiente e irrefutable, el fallo le será adverso.

- b. La prueba es el mejor derecho. La acción publiciana. En algunas legislaciones y sobre todo en la doctrina se admite que, no pudiendo el actor presentar título de dominio contundente, pueda recurrir a la acción publiciana. Para ello “basta la demostración de que el actor reivindicante ostenta un mejor derecho y más probable que el demandado”. Así ocurría en el derecho romano clásico. Pero esta acción está supeditada

¹⁵ En doctrina, se intenta suavizar este criterio, permitiendo que el demandante pueda presentar el título de su propio causante, y si este título es más antiguo que la posesión del demandado, el éxito será suyo. En todo caso esta pauta no puede seguirse –por lo menos en toda su extensión- en los casos de los sistemas jurídicos que han adoptado un registro con poderosos efectos sustantivos, como en el caso peruano. La vocación del REGISTRO de la propiedad, a través de la incorporación del derecho de la propiedad, es llegar a sustituirla apariencia como criterio definitorio de la propiedad, a través del derecho de la propiedad y sus gravámenes reales aun título formal (el asiento), y con la aspiración final de convertir el título en única realidad de derecho. En buena cuenta, pues, podemos tomar como premisa válida, que el Registro se instituye como herramienta que busca conseguir el ansiado título perfecto; por ello, el Derecho Registral Inmobiliario tiene como finalidad facilitar la prueba de la propiedad respecto a la riqueza territorial. En clase de bienes, el tema de la prueba de la propiedad es especialmente complicado, pues se mezclan normas de Derecho Civil puro (la usucapión es la propiedad misma: arts. 950 a 952 C.C.) y normas de Derecho Registral (la inscripción hace presumir propietario al titular según el registro: art. 2013 C.C.). En GONZALES BARRON, Gunther. Ob. Cit, pp.442 y ss. Notas al pie.

a que las legislaciones la acepten; por ejemplo, la colombiana. El código peruano no la regula como medio supletorio del título.

Procesalmente la pretensión reivindicadora no tiene un procedimiento especial, ni en el Código de Procedimientos Civiles, ya derogado ni en el Código Procesal Civil. Con el texto procesal anterior la acción reivindicatoria se tramitaba como juicio ordinario por estar en discusión un derecho no apreciable en dinero. En el nuevo texto procesal consideramos que por las mismas razones se tramitará como proceso de conocimiento.

B. El demandado no debe ostentar ningún derecho sobre el bien.

Esto implica que el bien está poseído por otro que no sea el dueño, ni que tiene título legítimo para la posesión, o en todo caso, un derecho de menor entidad que el del reivindicante.

ALBALADEJO señala: “que la prueba que posee el demandado es a cargo del reivindicante. Pero no así la de que carece de derecho a poseer. Probada su posesión, será el demandado el que, para detener la acción tendrá que probar que posee porque tiene derecho a ello. No será entonces demandado aquél que posee la cosa en nombre de otro, en este caso el demandado será aquel que ejerce el poder de hecho sobre el bien”¹⁶.

No es necesario que el demandado invoque y pruebe ser propietario, también puede oponerse si cuenta con algún derecho real o personal que le habilite mantener el contacto fáctico con el bien. Esta alegación del demandado NO SE APLICA cuando su pretendido derecho deriva de hechos diversos, sin relación de dependencia con respecto del actor.

Por otro lado, si el poseedor tiene título legítimo de la posesión, como el arrendamiento, usufructo, uso, habitación, etc. no será procedente la reivindicación, pues el propietario habría cedido su derecho a la posesión a favor del poseedor, que presentaría así un título legítimo de posesión oponible a la pretensión de reivindicación. Se trataría de un poseedor inmediato, que recibió la posesión del propietario.

En conclusión, se ha de tratar pues, para este requisito, de un poseedor ilegítimo que no tiene título, o cuyo título a caducado, pero que tampoco a ganado la prescripción adquisitiva de dominio.

Jurisprudencia: Para amparar una demanda de reivindicación, es necesario que la parte accionante demuestre la propiedad del bien materia de litis con un título legítimo, la identidad del bien y que éste, se halle en

¹⁶ En: VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. “Derechos Reales-la Propiedad”. Tomo III. Segunda Edición, edit. San Marcos-1996, p. 130.

C. Individualización del bien. Objeto de la reivindicación.

Los teóricos reclaman que el bien objeto de la reivindicación sea una “cosa”, es decir un bien material con valor económico, determinable y definible; o sea, que se ejerza sobre una cosa singular.

Si se prueba la propiedad del actor, pero no se prueba que el objeto controvertido sea el mismo al que se refiere el título de propiedad, entonces la demanda será rechazada.

Evidentemente el bien objeto de la reivindicación será necesariamente una cosa mueble o inmueble y habrá de ser determinada para que pueda ser identificada. El asunto no tiene mayor trascendencia cuando se trata de inmuebles, que deben ser definidos por el área encerrada en los linderos, por sus caracteres especiales o por el Registro de la Propiedad Inmueble. Pero será asunto mucho más complejo tratándose de mueble no inscritos, pues los muebles inscritos pueden ser identificables y consiguientemente identificables.

No obstante, que el bien objeto de la reivindicación deba ser una cosa, o pueda serlo también el derecho, como en el caso de la reivindicación de los derechos de autor.

La naturaleza identificable de la cosa objeto de la reivindicación determina que no sean susceptible de la reivindicación las universalidades jurídicas, como el patrimonio o la herencia. Pero si podrán ser reivindicables las universalidades de hecho (un rebaño, una biblioteca, un establecimiento comercial).

3.7. Bienes que pueden reivindicarse.

Son reivindicables todos los bienes singulares (no universales), sean muebles o inmuebles. Debe tratarse de *res corporalis*.

Tratándose de inmuebles no inscritos, se observaran las reglas del derecho común, y si son registrados ha de tenerse en cuenta las reglas del registro. Pero deben tenerse en cuenta los dispositivos de la usucapión.

En materia de bienes muebles, la reivindicación es de poco o ninguna aplicación, pues la posesión equivale a la propiedad, excepto en bienes *perdidos y robados*, así como en los bienes regulados por leyes especiales que exigen el registro (los inscritos en el Registro Fiscal de Venta a Plazos, los vehículos inscritos en el Registro de Propiedad Vehicular, los semovientes, etc.). Pero aun así, los adquirientes, de

bienes muebles de buena fe están protegidos por la Ley, aunque el transferente carezca de facultad para enajenarlo (art. 948). El mueble adquirido en estas condiciones es irreivindicable. Es la seguridad que da el derecho a las transacciones mercantiles cotidianas, basadas en la buena fe con que actúan los adquirientes. Por eso el código de comercio y el código civil hacen irreivindicables los muebles que se venden en los establecimientos abiertos al público, así como el dinero que se paga por ellos (Arts. 85 y 86 del C. De comercio y artículo 1542 del código civil)

Por otra parte, los derechos derivados de la propiedad intelectual, o de derecho de autor, derivan de dos clases de derechos: los patrimoniales que conceden al autor el derecho de aprovechamiento económico de su creación y los derechos morales que son intransferibles, u oponerse su mutilación, deformación o modificación (art. 32 Ley N° 13714). Para estos casos de acuerdo a la Ley en mención, el procedimiento que se utilice para reivindicar los derechos de autor, no será el proceso de conocimiento establecido para esta clase de bienes. La propia Ley de Derecho de Autor, establece las vías civil y penal para el ejercicio de las acciones pertinentes.

3.8 La Herencia no se reivindicada.

Ya se ha dicho, que la *rei vindicatio* sólo prosperará sobre bienes singulares; la herencia no tiene esa naturaleza, es una universalidad jurídica. En este rubro el canal idóneo es la petición de herencia, de gran similitud con la *rei vindicatio*, y que es imprescriptible (art. 664). Pues la petición de la herencia o acción petitoria, se otorga al heredero que no posee los bienes que le pertenecen y proceden contra quien los posea en todo o en parte a título de heredero. De donde resulta que la irreivindicabilidad de la herencia, es solo aparente y puede proceder bajo denominación de petición de herencia como se ha referido anteriormente.

En cambio, procede la acción reivindicatoria contra el tercero adquirente de mala fe, o sea, contra el tercero no heredero, que hubiese adquirido sin buena fe los bienes hereditarios efecto de contrato a título oneroso celebrado con el heredero aparente que entró en posesión de ella (art. 665 párrafo 1° C.C.). Se trata de una pretensión destinada no a recuperar la universalidad de la herencia, sino un bien determinado, y se dirige contra un tercero.

Por otro lado, el código admite la presunción de buena fe del tercero, si hubiese celebrado la adquisición al amparo de la fe de registro; si el derecho adquirido estuviese correctamente inscrito y no hubiese embargo, ni medida precautoria del derecho del reivindicante (art. 665 c.c.). En este caso los bienes serán irreivindicables, en mérito al principio Registral que establece que para oponer derechos reales sobre inmuebles, a quien también tiene derechos reales sobre los mismos, es

necesario que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al derecho al que se opone (art. 2022 c.c.)¹⁷.

3.9. Bienes que NO pueden reivindicarse.

No todos los bienes son reivindicables. Así tenemos que son bienes irreivindicables:

- a) Los bienes muebles adquiridos de buena fe por un tercero aunque no fuere el verdadero propietario el enajenante (art. 948).
- b) Los bienes muebles comprados en una tienda o almacén, aun cuando hubieren sido robados o se tratara de perdidos, pero con la debida factura o póliza (art. 1.542).
- c) Los bienes, sean inmuebles o muebles, ganados por usucapión (arts. 950 y 951, respectivamente, y 927).
- d) Los inmuebles adquiridos de buena fe y a título oneroso de quien en el registro aparece con facultades para otorgarlo, siempre y cuando haya inscrito su derecho (art. 2.014).
- e) Los valores que se negocien en rueda de bolsa y, en general, en los mecanismos centralizados de negociación regidos por la Ley del Mercado de Valores, decreto legislativo N° 861, de 22 de octubre de 1996 (art. 115).

3. 10. Imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria.

Como se ha venido señalando en la presente monografía, que el código civil en su articulado 927 establece que la acción reivindicatoria es imprescriptible, ello por que el dominio es perpetuo, y no se pierde con el no uso; y no procede contra quien adquirió el bien por prescripción. El fundamento de esto es que en la usucapión, el propietario pierde la acción (reivindicatoria) y al mismo tiempo el derecho a la propiedad.

3.11 Efectos de la reivindicación.

Son efectos de la reivindicación:

- a) Restituir la posesión del bien demandado. El objeto de la acción reivindicatoria es que el propietario recupera la posesión del bien de su propiedad. Se ejercita invocando el derecho de propiedad, pero sus efectos se expresan en la posesión del bien¹⁸.

El efecto de esta acción es la restitución del bien con sus accesiones¹⁹.

¹⁷ Cfr. Sobre el tema en CUADROS VILLANA, Carlos. Ob. Cit. PP. 563, 564.

¹⁸ Cfr. En: CUADROS VILLENA, Carlos; ob. Cit.p. 573.

¹⁹ Cfr. En: GONZÁLES BARRÓN, Gunther; Ob. Cit. p. 445.

- b) Restituir los frutos o su valor si el poseedor fue de mala fe; De no existir, abonará su valor estimado al momento en que los percibió o debió percibir (art. 910 c.c.). La sanción a la mala fe del poseedor es la devolución de estos frutos. Es lógico que si se restituye un bien como efecto de una reivindicación, quien lo poseyó indebidamente está obligado a pagar.. si se ha poseído de buena fe, hará suyo los frutos (art. 908 c.c.)
- c) La restitución del valor de la cosa, si se ha perdido en poseedor de mala fe. El artículo 909 del código civil establece, que el poseedor de mala fe responde de la pérdida o deterioro del bien, aun cuando sea por caso fortuito. Si la pérdida ocurre durante el proceso. Si la pérdida ocurre durante el proceso, se le tendrá por poseedor de mala fe, puesto que la *bona fides* dura hasta que es citado con la demanda (artículo 907 c.c.). si es poseedor de buena fe, su irresponsabilidad por la pérdida es absoluta (*contrario sensu* del art. 909 c.c.).
- d) Como contrapartida, el reivindicante deberá abonar al poseedor vencido: a) el valor de las mejoras necesarias y útiles (art. 917 c.c.). Dicho pago es sobre el valor actual de las mismas, o sea el que tiene al momento de la restitución. b) el reembolso del valor de las mejoras de recreo, el poseedor puede retirarlas siempre y cuando su separación no cause daño. Dicho reembolso será efectivo si se ha poseído de buena fe, pues si fue una posesión de mala fe a sabiendas de que no tenía título, no tiene derecho a reembolso. Pues el criterio legal es rembolsar únicamente las mejoras hechas de buena fe²⁰

4. ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO.

4.1. Definición.

Llamada también “acción de declaración de certeza (positiva) de su derecho”. En esta acción no hay despojo de la posesión del dueño, el actor no está obligado para ello a probar la posesión del demandado, ni tampoco se exige que este carezca de derecho para tenerla en su poder frente al demandante. En suma, el actor busca simplemente obtener una declaración o constatación judicial que es dueño del bien.

Presupone solamente que otro niegue o discuta el derecho del propietario, sin que este último haya sido privado de la posesión de la cosa; de manera que el propietario no pide obtener de nuevo la posesión: solo pide que judicialmente se afirme con eficacia que aquella determinada cosa le pertenece a él, previa demostración -de su parte- del fundamento del derecho alegado.

²⁰ Ver en CUADROS VILLENA, Carlos. Ob. Cit. p. 574.

La legislación peruana no regula esta pretensión defensiva de la propiedad.

4.2. La acción declarativa de dominio y la reivindicación.

La reivindicación es una acción de condena, pues el Juez ordenará finalmente la restitución del bien a favor del demandante. Sin embargo, es posible que el propietario no requiera una sentencia de condena (por ejemplo: si ya es poseedor), sino una sentencia meramente declarativa en la que decida su condición de propietario.

Si bien esta acción, a diferencia de lo que ocurre en la reivindicatoria, no está contemplada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, ello no es óbice para admitirla sin reserva alguna, pues en el derecho moderno no rige el sistema formalista para el ejercicio de las pretensiones, bastando que la pretensión sea clara y se sustente en la voluntad de la Ley.

Por lo demás, la acción declarativa de dominio exige los mismos requisitos de una reivindicatoria, a excepción de la posesión del demandado, como prueba de propiedad del actor, la falta de derecho del demandado y la identificación del bien.

La Corte Suprema ha declarado en múltiples ejecutorias que el ejercicio nominal de la acción reivindicatoria puede ser interpretado como si se tratase de una acción declarativa de dominio (si no hay condena de restitución por el demandado), sin que ello afecta el principio procesal de congruencia; lo cual indica que estamos en presencia de un criterio judicial consolidado.

La acción reivindicatoria incluye también a la acción declarativa de dominio de mejor derecho de propiedad. En tanto que la acción reivindicatoria es una acción plenaria entablada por el propietario para que se le reconozca como tal. Siendo ello así, dentro de la *rei vindicatio* se puede actuar todo tipo de pruebas para determinar quien es el propietario del bien (o quien tiene mejor “derecho de propiedad”, lo cual viene a ser lo mismo).²¹

5. ACCIÓN NEGATORIA.

5.1. Acción negatoria en el derecho romano.

En sus comienzos, en el sistema jurídico romano, la acción negatoria (*negatoria servitutis*) tenía por misión la tutela de la propiedad contra una alegación infundada de servidumbre, o sea contra servidumbre que' otro se atribuía sobre el bien; «Sólo merced a los intérpretes y en armonía

²¹ Cfr. sobre el tema el GONZALES BARRON, Gunther; ob. Cit. pp. 448 y ss.

con todo el sistema jurídico moderno, llegó a ser una acción oponible contra cualquier derecho de que alardee otro sobre la cosa». La noción pues se amplió «en el sentido de poder oponerse a la inquietación derivada de cualquier supuesto derecho, además del que consistiría en una servidumbre»

En efecto, las legislaciones y autores modernos, ya no sólo la restringen a las servidumbres, sino también a todo tipo de cargas y gravámenes (anticresis, usufructo, habitación, uso inmobiliario, etc.).

5.2. Definición.

Llamada también *negatoria servitutis* o acción de libertad de la propiedad, es la figura opuesta a la acción declarativa de dominio. Mediante ella el propietario de un inmueble, pretende que se declare que su bien no se encuentra sometido al derecho real que otro se atribuye sobre él; es decir, que se encuentra exento de cargas y gravámenes.

Tan igual como en el derecho romano, esta acción “negatoria”, esta destinada por que niega el derecho del demandado; se trata de una acción real en la que el propietario hace efectivo su derecho frente a quien perturba su propiedad mediante el ejercicio de una servidumbre o cualquier otro derecho real que no tiene.

Se trata de una acción petitoria, pero no reivindicatoria, con la cual, dice MESSINEO²², "el propietario tiende a desconocer (negar) el derecho real ajeno sobre la cosa, o sea, afirmar y hacer declarar por el juez que la cosa (por lo general inmueble) está franca y libre, esto es, exenta de una determinada carga, o que la carga es inexistente (en particular: servidumbre, usufructo, uso inmobiliario, habitación, enfiteusis, etc.); cuando haya motivo para temer de ello un perjuicio; la misma, por tanto, es, de ordinario, “acción de declaración negativa de certeza”.

En buena cuenta, el dueño desconoce los derechos reales que otra persona pretenda irrogarse sobre su propiedad y que, en consecuencia, ella está libre de cargas o restricciones.

Por tanto, su finalidad es:

- a) declarar, frente al demandado, que la propiedad está, libre de una carga o derecho real,
- b) Obtener que el demandado cese de perturbar la propiedad, reintegrando al actor la plenitud del ejercicio del derecho de propiedad.

Pero es de mencionar que nuestro código civil no regula a esta acción.

²² En: RAMIEZ CRUZ, María. Ob. Cit.

5.3. Requisitos y solución.

Los requisitos que deben probarse en la acción negatoria son los siguientes:

- a) La propiedad del demandante no se requiere probar que el bien está libre de cargas o gravámenes, pues la propiedad se reputa libre, y quien invoca la existencia de una carga real debe probarlo (art. 200 C.P.C).
- b) La perturbación del demandado: originalmente se entendía realizada la perturbación con el ejercicio de un derecho real que el demandado no tenía. En cambio, si la perturbación era meramente fáctica, entonces el remedio procedente era exclusivamente el interdicto. Sin embargo, modernamente, y siguiendo la aspiración de la legislación alemana, se admite que la negatoria proceda cuando existan perturbaciones de simple hecho. En esta concepción, la negatoria corresponde al propietario frente a quien le perturba ilegítimamente de cualquier modo, y tiene por fin hacer cesar la perturbación y exigir la abstención de perturbaciones futuras. El campo de la acción negatoria se extiende aquí a la defensa de la propiedad contra cualquier inmisión ilegítima en el ámbito de las relaciones de vecindad.

El ordenamiento jurídico peruano no contempla específicamente la "acción negatoria", ¿Cómo interpretar este silencio? Teniendo en cuenta que la propiedad es el derecho que concentra todos los aprovechamientos sobre un mismo bien, no parece difícil de admitir un remedio que pretenda tutelar al propietario frente a las intromisiones jurídicas de quienes pretendan ejercer un derecho real que no tengan, o de quien efectúe una perturbación de hecho mediante intromisiones ilegítimas. Puede decirse que: "quien puede lo más (reivindicatoria), puede lo menos (negatoria)". En este contexto, debe recordarse que el art. 961 C.C. consagra una modalidad de tutela inhibitoria en el caso de intromisiones de hecho en perjuicio del propietario, y *con* origen en las relaciones de vecindad entre fincas, lo cual bien puede reputarse como una acción negatoria con perspectiva germánica.

La acción negatoria se convierte en un remedio de tutela INHIBITORIO, pues busca poner en su lugar a una situación ilegítima. La diferencia entre el interdicto y la acción negatoria (cuando éste también protege interferencias de hecho) es que la primera constituye un remedio de tutela del poseedor, mientras la segunda lo es del propietario.

6. LA ACCIÓN DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO.

6.1. Acción de deslinde.

6.1.1. Definición. El deslinde es una operación por la cual se traza en el propio terreno o en una superficie imaginaria (plano) los linderos que dividen dos o más fincas.

6.1.2. Régimen legal.

Artículo 966 C. C. *“El propietario de un predio puede obligar a los vecinos, sean propietarios o poseedores, al deslinde y al amojonamiento”*

Es de prever que el deslinde procede cuando exista confusión de límites, y se utiliza principalmente en los siguientes casos.

- a) Cuando existe indeterminación de los linderos, sea porque los títulos son defectuosos, o simplemente porque los títulos no existen. En esta hipótesis, el juez deberá, prácticamente, crear los linderos que separan a las fincas, para lo cual se servirá de todo medio de prueba, ya sea el plano catastral municipal o rural, ya sea cualquier signo de posesión sobre las franjas de terreno en conflicto.

Este caso es propio de las fincas no inscritas, por cuanto la inmatriculación exige que se determine el ámbito físico de la finca (art. 44-3 Reglamento de Inscripciones). No obstante, es también posible hallar este problema en el caso de las fincas inscritas cuando los títulos son defectuosos, o cuando las inmatriculaciones son muy antiguas, sin haberse actualizado la información Registral correspondiente a los datos de hecho de la finca.

- b) Cuando los linderos se encuentran perfectamente establecidos en los títulos, pero resulta necesario practicar la demarcación sobre el terreno, entonces se busca eliminar en la realidad física toda duda sobre los confines de las fincas en litigio. En este caso, el deslinde no es un acto inscribible, pues se trata de una operación material de fijación de linderos. Inmediatamente resuelto el deslinde de las fincas "sobre el terreno", se realiza el amojonamiento, es decir, la colocación de hitos o señales que dividen a los inmuebles físicamente.

De ahí que se colija, que el deslinde no tiene un propósito *recuperatorio*, sino que busca aclarar la confusión de linderos contra colindantes vecinos.

6.2 El Amojonamiento. El amojonamiento o acción de fijación de hitos o términos es considerado una acción personal y no real. Mediante ella se procede a la delimitación material de dos predios (cuyos fines no son controvertidos ni negados), mediante colocación (a costa común de los

dos propietarios) de los signos (hitos o mojones) que faltan o que hayan llegado a ser no reconocibles.

El amojonamiento es una operación complementaria al deslinde, sostiene GONZÁLES BARRÓN²³, pues presupone conocer con certeza los linderos de dos fincas a fin de realizar la operación material de marcar con hitos o mojones los linderos (o límites) establecidos es una facultad inherente a la propiedad y, en consecuencia, imprescriptible. Esta complementariedad se advierte claramente en la literalidad del art. 966 C.C. Es más, el propietario puede cercar el predio (art. 965 C.C.); en teoría se distingue el cercado de la finca como acto unilateral, mientras que el amojonamiento es acto bilateral (o sustituido por decisión judicial) de los propietarios de las fincas vecinas. Al decir de LA CRUZ BERDEJO, “*el simple trazado físico de los límites por uno de los colindantes no equivale al amojonamiento*”.

7. La Acción publiciana.

7.1. Definición.

En el derecho romano era admitida la figura conocida como la publiciana *in rem actio*, o acción publiciana. Su nombre lo debe al pretor Publicio (contemporáneo a Cicerón), que fue quien la introdujo. Se justificaba en tanto el actor reivindicante ostentara un mejor derecho que el demandado.

En virtud de dicha acción, “bastaban simples presunciones de propiedad (prueba menos plena) fundadas sobre la posesión, en cuanto este fuese avalado por la existencia de un título de adquisición y por la buena fe, y que oponían al reivindicante en situación superior a la del poseedor de título inferior o privado de título”.

7.2 Contexto de la acción.

La prueba del derecho de propiedad -principalmente inmueble- siempre ha revestido una naturaleza compleja e intrincada, relacionada sobre todo con el título de adquisición, pudiendo caer en la llamada *probatio diabólica*. A falta de elementos que prueben en forma indubitable la transmisión, se ha recurrido -y se recurre- a la unión de las posesiones en el tiempo, esto es, a la usucapión. Pues bien, en el derecho romano, se exigía rigurosamente que el reivindicante, previamente, hubiera probado el dominio por usucapión. De no suceder así, entonces el poseedor estaba amparado por la acción publiciana.

De ahí que, entonces, la *publiciana in rem actio* favorecía específicamente al usucapiente, es decir a quien tuviere en curso una usucapión (pero que todavía no se había cumplido el transcurso del período de tiempo exigido para usucapir). En esa situación la ley acudía

²³ Ob. Cit. pp. 458 y ss.

en defensa del usucapiente, quien podía reivindicar la cosa, a través de la acción publiciana; Que era una *actio ficticia* puesto que se basaba en la ficción o supuesto que "el tiempo para usucapir ya hubiera transcurrido totalmente". Es decir, el usucapiente ya era considerado como propietario frente a otro menor o inferior derecho. Ello permitía al usucapiente ejercitar la *publiciana in rem actio* contra quien tenía un título inferior o carecía de él. Y, correlativamente, de ahí se infiere que no podía emplearla contra el verdadero dueño o contra quien poseyera con mejor derecho.

En síntesis, la acción publiciana es la tutela de la posesión en concepto de dueño fundada en un título de buena fe, pero que todavía no se ha consumado como usucapición. Se pueden citar como normas caracterizadoras de la publiciana las siguientes:

- a) Corresponde la acción publiciana al poseedor en concepto de dueño contra quien ostente una situación jurídica inferior.
- b) La posesión de buena fe del actor debe ampararse en un justo título, sobre el que fundamente su demanda.
- c) No se exige en el actor la prueba de la propiedad, por lo que alcanzar el éxito será más simple, pero no producirá efectos de cosa juzgada con respecto a la propiedad.
- d) La acción publiciana se entiende concedida también al dueño, quien en este caso la utilizará como vía facilitadora del ejercicio de su derecho.

La acción publiciana, a pesar de ser un remedio válido para defender un mejor derecho contra otro, no está regulada en la mayoría de legislaciones, y por cierto tampoco por la peruana. Hay que advertir que de ninguna manera puede ser confundida con el interdicto de recobrar, que es inferior a él.

7.3. La excusa en la legislación actual.

La admisión publiciana tiene un obstáculo, en opinión de GONZÁLES BARRÓN, insuperable: de otorgarse tutela judicial al poseedor en concepto de dueño, se estaría contraviniendo a la posesión en un derecho subjetivo reconocido y amparado por el ordenamiento jurídico, siendo que la posesión es un hecho con consecuencias jurídicas tutelado exclusivamente a través de los remedios posesorios (interdictos), pero que no se eleva por sí mismo a la categoría de derecho subjetivo. Como lo es el de la propiedad.

Finalmente, el reconocimiento de la acción publiciana implicaría admitir un "mejor derecho a poseer" por parte del poseedor usucapiente de buena fe. Es aquí donde se presenta descarnadamente la inconsistencia de esta acción. En efecto, si esta acción tutela la posesión "*ad usucapionem*" ILEGITIMA DE BUENA FE (por definición, la posesión "*ad*

usucapionem” nunca es legítima), entonces estaríamos llamando “mejor derecho a poseer” a lo que en realidad es un simple hecho, e incluso de carácter antijurídico por cuanto lesiona un derecho ajeno de un propietario. Téngase en cuenta que la posesión en vías de usucapión NUNCA ES UN DERECHO (no existe el "derecho a usucapir"), ni genera "mejor derecho a poseer", menos aún si el pretendido usucapiente perdió la posesión y dejó de instar en tiempo oportuno la vía interdictal. Por tanto, la conclusión es inevitable: un "no-derecho" (como la posesión "*ad usucapionem*") jamás puede convertirse en un "derecho", salvo en la hipótesis de la usucapión, pero no antes. La opinión favorecedora de la acción publiciana olvida esta inferencia, y pretende en tal medida el reconocimiento de un arbitrario "mejor derecho a poseer". Por otro lado, es suficientemente indicativo para descartar la vigencia de la acción publiciana la circunstancia de que nuestro ordenamiento jurídico no la regule ni la mencione (en palabras del citado autor).

No obstante lo expuesto por dicho autor, considero que si la *acción publiciana* se basa en el “mejor derecho a la posesión”, nada obsta que ante enfrentamientos de dicha naturaleza en la práctica real, se pueda plantear como pretensión ante quien ostente el mismo derecho, sin que medie propietario alguno, conociendo que la propiedad en nuestro medio no siempre esta debidamente acreditada, con título alguno, y que en muchos casos son transmitidos de generación en generación en forma consensuada sin documento alguno.

CONCLUSIONES

La propiedad es un derecho subjetivo que, en tanto prerrogativa reconocida por el ordenamiento jurídico, requiere de la existencia de una garantía externa que asegure la facultad que en él contenida no sea pura ilusión. Ahora bien, como esta garantía puede ser violada en los hechos, se hace necesario contar con mecanismos de reacción cuando se produzca una lesión.

Cuando la transgresión del deber lesiona el interés del titular del derecho subjetivo sin hacerla desaparecer, el mecanismo de tutela tiene como función eliminar el hecho que causa la referida lesión, para de esta manera recomponer el estado anterior de cosas, como lo son en los casos donde se plantea una acción reivindicatoria, como un ejercicio típico de una acción real.

Análoga a ésta, existen otros mecanismos de tutela de la propiedad, siempre vistas desde la óptica real. Es el caso de la acción declarativa de dominio y la acción negatoria; que si bien no son reguladas en nuestro Código Civil, nada obsta que puedan ser planteadas ante el Juzgador en defensa al derecho de propiedad.

Asimismo, si bien la discutida acción publiciana se basa en el “mejor derecho a la posesión”, nada obsta que ante enfrentamientos de dicha naturaleza en la práctica real, se pueda plantear como pretensión, conociendo que la propiedad

en nuestro medio no siempre está debidamente acreditada, con título alguno, y que en muchos casos son transmitidos de generación en generación en forma consensuada sin documento alguno.

El reivindicante funda la acción en su derecho de propiedad, pero lo que reclama no es la propiedad, sino la posesión del bien. Es pues una pretensión del bien de posesión basada en el derecho de propiedad; no obstante ello, ante las sendas ejecutorias de la Corte Suprema ha declarado que el ejercicio nominal de la acción reivindicatoria puede ser interpretado como si se tratase de una acción declarativa de dominio (si no hay condena de restitución por el demandado), sin que ello afecta el principio procesal de congruencia; lo cual indica que estamos en presencia de un criterio judicial consolidado.

BIBLIOGRAFIA

- **AVENDAÑO VALDEZ, Jorge.** “Atributos y caracteres del derecho a la propiedad”, Varios Autores, Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen I. P. U. C. P – Fondo Editorial, Lima 1988.
- **CUADROS VILLENA, Carlos.** ”Derechos Reales”. Tomo II. Primera Edición. Edit. RODHAS-1995.
- **COUTURE, Eduardo.** “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Editorial b de f Montevideo- Buenos Aires- 2005.
- **GONZALES BARRON, Gunther,** “Derechos Reales”, Primera Edición, Edit Jurista Editores, Lima -2005.
- **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** Derecho de la Responsabilidad Civil. Editorial Gaceta Jurídica, Lima – 2002.
- **RAMÍREZ CRUZ, Eugenio;** “Propiedad - Copropiedad” Tomo II, Primera Edición, Edit. P.U.C.-Lima-1999.
- **VÁSQUEZ RÍOS, Alberto;** “Derechos Reales-La Propiedad “Tomo III, Segunda Edición, Edit. San Marcos, 1996.