

LA OCUPACIÓN PRECARIA: DEL PRECARIUM A LA OCUPACIÓN PIDGIN

RAMIRO DE VALDIVIA CANO*

RESUMEN

En la ocupación precaria peruana está latente la propia red de espacios rebeldes con vocación pública, paralela a las prácticas informales de las ocupaciones pidgin de Roma. No sólo se trata de precarios en la clásica acepción o en la que da el art. 911 del Código Civil¹. La metodología de ocupación ya permite elaborar mapas de liberación de espacios abandonados de la ciudad -en particular los bienes abandonados debido a la especulación inmobiliaria, aquellos adquiridos por las mafias, o el patrimonio hereditario o público vacantes o en tela de juicio.

PALABRAS CLAVES

Precario, ocupación pidgin, pidgin cities, uti possidetis, beati possessores, derechos reales, propiedad.

KEY WORDS

Precaious, occupation pidgin, pidgin cities, uti possidetis, beati possessores, real, property-squatting.

SUMARIO

1.-Deontología de la institución jurídica de la precariedad. 2.-Historial del precarium 3.-Del precarium contemporáneo – la ocupación pidgin.

* Presidente de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, profesor Principal de la Universidad Católica de Santa María y Ex Decano de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. profesor de la Academia de la Magistratura – AMAG

I.-DEONTOLOGÍA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA PRECARIEDAD.

1.- Cada agrupación social es el tapiz en el que se entretajan los dos clásicos elementos complementarios: Por un lado: Las personas y grupos, miembros de ese cuerpo social; sujetos administrados o gobernados y a quienes les es inherente una dignidad esencial y permanente - los mandantes, en una comunidad democrática.

Y por otro, la magistratura: los medios o instituciones ordenados al fin de administrar o gobernar -que, en una comunidad democrática, son los mandatarios- cuyos funciones son, a su vez, encargadas a personas: magistrados, administradores o gobernantes, que constituyen la autoridad.

2.- En este tapiz, es notable el criterio deontológico y primario de toda la magistratura: Administrar justicia es buscar el bien de grupo; cuyo criterio se halla en la base del principio de convergencia en el bien común; advirtiendo que "Summum ius summa iniuria"; como lo recordó el señor V. Rodolfo Walde en reciente mensaje. Pues bien, la razón última y vinculante en cada acto de la magistratura es la de servir a los mandantes y demás miembros del cuerpo social; y no el servirse de ellos. El bien común, -el que las personas buscan y pueden conseguir formando la comunidad social,- es expresión del bien moral. Es garantía del bien personal, familiar y comunitario.

3.- Tal es el espíritu que anima la convocatoria a este Pleno Casatorio² sobre la ocupación precaria. El magistrado está sometido a la búsqueda permanente del bien común, que constituye su tarea diaria. Debe arbitrar con los medios más adecuados para alcanzar ese objetivo, respetando en todo momento la capacidad de iniciativa de los miembros (personas o grupos) de la sociedad, en cuanto puedan realizar por sí mismos.

A su vez, todos estos - magistrados y no- magistrados, están en la obligación de contribuir, con su esfuerzo y su aporte y según sus propias capacidades, al logro de los fines sociales; en tanto no son meros receptores o beneficiarios pasivos; son creadores de aquello que reciben. Corresponde, por tanto, al magistrado, el deber de preocuparse por asegurar, mediante resoluciones justas, que los individuos, en la búsqueda legítima del bien particular, sirvan también al bien común. La bilateralidad de este precepto implica que, por su parte, los miembros de la comunidad, - señaladamente en el uso y disfrute de los bienes que otorga el derecho de propiedad,- deben tener en cuenta el servicio a los demás, en el marco de la justicia, que brota de la dimensión social de la propiedad.

4.- El primer principio (correspondiente al magistrado) se denomina de la subsidiariedad; el segundo (que incluye a todos los miembros de la comunidad) es el de la participación. La vitalidad de estos principios emerge en cada una de las etapas de la historia del Derecho que se propone revisar :

En esa visita, la trascendencia del Derecho Romano a lo largo de la historia universal y su influencia en el quehacer jurídico peruano son fácilmente advertibles. Más aún cuando se analiza instituciones tan actuales como la de la precariedad y el mismo perfil del Precario habere, entre otras interdicciones

que nacieron en la Roma clásica. Son innumerables las instituciones que fueron asumidas y perennizadas en el Derecho de los pueblos de Occidente y continúan ampliando su radio de inculturación.

- 5.- Así es como el IV Plenario Civil Casatorio (2011) de la Corte Suprema ha debatido a lo largo de nueve meses acerca de las connotaciones de la institución jurídica del desalojo del inmueble ocupado por el precario y la proficua polémica a que dio origen- parte de longevos conceptos del Derecho Romano. No es superfluo recordar que en el instituto del precarium, del Derecho Romano clásico, el precarista solía ser un “cliente” que impetraba a su patrón el favor de otorgarle el disfrute pleno y gratuito de un fundo de propiedad de aquél, como un recurso para mantenerse él y su familia. Ulpiano definía al precario de la siguiente forma: “Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu quamdiu i qui concessit patitur.” Aunque el patrón, el precario dans, podía revocar tal concesión en cualquier momento, lo cierto es que la concesión se convertía usualmente en vitalicia o era de larga. No era infrecuente que se prolongase durante generaciones para la utilización, con ese fin, del legado sinendi modo o para otros fines.

II.-HISTORIAL DEL PRECARIUM

- 6.-Debe indicarse que, en el Derecho Romano, el contrato de precario era concebido como aquel contrato por el que una persona concedía a otra el uso gratuito de una cosa con la facultad de revocárselo a su propio arbitrio. Por el contrato de precario, el patrón concedía la cosa in genere, a título de tolerancia, sin determinación del tiempo, finalidad ni modo.
- 7.- En la fase romana post- clásica el precarium deviene en un contrato innominado, afinado entre los derechos reales, que acaba por la muerte de su otorgante, pero mantiene su característica básica de ser una nítida posición posesoria esencialmente revocable; revocabilidad que viene determinada por el juego de la cláusula de posesión viciosa en el interdicto posesorio.
- 8.- Del precario derivan en la Edad Media distintas modalidades de concesiones de derechos reales vinculados al agro. Tal como lo ocurrido en las antiguas provincias romanas en las cuales, los terratenientes locales solían constituir sus ejércitos privados; al modo en el que los magnates de la metrópoli mantenían como patrones, sus grupos de “clientes” a los que brindaba a cambio, protección legal. Cuando alguien se interesaba en establecer una relación patrón- cliente, impetraba el patrocinium del magnate y lo formalizaba realizando el acto de Comendación, encomendándose o confiándose al cuidado de su patrón. El encomendado permanecía libre, obteniendo vestido y alimento en pago de sus servicios –cualquiera que ellos fueren. Si el hombre era de alguna clase alta, era llamado “Fidelis”, i.e. hombre fiel. En el período Carolingio, el término “Vassus” –que primigeniamente denotaba a un hombre de modestas circunstancias- había adquirido el significado de hombre que prestaba servicios militares a su patrón o señor. Ser Vassus, o vasallo, no era ignominioso. Era el nuevo nombre de un status ganado por el acto de encomienda personal.
- 9.- El patrón romano solía conservar para sí el título de propiedad del inmueble concedido, pero otorgaba al cliente el uso temporal de ella, junto con todos los beneficios de él derivados, por

todo el tiempo que se mantuviese la relación -con frecuencia, de por vida. Los magistrados carolingios adoptaron esta vieja práctica de la época clásica, para esta clase de tenencia utilizando el clásico término romano, Precarium, y a veces, el nuevo: Beneficium, para describir la relación establecida entre la tierra temporalmente otorgada a un vasallo en contraprestación por sus servicios. Hacia el año 1000, el acto de convertirse en vasallo, usualmente, tenía la connotación de recibir el beneficio. El beneficiario, inclusive, podía rehusarse a prestar el servicio fiel o el deber de lealtad - a menos que estuviese satisfecho con la tierra que se le ofrecía.

III.-DEL PRECARIUM CONTEMPORÁNEO – LA OCUPACIÓN PIDGIN.

- 10.- En el Derecho actual todavía persiste una reminiscencia de la antigua noción de precario, pero su acepción ha devenido muy distinta de la que rigió en Roma, pues no se configura el precario como un contrato, sino que se concibe como una situación de hecho o, incluso, ilegítima; o como posesión concedida o tolerada.
- 11.- Si, en el pasado, la institución jurídica dio lugar a controversia y a eclosión social, hoy en día su misma definición crea resistencias, dudas y jurisprudencia contradictoria. Sus expresiones sociales son aún menos pacíficas, tanto a lo largo de sociedades desarrolladas como en las sub desarrolladas. Entre ellas se abre paso el postulado del principio del destino universal de los bienes.
- 12.- Entre las manifestaciones de evolución más notorias se puede hacer referencia a la suscitada en la Ciudad Eterna, la cuna del Derecho Romano, que ha prohiado las versiones tercermundistas de la ocupación precaria. Roma ya le ha puesto un apelativo: la ocupación pidgin (Pidgin Cities). Lo que en Glasgow se conoce como Pop Up cities. En todo caso, se trata de la ocupación no regulada o ilegal de espacios en la ciudad por parte de desposeídos y, hoy en día, la posesión inmediata que ejercen de facto, parias e inmigrantes: Y no está lejos de convertirse en una vía de renovación de los barrios en la ciudad, en una forma alambicada de Derecho Real. En un tipo de asentamiento, la ocupación pidgin, que favorece la proliferación de nuevas formas de ciudadanía.
- 13.- Pidgin deriva de la incorrecta pronunciación que los chinos hacían del vocablo inglés business. La necesidad primero y la costumbre, después, dejaron establecido que los ingleses deberían decir “pidgin” en lugar de business, cuando querían comerciar con los chinos -cambiando su propio lenguaje para hacerse comprender. Para comerciar y hablar pidgin hubo que aceptar el error lingüístico, estar dispuesto a equivocarse deliberadamente, y a no querer corregir ni corregirse, ni determinar las cosas, sino dejarse llevar por lo imprevisible. No sólo por lo conveniente que resultaba el comercio chino, sino porque no se avizoraba alternativa a la tolerancia y aceptación del error.
- 14.- En la Roma del s.XXI, el envejecimiento de la población y la subsecuente migración internacional han alcanzado niveles inéditos, produciendo fenómenos urbanos imprevistos y los consiguientes problemas socio- jurídicos a los que no escapan los Derechos Reales. La ocupación pidgin de espacios rebeldes con vocación pública es la que está emergiendo de

los grupos de inmigrantes y de su interacción con los barrios ya consolidados de la capital italiana. Tal como ha ocurrido en el interior del IV Pleno Casatorio, para entender la ocupación pidgin y a su colega, la ocupación precaria, hay que liberarse del miedo a equivocarse a errar deliberadamente, a preferir la justicia y a estar disponibles para ponderar las nuevas interacciones.

- 15.- No obstante, el esquema básico aún no es sustituido: En los interdictos prohibitorios para retener la posesión prevalece el que está actualmente asentado en el inmueble. Es el mismo interdicto «uti possidetis» en cuya fórmula romana clásica se asienta la cláusula consabida que estableció que sólo puede prevalecer el que no lesiona la posición del contrario por un acto de violencia o con un vicio de su posesión. Aunque esta cláusula aún tiene un efecto relativo: cuando el poseedor con «vicio» no deriva su posesión del adversario (ab altero), sino de otra persona cualquiera, entonces tal defectuosa derivación no le impediría prevalecer en el interdicto contra su adversario.
- 16.- En la ocupación precaria peruana está latente la propia red de espacios rebeldes con vocación pública, paralela a las prácticas informales de las ocupaciones pidgin de Roma. No sólo se trata de precarios en la clásica acepción o en la que da el art. 911 del Código Civil³. La metodología de ocupación ya permite elaborar mapas de liberación de espacios abandonados de la ciudad -en particular los bienes abandonados debido a la especulación inmobiliaria, aquellos adquiridos por las mafias, o el patrimonio hereditario o público vacantes o en tela de juicio. Roma posee muchos de estos inmuebles urbanos vacantes que han sido abandonados o dejados desiertos por las costumbres individualistas del consumismo en los nuevos estilos de vida urbanos occidentales; o por las crisis de las antiguas industrias.
- 17.- En el Perú, la situación se agrava por las derivaciones de la intensa presión del mercado inmobiliario; pero, tanto como en Roma, el auge de la ocupación precaria columbra un cambio socio jurídico más profundo que la simple renovación física de espacios abandonados. Este fenómeno de “neo liberación” de espacios abandonados resulta siendo una clave interesante para interpretar las nuevas realidades sociales -supuestamente libradas al devaneo de las fuerzas del mercado.
- 18.- Las ocupaciones de inmuebles vacíos realizada por familias de todo el mundo avanza con más energía cuando los movimientos de lucha por el derecho a la vivienda, abrieran su lucha a familias inmigrantes, del extranjero o de las zonas más deprimidas del propio país, de extrema pobreza y de necesidad habitacional. En Roma, muchas de estas familias inmigrantes vivían en asentamientos informales, incluso debajo de puentes y autopistas, otras, víctimas de la recesión europea, habían perdido el trabajo y pasaban de una situación de bienestar a una de precariedad no prevista y a un destino incierto. Va en aumento el número de inmigrantes que luchan por sus derechos en primera persona.
- 19.- La incertidumbre legal y la endeble predictibilidad en sede judicial o administrativa contribuyen a que la nueva configuración eche mano al aforismo medieval “beati possessores” que aludía a la ventaja de los poseedores inmediatos demandados frente a los demandantes, sobre

cuyos hombros se atribuye la carga de la prueba. A tal dificultad de probanza se le encuentra similitud con la denominación de “probatio diabolica”, que parece provenir de los “juicios del alma”, - aquellas piezas judiciales del medioevo, representadas escénicamente en forma plástica en las que el Diablo, que pretende reivindicar la titularidad del Derecho Real para el Infierno, siempre acaba perdiendo, por defecto de prueba, ante el Ángel.

- 20.- Es en este nuevo desarrollo de los Derechos Reales en que el IV Pleno Casatorio Civil ha llegado mucho más allá de los paradigmas señalados por el Derecho Romano. Ha logrado remontarse al reconocimiento de la vigencia de la dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado y en la constante búsqueda del Bien común; entendido el Bien común como el conjunto de aquellas condiciones de la vida social, con que las personas, las familias y los grupos o asociaciones pueden lograr, con mayor plenitud y facilidad, su propia perfección. (cf. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia).
- 21.- El intercambio de criterios entre jueces altamente calificados conduce a pergeñar que, al tratar cualquier ítem vinculado al Derecho Real, es imposible ignorar que el bien común exige facilitar a cada hombre (varón o mujer) todo lo necesario para que pueda acceder a una vida verdaderamente humana. Por ello y para ello se origina y se configura la sociedad, con su ordenamiento estructural (político, económico, jurídico, cultural). Por su naturaleza, el bien común está determinado esencialmente por la dignidad de todo ser humano: desde su fecundación. Mientras sus exigencias particulares derivan de las condiciones propias de cada época y lugar es obligación del Estado y de la sociedad adecuarse para satisfacer tales exigencias.
- 22.- Al atender a las exigencias del hombre en lo concerniente a los Derechos Reales se debe partir del enlace intrínseco que los vincula con el principio antropológico y con el del orden natural. Porque el bien común exige tener en cuenta la realidad completa de la persona, de manera que sus contenidos no pueden establecerse de manera arbitraria.
- 23.- No podría ofrecer soluciones jurídicas, valederas quien no fuese capaz de conocer realmente los genuinos contenidos del bien común, quien no tuviese un adecuado conocimiento de cuáles son las exigencias para ese logro y partiese de una concepción antropológica deficiente, que olvidase o negase alguno de los elementos que integran el ser personal del hombre.
- 24.- Ello implica la reiteración del deber de la judicatura de promover que todos los seres humanos puedan concretar la posibilidad de disfrutar del bienestar necesario para su desarrollo integral. Por eso, la aplicación de los postulados de la justicia social en el uso de los bienes es el punto de partida de todo el ordenamiento ético-social. Y los que, de una y mil formas, ha tratado de asentarse a lo largo de la historia. Tales postulados exigen, a su vez, la práctica de otro pilar del Derecho: Los bienes – sean intelectuales o materiales– están destinados a todos.
- 25.- Es así que, ante la formulación de la ponencia, no se puede menos que volver a visitar el antiguo principio jurídico de solidaridad; i.e. la invocación al compromiso personal y comunitario con la opción preferencial por la dignidad de todos los seres humanos.

- 26.- Cada persona está llamada a alcanzar altísimas finalidades concordantes con su dignidad; pero, no podría prescindir de los bienes para responder a las necesidades. Especialmente a aquellas, sin cuya satisfacción su misma existencia física se torna inviable. Estas son las que devienen en indispensables para alimentarse y crecer material y espiritualmente; para comunicarse, y para constituirse en familias y grupos sociales -entre otras exigencias básicas.
- 27.- Del repaso de los hitos históricos se tiene que concluir que la aplicación del principio del destino universal de los bienes es el punto de partida de todo el ordenamiento ético-social.
- 28.- Es de tal trascendencia este principio que una comunidad humana se hunde en la depresión y la atrofia cuando se niega -a alguno, a muchos o a algunos de los seres humanos que la integran- la posibilidad de disfrutar del bienestar necesario para su desarrollo integral.
- 29.- El postulado del destino universal de los bienes es un derecho natural, inherente a la naturaleza del hombre. Su vigor es, además, de la mayor necesidad si es que una comunidad se propone la salvaguarda de la justicia social y la solidaridad humana. No se pretenda ubicar este postulado en los catálogos del Derecho Positivo o en los de un determinado contexto histórico; más bien, en los anales de la lucha por la consolidación de la dignidad humana como supremo fin de la sociedad y del Estado. En ellos se reflejan con nitidez las frecuencias y las vibraciones de la sociedad. Y las del presente manifiestan un dantesco espectáculo de desigualdades materiales. La magia del admirable crecimiento macroeconómico actual sólo hace más clamorosa la miseria de importantes segmentos sociales. ¡Otra razón adicional para invocar la exigencia del destino universal de los bienes!

BIBLIOGRAFIA

1. D'ORS, Álvaro. DERECHO ROMANO PRIVADO. Décima edición revisada. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2004
2. DE VALDIVIA CANO, Ramiro. DERECHO CONSTITUCIONAL I. Texto Universitario. Edición El Catoliquito. Arequipa, 2009
3. ROMÁN MANRIQUE, Benjamín. DERECHO ROMANO. Texto Universitario. Universidad Católica de Santa María. Arequipa, 1970.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

<http://www.agtvm.com/Arrendamiento.Precio..htm> 2012.08.14
<http://www.pidginperfect.com/index.php?/architecture/the-pop-up-city/>
<http://www.bing.com/search?q=cOMPENDIO+DE+LA+DOCTRINA+SOCIAL+CAT%3%93LICA&src=IE--SearchBox&FORM=IE8SRC>

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. Código Civil - Posesión precaria
Artículo 911.- La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.
2. IV Pleno Casatorio Civil del 29 de diciembre de 2011, sobre desalojo por ocupación precaria, casación N°2195-2011. Tuve el honor de dirigir este certamen casatorio por cuanto fui convocado a suceder al Sr. Dr. Luis Felipe Almenara Bryson, Presidente de la Sala Civil Permanente, hasta noviembre del 2011, ya que él fue merecidamente elegido miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, por la Sala Plena de la Corte Suprema. En cuanto al señor Presidente de la Sala Civil Transitoria, el Sr. Dr. Víctor Ticona Postigo, incansable promotor de la realización del Pleno Casatorio, no pudo estar presente el día de la Vista de la Causa debido al sentido deceso de su señor padre. El alejamiento formal de tan probos como distinguidos Jueces Supremos y eminentes estudiosos del Derecho Civil no nos privó de su acertado consejo y acompañamiento a lo largo de los ocho meses que duraron los debates. A ambos, les reitero mi profundo afecto y agradecimiento.
3. Código Civil - Posesión precaria
Artículo 911.- La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.