

*Las cenicientas del Derecho Civil y las
Acciones Reales**
The Civil Right Ashens and the Real Actions

José Antonio Silva Vallejo**
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v1i11.7>

- * Ponencia presentada en el Congreso Internacional del Derecho Civil “El Derecho Civil en el Perú hoy, propuestas y perspectivas de cambio”, Lima 2012.
** Catedrático principal de la UNMSM. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

Lex



Océano. (1987)

RESUMEN

El siguiente texto corresponde a la conferencia dictada por el autor con motivo del congreso de juristas sobre “El Derecho Civil en el Perú de hoy. Propuestas y perspectivas de cambio”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Alas Peruanas. En esta ponencia se desarrolla el tema de las Acciones Reales, que en opinión del autor carece de una regulación adecuada por parte de la legislación actual. Así, luego de ofrecernos una visión de la legislación de otros países en relación con las Acciones Reales, nos propone finalmente un Proyecto de Reforma de Código Civil referido al asunto en cuestión.

Palabras clave: *acciones reales, Derecho Civil, Código Civil.*

ABSTRACT

The following text tallies to the conference dictated by the author with jurists' reason of the congress on “The Civil Right in the Peru of today. Proposals and perspectives of change”, organized by the University Alas Peruanas Right Faculty. In this presentation the topic of the Real Actions that in the author's opinion lacks is developed. So, after offering us a vision of the legislation of other countries in relation to the Real Actions, he suggests an above-mentioned Civil Code Reform Project finally to the business in question.

Key words: *real actions, Civil Right, Civil Code.*

La conmemoración del décimo tercer aniversario de la fundación de la Facultad de Derecho de la Universidad Alas Peruanas, que da lugar al Congreso de Juristas que esta tarde inauguramos, es ocasión propicia para evocar las palabras con las que las antiguas “Partidas” del Rey Alfonso el Sabio definían a la universidad como el “ayuntamiento que fazen los alumnos e maestros para alcanzar los saberes”. ¡Ayuntamiento intelectual!; hermosa expresión, como todas las que empleaba el Rey Alfonso, que nos revela, mejor que ninguna, el sentido y finalidad de la universidad. Comunió n espiritual mancomunada para alcanzar los saberes. Reunión intimista para confraternizar con los valores del espíritu. He allí la esencia de la universidad. Y, como corolario, he allí la esencia de este Congreso de Juristas que hoy inauguramos para tratar sobre “El Derecho Civil en el Perú de hoy. Propuestas y perspectivas de cambio”.

La propuesta de quien os habla está referida a un tema crucial en la civilística peruana: las Acciones Reales. Como es sabido, el Libro V del Código Civil de 1984 adolece por completo de una regulación de las Acciones Reales. Igual suerte corrieron estas en el régimen del Libro IV del Código Civil de 1936, razón por la cual las he llamado “las cenicientas del Derecho Civil”; porque, análogamente a lo que sucedía en el célebre cuento infantil, en el cual me inspiro para hacer esta paráfrasis, había una vez cinco hermanas: las Acciones Reales, las Acciones Creditorias, las Acciones Sucesorias, las Acciones Personales y las Acciones Familiares. Pero, a diferencia de lo que sucedía con sus hermanas mayores —la teoría de las Obligaciones, la teoría de las Sucesiones y la teoría de las Personas y del Derecho de Familia—, que tenían innumerables admiradores, cortesanos, adulones y numerosos pretendientes, la teoría de las Acciones Reales era una pobre relegada al cuarto de las cenizas y olvidada de todos, no obstante que era la más hermosa. Y así pasaron los días y los años. Y aún continúa la mala suerte de la Cenicienta, porque entre todos los proyectos de reforma del Código Civil no he visto uno tan solo que, como el “príncipe azul” del cuento, la redima, la reivindique y la haga sentirse como lo que efectivamente es: la más hermosa de todas las teorías y de todas las acciones del Derecho Civil. Es, pues, trascendental para todos nosotros, una nueva reflexión sobre este tema olvidado o descuidado.

Las Acciones Reales, desde el Derecho Romano, pasando por toda la Tradición Romanista y el Derecho Civil Comparado, son: 1) La acción reivindicatoria, 2) La acción negatoria, 3) La acción confesoria, 4) La acción hipotecaria, 5) La acción de linderos, 6) La acción de división y partición, 7) La acción publiciana, 8) las acciones interdictales. Por mi parte, sostengo que las acciones sucesorias de Petitoria de Herencia y Reivindicatoria de Herencia no son acciones reales *strictu sensu*, sino acciones mixtas, por cuanto en ellas se da, además del elemento real que es la masa hereditaria o la cosa objeto del legado, un elemento de carácter estrictamente personal que es la vocación hereditaria, elemento personal, este, que no lo tiene uno cualquiera sino solo, única y exclusivamente, el heredero o, en su caso, el legatario.

La acción reivindicatoria es la acción real por excelencia. No obstante su grandeza y su carácter trascendental, por no estar definida en nuestro Código y por estar pésimamente tratada en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, ha dado lugar —y sigue dando lugar— a una serie de confusiones, errores y falacias de las que no se salva ni la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Doy fe de ello, por cuanto, habiendo presidido durante muchos años la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, he tenido que hacer innumerables votos en disidencia o en discordia para refutar la tesis falaz de que “por no haberse acumulado a la reivindicatoria la acción de mejor derecho de propiedad es improcedente la demanda”. Gravísimo error que aún mantienen muchos magistrados, abogados y hasta profesores de Derecho, ignorando que el mejor derecho de propiedad *no es una acción sino una cuestión probatoria inserta en el seno mismo de la acción reivindicatoria.*

El mejor derecho de propiedad resulta de comparar los títulos de una y otra parte para dejar establecido cuál de ellos es el más antiguo y, en consecuencia, establecer, a la luz del principio *prius in tempore potior in jure* (primero en el tiempo, mejor en el Derecho), cuál es el mejor derecho de propiedad en el contradictorio, y así resolver la *litis*.

¿Cuál es la causa de esta grave confusión? Creo que ello resulta de la ignorancia del Derecho Romano y del Derecho Civil Comparado. Pero, además, hay otra concausa que radica en que ni nuestros civilistas ni nuestros procesalistas han leído la doctrina de Windscheid.

Bernhard Windscheid fue un notable pandectista alemán, acaso el más docto de todos ellos, y por eso lo llamaban el “príncipe de los pandectistas alemanes”. Nacido en Dusseldorf el 20 de junio de 1817, murió en Leipzig el 26 de octubre de 1892. Fue profesor en Munich, Heidelberg y Leipzig, y miembro de la Comisión Redactora del Código Civil Alemán. En 1856 escribió una obra trascendental: *La actio del Derecho Civil Romano, desde el punto de vista del Derecho actual*, en la cual sostuvo que “el Derecho Romano no fue un sistema de derechos sino un sistema de pretensiones y de acciones” (página 8 de la traducción castellana por Tomás Banzhaf, E.J.E.A., Buenos Aires, 1974). Acaso por ignorar esta característica o

descuidar esta cuestión fundamental es que el Código Civil Peruano se pierde en una serie de disquisiciones teóricas olvidando u omitiendo que la acción “es el derecho en pie de guerra” y que las acciones constituyen la clave del Derecho. Solo a la luz de esta visión dinámica del Derecho, que es toda una concepción procesalística, podemos establecer los perfiles definitorios del sistema. Y esto es lo que falta en nuestra codificación, que, por no sistematizar debidamente las acciones, deviene en un sistema trunco y mutilado, inepto para la controversia y la dialéctica forense, que tanto necesita de estas armas e instrumentos de lucha para una cabal argumentación. Y es que la sentencia es el pronunciamiento de fondo sobre la acción ejercitada a la luz de las pruebas actuadas en el contradictorio. Y si el legislador no ha definido cabalmente las acciones, la lucha forense se convierte en una fantasmagoría de sombras y de planteamientos confusos, como un *aquelarre diabólico que es preciso exorcizar*. Mi larga experiencia como magistrado me demuestra que los abogados en la dialéctica forense no saben plantear las acciones que técnicamente corresponden a los hechos en la *litis*; y ello se debe, en gran parte, a que el legislador no ha sabido definir, ni tipificar, normativamente, las acciones configurantes de un derecho. Ello es la causa de la bruma que ensombrece a la dialéctica forense. Y, por tanto, así arranca la crisis del mundo judicial peruano en la que solo se acusa a los jueces y, en menor medida, a los abogados. En mi opinión, la crisis del Derecho tiene cuatro grandes acusados: el legislador por darnos malas leyes, los abogados por no saber ejercitar las acciones definitivas de las *litis*, los jueces por no saber resolver en justicia lo que corresponde a los hechos en la *litis*, y la casación por omitir los hechos en el contradictorio. Para no hablar de más, me remito a lo que he sostenido en: *La crisis de la casación. Necesidad de derogarla y de sustituirla por el recurso extraordinario de injusticia procesal y el certiorari* (Lima: Ara Editores, 2010), “La crisis de la magistratura y la reforma del proceso civil en el Perú y en la legislación procesal comparada” (publicado en mi libro *La Ciencia del Derecho Procesal*. Lima: Ediciones Fecat, 1991, p. 919 y ss.), “Creación jurídica y Derecho Judicial” (publicado en obra citada, p. 799 y ss.), “¿Reforma o revolución procesal en el Perú?” (publicado en obra citada, p. 939 y ss.), *Filosofía del Derecho* (2ª edición aumentada. Lima: Ediciones Legales, 2012), *Historia General del Derecho* (2ª edición. Lima: Universidad Alas Peruanas, 2012).

En el Derecho Romano, según nos lo recuerda Bonfante, “la reivindicación era la acción mediante la cual el propietario pedía el reconocimiento de su derecho frente al poseedor y, en consecuencia, planteaba la restitución de la cosa, con todos sus accesorios. La acción competía al propietario que no poseía contra el poseedor”.¹

En el Derecho Civil Comparado debemos al Código Civil Argentino uno de los textos más claros sobre esta cuestión difusa y problemática, que no tuvieron en cuenta ni don Al-

¹ Pedro Bonfante. *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Editorial REUS, 1965, p. 296 y ss.

fredo Solf y Muro, ponente del Libro IV del Código Civil Peruano de 1936, ni don Jorge Avendaño, ponente del Libro V del Código Civil Peruano de 1984. En cambio, don Dalmacio Vélez Sarsfield resolvió magistralmente esta crucial cuestión en el Código Civil Argentino promulgado el 29 de setiembre de 1869, vigente desde el 1 de enero de 1871. Vélez Sarsfield nació en Amboy, un pueblito perteneciente a la intendencia de Córdoba, el 18 de febrero de 1800, y murió en Buenos Aires, el 30 de marzo de 1870. Estudió en la Universidad de Córdoba, y luego de ejercer la abogacía y la cátedra fue encargado por el Presidente Urquiza de redactar el Proyecto de Código Civil, lo que fue ratificado por el Presidente Mitre, y culminada su labor, entregó el proyecto al Presidente Domingo Faustino Sarmiento, quien lo promulgó. El pensamiento de Vélez Sarsfield se inspiró en las doctrinas de POTHIER, “el padre del Código Civil francés”, cuyo pensamiento jurídico sirvió de fuente de inspiración a los redactores del *Code Napoléon*, “quienes no hicieron más que numerar en artículos los párrafos de su inmortal *Tratado de las Obligaciones*”, según el decir de Marcadé; y en cuanto a la crucial problemática de los Derechos Reales, se inspiró en el otro gran libro de Pothier: *Tratado de la propiedad, de la posesión y de la prescripción*, pero, además, también se inspiró en el pensamiento jurídico de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS expuesto en su *Esboço*, así como en su *Consolidação das Leis Civis*, que constituyó la fuente obligada de consulta en el pensamiento de Vélez Sarsfield. Sentado ello, me remito a los textos del Código Civil Argentino, cuyo artículo 2756 establece que “acciones reales son los medios de hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, con el efecto accesorio, cuando hubiere lugar, de indemnización del daño causado”.

Artículo 2757. Las acciones reales que nacen del derecho de propiedad son: la acción de reivindicación, la acción confesoria y la acción negatoria.

Artículo 2758. La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella.

Artículo 2759. Las cosas particulares de que se tiene dominio, sean muebles o raíces, pueden ser objeto de la acción reivindicatoria y lo mismo las cosas, muebles o inmuebles.

Artículo 2760. Son reivindicables los títulos de crédito que no fuesen al portador, aunque se tengan cedidos o endosados si fuesen sin transferencia de dominio, mientras existan en poder del poseedor imperfecto, o simple detentador.

Artículo 2761. Son también reivindicables las partes ideales de los muebles o inmuebles, por cada uno de los condóminos contra cada uno de los coposeedores.

Artículo 2762. No son reivindicables los bienes que no sean cosas, ni las cosas futuras, ni las

cosas accesorias, aunque lleguen a separarse de las principales, a no ser estas reivindicadas, ni las cosas muebles cuya identidad no puede ser reconocida, como el dinero, títulos al portador o cosas fungibles.

Artículo 2763. Si la cosa ha perecido en parte, o si solo quedan accesorios de ella, se puede reivindicar la parte que subsista o los accesorios; determinando de un modo cierto lo que se quiere reivindicar.

Artículo 2764. Una universalidad de bienes, tales como una sucesión cuestionada, no puede ser objeto de la acción de reivindicación; pero puede serlo una universalidad de cosas.

Artículo 2765. El que ha perdido, o quien se ha robado una cosa mueble, puede reivindicarla, aunque se halle en un tercer poseedor de buena fe.

Artículo 2766. La calidad de cosa robada solo es aplicable a la sustracción fraudulenta de la cosa ajena, y no a un abuso de confianza, violación de un depósito, ni a ningún acto de engaño o estafa que hubiese hecho salir la cosa del poder del propietario.

Artículo 2767. La acción de reivindicación no es admisible contra el poseedor de buena fe de una cosa mueble, que hubiese pagado el valor a la persona a la cual el demandante la había confiado para servirse de ella, para guardarla o para cualquier otro objeto.

Los artículos sucesivos del Código Civil Argentino, largos de enumerar, desde el 2768 hasta el 2794, constituyen la minuciosa analítica de la aporética y problemática de la acción reivindicatoria, que ni nuestro legislador ni nuestra doctrina, salvo contados casos de nuestra jurisprudencia, se han dignado tener en cuenta para resolver, *de iure condendo*, la problemática de nuestra reivindicación.

La acción negatoria es resuelta por el Código de VÉLEZ SARSFIELD en los artículos 2800 al 2806 del Código citado:

Artículo 2800. La acción negatoria es la que compete a los poseedores de inmuebles contra los que le impidiesen la libertad de ejercicio de los derechos reales, a fin de que esa libertad sea restablecida.

Artículo 2801. La acción negatoria corresponde a los poseedores de inmuebles y a los acreedores hipotecarios impedidos de ejercer libremente sus derechos.

Artículo 2802. Se da contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, arrogándose sobre él alguna servidumbre indebida.

Artículo 2803. La acción debe tener por objeto accesorio privar al demandado de todo ulterior

ejercicio de un derecho real, y la reparación de los perjuicios que su ejercicio anterior le hubiese causado, y aun obligar al demandado a asegurar su abstención por una fianza.

Artículo 2804. Puede también tener por objeto reducir a sus límites verdaderos el ejercicio de un derecho real.

Artículo 2805. Al demandante le basta probar su derecho de poseer o su derecho de hipoteca, sin necesidad de probar que el inmueble no está sujeto a la servidumbre que se le quiere imponer.

Artículo 2806. Probándose que el acto del demandado no importa el ejercicio de un derecho real, aunque el poseedor fuese accidentalmente impedido en la libre disposición de su derecho, la acción, si hubo daño causado, será juzgada como meramente personal.

La otra gran acción consagradoria de los Derechos Reales es la *acción confesoria*. El gran romanista BONFANTE nos recuerda que en el Derecho Romano “la *actio in rem*, constituida para la tutela de la servidumbre llamábase *vindicatio servitutis*, y en el lenguaje de los compiladores justinianos *actio confessoria*, ya que tiene por objeto hacer confesar al propietario que existe un derecho de servidumbre sobre la cosa suya. El actor debe probar la existencia de la servidumbre, y en las servidumbres prediales también la propiedad del fundo dominante. El titular de la servidumbre obtiene mediante esta acción el restablecimiento en el ejercicio de su derecho, el resarcimiento de los daños, y, tratándose del usufructo, la restitución de los frutos; a este efecto consigue también ser garantido contra futuras perturbaciones mediante *cautio de amplius non turbando*”².

En el Derecho Civil Comparado es preciso recurrir, una vez más, al pensamiento del ilustre VÉLEZ SANSFIELD, en cuyo Código Civil el artículo 2795 define a la acción confesoria como “la derivada de actos que de cualquier modo impidan la plenitud de las servidumbres activas, con el fin de que los derechos y las servidumbres se restablezcan”.

El artículo 2796 del Código Argentino establece que “compete la acción confesoria a los poseedores de inmuebles, cuando fuesen impedidos de ejercer los derechos inherentes a la posesión, a los titulares verdaderos o putativos de servidumbres activas, cuando fuesen impedidas de ejercerlas: a los acreedores hipotecarios de inmuebles dominantes cuyos poseedores fuesen impedidos de ejercer derechos inherentes a su posesión”.

Artículo 2797. La acción confesoria se da contra cualquiera que impida los derechos inherentes a la posesión de otro o sus servidumbres activas.

Artículo 2798. Le basta al actor probar su derecho de poseer el inmueble dominante cuando el

² Pedro Bonfante. *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Editorial REUS, 1965, p. 348

derecho impedido no fuese servidumbre; y su derecho de poseer el inmueble dominante o su servidumbre activa o su derecho de hipoteca, cuando fuese tal el derecho impedido.

Bajo la inspiración de VÉLEZ SARSFIELD, de la influencia de la escuela civilista argentina y del Código Civil del gran maestro de Córdoba, el Código Civil Paraguayo de 1985 ha establecido en su artículo 2407 que “La acción reivindicatoria compete al propietario de la cosa y a los titulares de Derechos Reales que se ejercen por la posesión. La acción de reivindicación y las demás acciones reales son imprescriptibles”.

Artículo 2408. La acción de reivindicación se da contra el poseedor que está obligado a restituir la cosa, o que la adquirió del reivindicante o de su autor, aunque fuese de buena fe, por un título nulo o anulable. Procederá también contra el poseedor actual que la obtuvo de un enajenante contra quien procedía dicha acción, salvo lo dispuesto en este Código respecto de los adquirientes de derechos sobre inmuebles a título oneroso y de buena fe.

De igual modo a lo que sostuvimos precedentemente al tratar sobre la acción reivindicatoria en el pensamiento de VÉLEZ SARSFIELD, los artículos sucesivos de su filial, el Código Civil Paraguayo, largos de enumerar, desde el 2409 hasta el 2437, constituyen la minuciosa analítica de la aporética y problemática de la acción reivindicatoria, que ni nuestro legislador ni nuestra doctrina, salvo contados casos de nuestra jurisprudencia, se han dignado tener en cuenta para resolver *de iure condendo* la problemática de nuestra reivindicación.

La *acción confesoria* está consagrada en el Código Civil Paraguayo de 1985 en los artículos 2438 al 2440, según los cuales:

Artículo 2438. Procederá la acción confesoria contra quien impidiere de cualquier modo la plenitud de los derechos reales, a fin de que se la restablezca.

Artículo 2439. Compete la acción confesoria: a) a los poseedores de inmuebles con derechos de poseer; b) a los titulares verdaderos o putativos de servidumbres activas; y c) a los acreedores hipotecarios de inmuebles dominantes.

Artículo 2440. Si el inmueble dominante o sirviente perteneciere a diversos poseedores con derecho de poseer, la acción confesoria corresponderá a cada uno de ellos y contra cada uno de ellos, en los casos previstos en los artículos anteriores, y la sentencia perjudicará o aprovechará a todos en su efecto principal, pero no en el accesorio de la indemnización del daño causado.

La *acción negatoria* está consagrada en el Código Civil Paraguayo de 1985 en los artículos 2441 al 2442, según los cuales:

Artículo 2441. Procede la acción negatoria contra quien impidiere la libertad en el ejercicio de

los derechos reales, con el fin de que ella se restablezca. Corresponde: a) a los poseedores de inmuebles con derecho a poseer; b) a los acreedores hipotecarios, perjudicados en su derecho; y c) a quien se viere perturbado por cualquiera que se atribuya indebidamente una servidumbre.

Artículo 2442. Si el hecho que se opusiere al libre ejercicio del derecho, no importare arrogarse un derecho real, la acción por el daño causado, si procediere, solo será juzgada como personal.

No puedo concluir esta exposición sin citar al gran Código Civil Italiano de 1942, que aún sigue constituyendo un modelo en el Derecho Civil Comparado y cuyo ponente en el Libro III, que trata de la “Propiedad”, fue el maestro Ludovico Barassi.

Ludovico Barassi nació el 3 de octubre de 1873 y murió el 6 de febrero de 1961, a las 5 de la mañana, cuando tenía 88 años. Con Barassi desapareció el *último* patriarca de los “caposcuola”, a los que Betti llamaba “la edad patristica” de la ciencia civilística italiana. A los 22 años obtuvo la “laurea” en jurisprudencia, y a continuación se fue a perfeccionar en la Universidad de Berlín, bajo la enseñanza de Lothar Alfred Pernice (1841-1901), el gran autor de Marcus Antistius Labeón; de Otto von Gierke y del pandectista Heinrich Dernburg. Arribó a la cátedra universitaria en 1900 para dictar cátedra en Perugia, Genova, Pavia y, desde 1924, en la Universidad Católica del “Sacro Cuore” de Milán, en la cual fue declarado profesor emérito después de dictar los cursos de Derecho Civil y Derecho del Trabajo.

Sus obras fundamentales son: *I diritti reali limitati. In particolare l'usufrutto e le servit*, Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1947; *La proprietà nel nuovo codice civile*, seconda edizione riveduta, Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1943; *Le successioni per causa di morte*, terza edizione riveduta, Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1947; *La familia legitima nel nuovo Codice Civile*, terza edizione aumentata, Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1947. Además escribió *Teoria della ratifica del contratto annullabile*, que es toda una piedra miliar en la doctrina del negocio jurídico unilateral. Por sus brillantes perfiles civilísticos, fue llamado a integrar la “Comisión Real para la reforma del Código Civil”, en la que fue ponente del Libro II, que trata “De las cosas y de los Derechos Reales”.

Las Acciones Reales en el Código Civil Italiano están consagradas en los artículos 948 al 951 y 1079, según los cuales:

Artículo 948. Acción de reivindicación. El propietario puede reivindicar la cosa de quienquiera que la posea o detente y puede proseguir el ejercicio de la acción aun cuando este, después de la demanda, haya cesado, por hecho propio, de poseer o detentar la cosa. En tal caso, el demandado está obligado a recuperarla para el actor a su propia costa o, en su defecto, a abonarle su valor, además de resarcirle el daño. El propietario, si consigue directamente del nuevo poseedor o detentador la restitución de la cosa, está obligado a restituir al anterior poseedor o detentador la suma recibida

en lugar de ella. La acción de reivindicación no prescribe, salvo los efectos de la adquisición de la propiedad por parte de otros por usucapión.

Artículo 949. Acción negatoria. El propietario puede accionar para hacer declarar la inexistencia de derechos afirmados por otros sobre la cosa, cuando tiene motivo para temer un perjuicio a consecuencia de ello. Si existen también perturbaciones o molestias, el propietario puede pedir que se ordene su cesación, además de la condena al resarcimiento del daño.

Artículo 950. Acción de reglamentación de linderos. Cuando el lindero entre dos fundos es incierto, cada uno de los propietarios puede pedir que se establezca judicialmente. Se admite todo medio de prueba. En defecto de otros elementos, el Juez se atiene al lindero delineado por los planos catastrales.

Artículo 951. Acción para establecimiento de linderos. Si los linderos entre fundos contiguos faltan o se han hecho irrecognoscibles, cada uno de los propietarios tienen derecho de pedir que se establezca o que se restablezcan a costa común.

Artículo 1079. Acción confesoria. El titular de la servidumbre puede hacer reconocer en juicio su existencia contra quien niega su ejercicio y puede hacer cesar los eventuales impedimentos y turbaciones. Puede pedir también que las cosas se reintegren a su anterior estado, además del resarcimiento de los daños.

Para concluir, permítaseme dejar establecido que las acciones y los hechos constituyen la clave del Derecho. Esta soberanía ha sido pasada por alto por todos los juristas en el Perú que siguen ensimismados en sus ensueños teóricos de las teorías puras y abstracciones académicas del Derecho, mutiladas de acciones y carentes de hechos, ausentes del Derecho Comparado y de la Tradición Romanista, tercios en su dogmática del ensueño casatorio. Despertad y abrid los ojos ante la realidad de nuestra crisis. No os resintáis por mis palabras que solo obedecen a una sana crítica que, en todo caso, solo se inspira en la célebre frase del estagirita: *“Amicus Plato, sed magis árnica veritas”* (“Maestros: más grande que vuestra amistad es la verdad”).

Y, no obstante las deformaciones positivoides y las desinterpretaciones a que da lugar el paralogismo del *dura lex sed lex*, que es una falacia, pienso, inspirándome en el pensamiento del profesor WALTER SCHÖNFELD, que el Derecho, en su fría objetividad, desligado de los hechos y del juez y su sentencia, es una abstracción muerta y sin esperanza. Con fe en la justicia, concluyo sosteniendo que “solo en la interpretación se concreta el Derecho en su plena realidad”.

Para ahorraros el esfuerzo hermenéutico de la interpretación analógica y recurrir a los interdictos —lo que de por sí es toda una falacia—, al sofisma de *“ignorancia del argumento”* o *“ignoratio elenchi”*, que, en el caso, consiste en ignorar u omitir, cual sea, la acción real per-

tinente para resolver una cuestión de hecho, me permito proponer el siguiente Proyecto de Reforma del Código Civil.

Artículo 927 a. Las acciones reales son imprescriptibles y tienen por objeto obtener una sentencia declarativa de existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, con los efectos accesorios de indemnización por el daño causado, pago de frutos y nulidad o rectificación del asiento registral del demandado en tanto y en cuanto colisione con el asiento registral del demandante.

Artículo 927 b. La acción reivindicatoria es la acción real por excelencia y tiene por objeto condenar al demandado o *litis-consortes*, si lo hubieren, a devolver la cosa o universalidad de cosas que posean o detenten indebidamente.

Artículo 927 c. El mejor derecho de propiedad no es una acción sino la cuestión probatoria resultante de la apreciación crítica de la prueba actuada en el proceso a la luz de los principios de buena fe, prioridad en el tiempo y legitimación registral. El debido proceso deberá atender la eventual situación del tercero del contrato, del tercero del registro y del tercero del proceso.

Artículo 927 d. La acción negatoria es la acción real planteada por el propietario para negar al demandado el ejercicio de un derecho real sobre la cosa o para hacer declarar la inexistencia de derechos afirmados por otros sobre la cosa cuando tiene motivos para temer un perjuicio.

Artículo 927 e. La acción confesoria tiene por objeto la declaración de la existencia de una servidumbre contra quien niegue su ejercicio.

Artículo 927 f. La acción publiciana es la que tiene el poseedor que ya no pueda accionar interdictalmente, que está en vía de usucapir contra quien lo perturbe o lo haya despojado de su posesión. No procede contra el propietario o contra aquel que adquirió el bien por prescripción.

REFERENCIAS

- Bonfante, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Editorial REUS, 1965.
- Silva Vallejo, José Antonio. *La crisis de la casación. Necesidad de derogarla y de sustituirla por el recurso extraordinario de injusticia procesal y el certiorari*. Lima: Ara Editores, 2010.
- Silva Vallejo, José Antonio. *La Ciencia del Derecho Procesal*. Lima: Ediciones Fecat, 1991.
- Silva Vallejo, José Antonio. *Filosofía del Derecho*. 2ª edición aumentada. Lima: Ediciones Legales, 2012.
- Silva Vallejo, José Antonio. *Historia General del Derecho*. 2ª edición. Lima: Universidad Alas Peruanas, 2012.
- Windscheid, Bernhard. *La actio del Derecho Civil Romano, desde el punto de vista del Derecho actual*. Traducción castellana por Tomás Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974.

Recibido: 17/11/2012
Aprobado: 20/11/2012

