

## EL SISTEMA DE ACCIONES REALES, PARTE ESPECIAL: LOS INTERDICTOS POSESORIOS

## THE SYSTEM OF REAL ACTIONS, SPECIAL PART: THE POSSESSORY INJUNCTIONS

Fernando Atria Lemaitre\*

### RESUMEN

Este artículo es parte de un proyecto mayor, que pretende defender una determinada reconstrucción del sistema de acciones reales del *Código Civil*. El tema de este artículo es la reconstrucción de las reglas relativas a la protección de la dimensión dinámica de la propiedad, es decir, la dimensión en la que el que pretende protección no reclama su propio derecho sobre la cosa sino la ilicitud del desplazamiento del control de la cosa de su poder al del demandado. La cuestión central aquí son los interdictos posesorios.

9

**PALABRAS CLAVE:** *Código Civil* chileno, acciones reales, interdictos posesorios, propiedad, posesión

### ABSTRACT

This article belongs to a broader research project on the system of real actions in the *Civil Code*. It attempts a doctrinal reconstruction of the rules pertaining to the dynamic dimension of property rights. This is to say a form of protection in which those seeking protection need not, nor are allowed

---

\* Profesor asociado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Chile. Correo electrónico: fatria@derecho.uchile.cl. Artículo recibido el 10 de marzo de 2016 y aceptado para su publicación el 9 de octubre de 2017. La investigación de la que este artículo es parte, contó con el respaldo del Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, a través del proyecto 1130178, del cual el autor es investigador principal. Agradezco la ayuda invaluable que me brindaron María Ignacia Besomi y Gonzalo Falcón, ayudantes de la Universidad de Chile. También agradezco la colaboración de Rosita Díaz y Antonia Morales, ayudantes alumnas de la Universidad Adolfo Ibáñez.

to invoke, rights over the thing. Instead, what grounds their claim is the alleged illicit nature of the means by which the defendant got the disputed thing. Actions that are “dynamic” in this sense are the possessory interdicts.

KEYWORDS: Chilean *Civil Code*, real actions, possessory interdicts, property, possession.

## I. EL SISTEMA DE ACCIONES REALES Y SUS DOS CRITERIOS

### §1. *Parte general y parte especial del sistema de acciones*

Este artículo discute los interdictos posesorios como parte de un esfuerzo más general de reconstrucción del sistema de acciones reales del *Código Civil*. Otras partes de ese sistema han sido o serán discutidas en otros textos, por lo que puede ser útil dar una presentación general para ubicar el presente artículo.

La reconstrucción del sistema de acciones supone una parte general, en que debe tematizarse el concepto de acción real y la manera en que se estructura el sistema, y una parte especial en que los diversos elementos que componen ese sistema son analizados por separado. La parte especial se organiza conforme a dos criterios de aplicación sucesiva, cuya formulación y justificación es una de las funciones centrales de la parte general: la diferencia entre el aspecto dinámico y el aspecto estático de la propiedad (o el *régimen de las cosas*, como prefiero llamarlo por razones explicadas en otra parte<sup>1</sup>) y la diferencia entre acciones relativas y acciones absolutas.

### §2. *El aspecto estático y el aspecto dinámico del régimen de las cosas*

Cuando el régimen de las cosas se mira *estáticamente*, lo decisivo es quién tiene qué derechos sobre qué cosas. Cuando se mira *dinámicamente*, la cuestión es si el desplazamiento de la cosa de uno a otro ha ocurrido mediante medios lícitos o ilícitos. Las acciones que miran a la dimensión estática del régimen de las cosas (que en lo que sigue serán denominadas “acciones estáticas”, solo por razones de brevedad<sup>2</sup>) se fundan en el hecho

<sup>1</sup> ATRIA (2017b).

<sup>2</sup> “Solo por razones de brevedad” porque es una designación en rigor impropia, porque sugiere que es la acción la que es estática, cuando lo estático es la dimensión del régimen de las cosas a la que la acción atiende. Lo mismo vale para las acciones que son el objetivo de este texto, que por idénticas razones serán denominadas “dinámicas”.

de tener, quien la ejerce, un derecho sobre la cosa que debe en consecuencia probar. Las acciones que miran al aspecto dinámico del régimen de las cosas, por su parte, se dirigen en contra de quien se ha hecho con la cosa de un modo ilícito. La mirada en un caso atiende a determinar quién tiene positivamente un derecho sobre la cosa; en el otro atiende a calificar la licitud o ilicitud del desplazamiento de la cosa de manos del demandante a manos del demandado.

### *§3. Prueba absoluta y prueba relativa del derecho invocado*

La distinción entre acciones estáticas y dinámicas divide la parte especial. Pero la clase de las acciones estáticas, a su vez, se subdivide según si suponen prueba absoluta o prueba relativa del derecho invocado. Las acciones “absolutas” exigen al actor producir prueba positiva del derecho invocado, es decir, acreditación de que es positivamente titular del derecho. Cuando se trata de acciones “relativas”, es suficiente para el demandante probar que tiene (tendría) mejor derecho que el demandado. Aunque suene impropio, es verdadero e importante que de dos personas que no tienen derecho sobre la cosa uno puede tener mejor derecho que el otro. La acción absoluta por excelencia es la reivindicatoria, las acciones relativas son la del art. 915 y la acción publiciana<sup>3</sup>.

11

La distinción entre acciones absolutas y relativas no es aplicable a las acciones dinámicas, porque en estas el demandante no invoca derecho alguno, sino que el desplazamiento de la cosa del actor al demandado fue en sí ilícito. Estas son las acciones que protegen la dimensión dinámica de la propiedad, y serán el tema de este artículo: los interdictos posesorios.

### *§4. Un elemento honorario en el sistema de acciones*

Por razones que serán explicadas al final de este texto, al describir el sistema de acciones encontraremos una fisura mayúscula, que ha obligado a adicionar a ese sistema un integrante honorario<sup>4</sup>: la acción de precario, que es el tema del artículo que cierra el tratamiento del sistema de acciones reales<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Esto, por cierto, debe ser explicado y justificado, algo que no es posible hacer aquí. Aquí solo es posible utilizar las conclusiones de argumentos desarrollados en otros textos. Para las acciones que protegen el régimen de las cosas en su dimensión estática, y por qué ellas son la reivindicatoria, la publiciana y la del art. 915, véase ATRIA (2017a).

<sup>4</sup> Y que entonces deberá ser discutida monográficamente: ATRIA (2017c).

<sup>5</sup> Para otra ocasión también deberá quedar el recurso de protección, que en los hechos se ha convertido en el equivalente funcional de los interdictos posesorios. Al respecto, véase, aunque inicialmente, ATRIA (2003), pp. 28-36.

## §5. Algunas aclaraciones metodológicas

Sobre lo que no debe esperar encontrar aquí el lector. Este no es un texto sobre historia de los interdictos o del *Código Civil* en esta materia. Aunque todas las reglas de esa parte del *Código Civil* tienen una larga tradición, y son habitualmente reconducibles al Derecho Romano, la reconstrucción que aquí se intentará no es un ejercicio de historia del Derecho. Con esto no pretendo negar que la consideración de los orígenes o la evolución de las instituciones jurídicas no puede arrojar luz sobre lo que ellas significan hoy. Solo estoy especificando cuál es el tema de este artículo.

Tampoco es este un texto de Economía o de análisis económico del Derecho. En cuestiones vinculadas a la propiedad la idea de que las instituciones jurídicas deben analizarse desde la óptica económica ha penetrado con particular intensidad, en parte porque prometía devolver al Derecho Civil una cierta dignidad teórica que parecía haber perdido, pero, a mi juicio, ha resultado ser un presente griego, imponiendo un modo de reflexión jurídica puramente instrumental que no es suficiente para explicar las instituciones del Derecho. En el caso particular de la propiedad la cuestión es agudizada porque usualmente los economistas no notan que lo que para el Derecho es propiedad es algo notoriamente distinto que lo que ellos llaman “derechos de propiedad”<sup>6</sup>.

Una tercera limitación de este estudio es que lo que intenta reconstruir es el sistema del *Código Civil* chileno. No es, por lo tanto, un estudio sobre la doctrina de la acción reivindicatoria o los interdictos posesorios en el Derecho occidental, ni en el Derecho Comparado, etc. Sus fuentes son la ley y (en su caso, que es considerablemente limitado) la doctrina chilena. El ejercicio de Derecho Comparado es interesante en sí mismo, y en especial en las materias codificadas tradicionales, pero para comparar hay que tener algo más que un conjunto de artículos. La reconstrucción ofrecida aquí podría servir como un antecedente para la comparación, pero no será esa nuestra misión.

En cuarto lugar, la reconstrucción no descansa en la jurisprudencia. A mi juicio, con demasiada frecuencia los déficits de reconstrucción racional de la doctrina nacional pretenden ser compensados buscando en la jurisprudencia los criterios que dicha reconstrucción debería producir. Y esto suele terminar en la consideración como si fuera sistemáticamente importante de anécdotas judiciales, de sentencias en que se dice una cosa o la otra que son tratadas como si eso develara algo importante acerca del Derecho cuando la mayoría de las veces lo que entusiasma a los profesores es consecuencia de la integración de una sala (a veces por el mismo

---

<sup>6</sup> Una excepción especialmente notable (y, por lo tanto, extraordinariamente interesante para el análisis de la posesión y la propiedad) es ARRUÑADA (2013) y ARRUÑADA (2004).

profesor que se entusiasma). Esto no es un defecto de la jurisprudencia nacional, sino es consecuencia de la tradición jurídica a la cual el Derecho chileno pertenece. Hay tradiciones (como la del *Common Law*) en las que la jurisprudencia cumple un papel de racionalización del Derecho. Pero precisamente por eso la jurisprudencia tiene formas y condiciones distintas. En nuestra tradición la racionalización del Derecho no es tarea de los tribunales, sino de la academia. Por cierto, una línea jurisprudencial sostenida en el tiempo puede hacer que reconstrucciones que en un momento fueron posibles ya no lo sean, y la reconstrucción ha de tomar eso en cuenta. Pero por otro lado, en el caso particular del Derecho chileno, la jurisprudencia y la doctrina, quizá por su excesiva orientación forense, han mostrado una notoria incapacidad para decidir cuestiones por la vía de establecer opiniones dominantes en materias controvertidas, por lo que no hay muchas avenidas que queden cerradas al mirar a la jurisprudencia.

En breve, la óptica desde la cual se intentará reconstruir el sistema de acciones reales del *Código Civil* es análoga, en cuanto a su pretensión (no en cuanto a su resultado) a la que guió a lo que es probablemente el caso más claro y exitoso de construcción jurídica en el Derecho chileno, el de Humberto Trucco en su artículo sobre la posesión inscrita (con la salvedad de que el juicio al que llegaremos es menos crítico que el de Trucco, y la crítica corresponde mucho más a la doctrina que a la jurisprudencia, que ha debido elaborar criterios de decisión en el contexto de un sistema afectado por una grave incoherencia que correspondía a la doctrina identificar y solucionar).

Persuadidos de que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha desnaturalizado por completo el sistema lleno de *originalidad* que en materia posesoria introdujo el señor Andrés Bello al *idear y desarrollar* en el *Código Civil* la institución jurídica de la inscripción, vamos a exponer en este trabajo *la teoría de la posesión inscrita*, tal cual la entendemos, y con prescindencia absoluta del criterio que al respecto informa la jurisprudencia ordinaria de nuestras cortes y juzgados<sup>7</sup>.

## II. LOS INTERDICTOS POSESORIOS

### *Sentido de los interdictos posesorios*

§6. La explicación tradicional de los interdictos posesorios es una explicación formalista

La explicación tradicional de las acciones posesorias mira a lo que el demandante debe probar, a la condición de legitimación activa para deter-

<sup>7</sup> TRUCCO (1910), p. 131.

minar qué es lo que esas acciones protegen. Por eso es normal concluir que las acciones posesorias “tutelan la posesión propiamente dicha y, por excepción, la mera tenencia”<sup>8</sup>. El caso excepcional, por cierto, es la querrela de restablecimiento, que puede intentarla, incluso, el mero tenedor. Como consecuencia de esto la calidad de acción posesoria en el caso de la querrela de restablecimiento es controvertida.

Esto es un error, un error que podríamos llamar “formalista”, porque asume que la clave para entender la racionalidad del Derecho está en la forma jurídica. Formalmente, las acciones posesorias protegen la posesión porque el requisito formal para ejercerlas es ser poseedor de la cosa. Más estrictamente, haber sido poseedor de la cosa. Pero la forma jurídica no es la clave para la reconstrucción racional del Derecho, porque eso es precisamente lo que ha de ser reconstruido y, por ende, supone alguna racionalidad. La racionalidad es provista por la función. Por eso los conceptos jurídicos son conceptos funcionales (=substantivos) estructuralmente mediados<sup>9</sup>. Eso quiere decir, aunque el punto de partida para la reconstrucción es la identificación preliminar (“preinterpretativa”<sup>10</sup>) de lo que ha de ser reconstruido (la forma jurídica) lo que guía la reconstrucción no puede ser la forma, sino la substancia: no la estructura, sino la función.

14

En el caso de las acciones posesorias, debemos preguntarnos no cuál es su requisito de procedencia, sino cuál es el sentido de que la ley cree estas acciones. Y aquí observamos una curiosa situación. Porque es común que cuando esta es la pregunta la doctrina invertida provea dos respuestas: “el repudio a la violencia... y la apariencia de propiedad”<sup>11</sup>.

Pero esto no es una respuesta a la pregunta por las acciones posesorias, es, como lo explicita Daniel Peñailillo<sup>12</sup>, una respuesta a la pregunta por la protección jurídica de la posesión. Y lo curioso es que si se trata de cualquiera de estas dos finalidades, los interdictos como ellos realmente existen no están a la altura. En efecto, si el sentido es el repudio a la violencia o la protección de la paz social, entonces el paradigma de interdicto sería el de restablecimiento; pero la misma doctrina que, sin tematizar la cuestión invoca las dos racionalidades ya expuestas como explicación de los interdictos, disputa si el de restablecimiento es efectivamente uno de

<sup>8</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA *et al.* (1957), p. 827.

<sup>9</sup> Para una discusión completa de esta tesis, véase ATRIA (2016), pp. 133-158.

<sup>10</sup> En el sentido de DWORKIN (1986), pp. 65-66.

<sup>11</sup> PEÑAILILLO (2006), p. 545. Véase ALESSANDRI, SOMARRIVA, *et al.*, p. 831: “la paz social” y “el derecho probable”. RUZ (2011), p. 181 (“paz social” y “apariencia”). ROZAS (1998), p. 388 (evitar que los particulares “se hagan justicia por sí mismos” y proteger “el dominio probable”); ZÚÑIGA (1907), p. 10 (“impedir que los asociados se hicieron justicia por sí mismos”); DÍAZ (1916), p. 39 (evitar la justicia por mano propia).

<sup>12</sup> PEÑAILILLO (2006), p. 545.

ellos. Y si se tratara de proteger al derecho probable, la pregunta es: ¿por qué el Derecho se atreve a quitar la cosa a una persona para proteger la probabilidad de derecho de otra? Si lo que se va a ordenar es que una persona entregue lo que tiene o que deje de hacer algo que está haciendo, ¿no es plausible exigir al menos que quien lo solicita pruebe tener derecho a ello?

Las consideraciones anteriores muestran que los argumentos habitualmente ofrecidos para explicar los interdictos posesorios son insuficientes, y que hay que buscar una mejor explicación. Es esta mejor explicación la que no puede estar en consideraciones formales, sino funcionales. Hay que preguntarse, entonces, ¿cuál es la función de los interdictos en el sistema de acciones?, y luego, con una respuesta a esa pregunta, volver sobre las características formales y mostrar cómo ellas se explican por la necesidad de hacer probable el desempeño adecuado de esa función.

#### §7. Una explicación alternativa: el aspecto dinámico del dominio

La explicación genérica ya la hemos ofrecido más atrás: los interdictos son un momento del sistema de acciones de protección de la propiedad. Lo que explica dicho sistema es la finalidad de dar la mayor protección posible sin exigir como condición para esa protección más de lo que es necesario para asegurar que la protección es debida<sup>13</sup>. Si la controversia es derechamente sobre la titularidad del derecho de dominio, entonces no hay más que someterse a la *probatio diabolica* y el que tenga éxito será reconocido como dueño (acción reivindicatoria); pero si en las circunstancias es posible acreditar que uno tiene mejor derecho que el otro, sin pronunciarse con seguridad sobre el dominio, entonces el primero será protegido (acción publiciana, acción del art. 915); los interdictos posesorios son el tercer momento, otro modo de determinar que alguien merece protección sin atender a si es en realidad titular del derecho de dominio. Aquí se trata de mostrar la ilicitud del desplazamiento: el paso de la cosa del poder de A al poder de B fue en sí ilícito, por lo que el desplazamiento debe ser negado y la cosa restituida a A, sin que sea necesario preguntar por los derechos de A o B.

Cuando las cosas son miradas desde este punto de vista, la querrela de restablecimiento pasa a ser no un caso controvertido, sino el paradigma de interdicto posesorio, el que revela de modo más conspicuo lo que es

<sup>13</sup> Lo nota MILLÁN (1918), que explica que el ideal de que propiedad, inscripción y posesión sean términos sinónimos, “traído a la práctica, reportaría enormes ventajas por cuando, gracias a ese estado de cosas, i mediante las acciones posesorias se lograría simplificar de una manera verdaderamente asombrosa los litigios sobre propiedad”, pp. 20-21.

importante acerca de ellos. Son los otros interdictos los que requieren de mayores explicaciones. Por eso comenzaremos al revés de lo tradicional, con la querrela de restablecimiento, después de haber tratado algunas otras cuestiones generales acerca de las acciones posesorias.

*Se trata de acciones reales*

El título XIII del libro II del *Código Civil* regula tres acciones posesorias, que por oposición a la denominación del título XIV pueden ser llamadas “acciones posesorias generales”. El título XIV regula “algunas” acciones posesorias especiales. Lo que se dirá en lo que sigue vale para las generales. Aunque también vale, *mutatis mutandis*, para las especiales, no se discutirá, en lo que sigue, qué, precisamente, es lo que debe ser cambiado.

§8. La realidad de los interdictos

Para la explicación tradicional es más bien enojoso este punto, porque como ella entiende que las acciones posesorias protegen la posesión, no el dominio, se enfrenta al problema de qué tiene de real una acción que lo que hace es proteger una situación fáctica. Y, sin una respuesta suficientemente convincente, la reflexión continúa. Así, Daniel Peñailillo, refiriéndose a que las acciones posesorias son acciones reales, se limita a decir:

“Se ha controvertido este carácter, sobre todo como consecuencia de la discusión relativa a la calificación de la posesión como hecho o derecho. Se ha sostenido que siendo la posesión un hecho, no podrían tener la calificación ni de reales ni de personales. Generalmente se las califica de acciones reales por tratarse de acciones que se ejercen contra cualquier persona, si turba o arrebató la posesión, sin que importe la existencia de un vínculo preestablecido con ella (v. art. 927)”<sup>14</sup>.

Si fuera importante determinar si son o no acciones reales, es claro que la explicación anterior sería insuficiente. La regla que Daniel Peñailillo invoca (la del art. 927) es evidentemente relevante, en tanto marca una de las peculiaridades de las acciones reales, pero la explicación que da es notoriamente incorrecta: no puede ser que sean acciones reales porque se ejercen contra cualquier persona que turbe o arrebató la posesión, sin que importe la existencia de un vínculo preestablecido, porque eso mismo vale, por ejemplo, para la acción de perjuicios: vale contra cualquiera que culpablemente cause un daño a otro, sin necesidad de la existencia de un

<sup>14</sup> PEÑAILILLO (2006), p. 546.

vínculo previo. La regla del art. 927 es precisamente distinta a la explicación que ofrece Daniel Peñailillo, y dispone que vale contra cualquier persona que tenga la cosa, *aunque no haya turbado ni arrebatado la posesión*<sup>15</sup>.

En la explicación ofrecida aquí, no hay problema alguno en calificar a los interdictos posesorios como acciones reales, porque son acciones que protegen al dominio. Lo protegen, es verdad, solo en los casos en los que es posible hacerlo atendiendo solo a la ilicitud del desplazamiento, lo que implica que la posición adquirida por quien detenta la cosa no tiene reconocimiento jurídico alguno. Esta protección cesa cuando la posición de quien detenta pasa a ser reconocida como digna de protección por el Derecho, porque, entonces, no podrá solamente atacársela contra el desplazamiento. Por eso las acciones posesorias tienen la característica fundamental de las acciones reales (art. 927), pero esa característica tiene el límite indicado.

#### §9. El art. 127 del CC y la idea de “línea posesoria”

Para apreciar la limitación implícita en la regla del art. 927, es necesario introducir la idea de “línea posesoria”<sup>16</sup>. Una línea posesoria es una sucesión de posesiones vinculadas entre sí por relaciones preservativas del dominio. La relación entre el poseedor A y el poseedor B es preservativa del dominio cuando entre A y B hay una relación tal que si A era dueño B es dueño. Así, entre la posesión del tradente y la de su adquirente hay una relación preservativa del dominio, pero no entre usurpador y usurpado. Nótese cuidadosamente que para determinar que A y B están unidos por una relación preservativa del dominio no necesitamos determinar si alguno de ellos o ambos eran efectivamente dueños.

Una línea posesoria es el conjunto sucesivo de posesiones unidas por relaciones preservativas del dominio. Eso implica que cada línea posesoria contiene una y la misma pretensión de dominio.

---

<sup>15</sup> Sin mayor convicción, Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic le atribuyen carácter real, después de explicar que para Robert Pothier las acciones posesorias eran personales, porque nacen de un ilícito y que otros dicen que no son ni reales ni personales, “porque no nacen de ninguna de esa clase de derechos”. A continuación dicen que “prevalece la tendencia de catalogarlas dentro de las acciones reales”, por la misma (incorrecta) razón que da Daniel Peñailillo: porque valen “contra cualquier persona que viole o turbe la situación existente”, ALESSANDRI, SOMARRIVA, *et al.* (1957), p. 835. Como la analogía en el texto principal con la acción de daños muestra, esto llevaría a considerarla una acción personal. La explicación tiene que ser que se trata de acciones reales porque valen contra cualquier persona que tenga la cosa como consecuencia del despojo, aun cuando no haya sido el causante de la turbación o violación (art. 927).

<sup>16</sup> La explicación que viene a continuación es un resumen de la mucho más detenida y circunstanciada explicación contenida en ATRIA (2017a).

La línea posesoria termina cuando la posesión pasa de una persona a otra sin un vínculo como el indicado, lo que llamaremos una “anomalía”. Una anomalía pone fin a una línea posesoria e inaugura una nueva.

El despojo es evidentemente una anomalía. No cabe duda de que el despojado tiene acción de restitución en contra de quien lo despojó y de cualquier sucesor (en la pretensión de dominio que define a la posesión<sup>17</sup>) de este en la misma línea posesoria. Tampoco cabe duda que tiene acción contra quien tenga la cosa en cualquier línea inferior, es decir, cualquier línea reconducible a una anomalía ocurrida después del despojo.

Pese a la referencia del art. 127 a quienes “cuya posesión derive de la del usurpador a cualquier título”, es claro que el despojado tiene acción no solamente en contra de quienes siguen al despojante en la misma línea posesoria sino, también, a los poseedores de líneas ulteriores. Es decir, el despojado tiene acción:

- a) contra el que le despojó;
- b) contra quienes tiene una posesión vinculada a la del despojante por una relación preservativa del dominio y
- c) contra quien posea en cualquier línea posesoria sucesiva.

18

#### §10. Las líneas posesorias y la “sucesión” en la pretensión de dominio que define a la posesión, no en la posesión

Esto debe ser explicado con más detalle para aclarar un par de otras cuestiones relevantes. La idea de línea posesoria debe ser compatibilizada con la regla del art. 717, conforme a la cual no hay “sucesores” ni “antecesores” en la posesión, porque la posesión de cada poseedor principia originariamente con él. La línea posesoria se construye sobre la base de

---

<sup>17</sup> Nótese que la sucesión no es en la posesión (no hay ni antecesores ni sucesores en la posesión) ni en el dominio, porque no es necesario que haya dominio. Es sucesión *en la pretensión de dominio*, como será explicado en breve. Si A es poseedor de la cosa y B se la roba, la pretensión de dominio de B no es reconducible a la de A. Pero si A tiene la cosa y se la vende y entrega a B, la pretensión de dominio de B está internamente vinculada a la pretensión de dominio de A. Ello porque en el segundo caso, pero no en el primero, hay entre ambas posesiones una relación preservativa del dominio. La serie de posesiones vinculadas por relaciones preservativas del dominio constituye una línea posesoria. La línea posesoria identifica una pretensión de dominio. Esta idea de línea sucesoria, incidentalmente, explica también la agregación de posesiones: como todas las posesiones que ocurren dentro de una línea son la misma pretensión de dominio, entonces el plazo de prescripción debe comprenderlas a todas. Es un error, a mi juicio, sostener como lo hace Gonzalo Ruz, que las reglas sobre agregación de posesiones (que por alguna razón él trata junto a las posesiones “viciosas”) constituyen “una excepción” a las reglas sobre intransmisibilidad e intransferibilidad de la posesión, RUZ (2011), p. 138. No hay ni puede haber sucesión en la posesión, porque la posesión de cada poseedor “principia en él”, sino en la pretensión de dominio que define a la posesión.

que la posesión es la tenencia de una cosa acompañada de una pretensión de dominio, y esa pretensión de dominio puede ser analizada *como si fuera dominio*, para los efectos de la construcción de líneas posesorias.

Lo que la explicación anterior quiere decir, quizá puede ser clarificado mostrando la diferencia entre alegar mejor derecho y alegar ilicitud en el desplazamiento. Para explicar qué quiere decir “mejor derecho” en el contexto de una acción (como la publiciana) en que es posible que ninguna de las partes tenga derecho a la cosa, fue necesario introducir la noción de línea posesoria, definida como las posesiones que se suceden entre dos anomalías: una posesión es “mejor” que otra si la primera es la última de su línea, y la segunda es la primera de la línea siguiente o una posterior.

Para los interdictos, la noción de “mejor derecho” es indiferente, porque en juicios posesorios las alegaciones de derechos sobre la cosa son inadmisibles (art. 923): los interdictos no miran al aspecto estático del régimen de las cosas, por lo que se desentienden de los derechos que las partes efectivamente tengan sobre las cosas. Lo que está en cuestión es solo si la posesión del actor terminó por una anomalía que originó la del demandado. Si es así, el interdicto ha de prosperar.

La regla del art. 927 implica que lo anterior debe ser ampliado: la acción vale no solo contra el que adquirió la posesión en virtud de la anomalía que extinguió la del actor sino contra sus sucesores en la línea posesoria, incluyendo las líneas posteriores. Es evidente que en la medida en que se admita esta ampliación la diferencia entre interdictos posesorios y acciones basadas en el mejor derecho empieza a hacerse más tenue.

Pero la ley pretende mantener esa diferencia, pese a que se hace tenue. Por eso: (a) prohíbe la invocación de derechos en juicios posesorios y, más importante, (b) introduce una regla que hace que la discusión anterior, que mira al caso en que el actor demanda no al que lo despojó, sino al sucesor de quien lo despojó, sea en los hechos de relevancia puramente teórica: las acciones posesorias “prescriben” en un año o seis meses (arts. 920, 928), según el caso, por lo que en un plazo especialmente breve apuntar a la sola ilicitud del desplazamiento será insuficiente.

A estas alturas debería ser claro por qué la ley pretende mantener esta distinción: los interdictos posesorios, como ya está dicho, son una forma especialmente ágil de protección de la propiedad, precisamente porque no descansan más que en la prueba de la ilicitud del desplazamiento. Pero como no descansan en nada más que eso, ignoran por completo la pretensión del poseedor en contra del cual se dirigen de que su posesión sea considerada el *status quo* que la ley debe proteger mientras alguien no pruebe tener un derecho. Los interdictos posesorios hacen sobrevivir el *status quo* anterior al despojo para los efectos de defender al despojado. Pero el despojo mismo configura un nuevo *status quo*, que una vez estabilizado

es protegido por el Derecho también. Por eso los interdictos posesorios caducan (que no prescriben, porque las acciones reales nunca prescriben, porque no se extinguen por vía principal) en un plazo tan corto. Este punto es especialmente importante, y por eso volveremos más adelante sobre la distinción entre caducidad y prescripción.

### *Son acciones inmuebles*

Los interdictos posesorios son inmuebles, por mandato legal expreso (art. 916). Con esto el *Código Civil* se apartó del Derecho precodificado siguiendo el ejemplo del *Code* francés.

§11. ¿Por qué son acciones inmuebles?

Curiosamente, Arturo Alessandri y Manuel Somarriva dan una razón que parece ser exactamente incorrecta, en el contexto de una explicación acertada:

Parece que [el *Código Civil*] juzgó innecesarias tales acciones respecto de los muebles por ser mucho más fácil la prueba del dominio de ellos, por manera que la acción reivindicatoria y la de hurto o robo, cuando procede llenan las necesidades tutelares del legítimo poseedor.

Es una razón que es incorrecta porque es evidente que la prueba del dominio de las especies muebles no es más fácil sino más difícil que la de los inmuebles. En efecto, el dominio necesita descansar en la prescripción adquisitiva para lograr fundarse. Y la posesión de las cosas inmuebles, que no pueden moverse ni ocultarse, es comparativamente más fácil de probar judicialmente que la de las cosas muebles.

Pero es una razón incorrecta ofrecida en el contexto de una explicación acertada, y esa explicación acertada debe ser el punto de partida para una reflexión más amplia sobre la distinción entre cosas muebles e inmuebles. En términos de su relevancia desde el mundo de la vida, no de los conceptos, el régimen de propiedad y posesión de los bienes en el *Código Civil* está fundamentalmente orientado a los inmuebles. La frase de Alessandri, Somarriva y Vodanovic es indiciaria: ellos creen que tratándose de la protección de la propiedad sobre los bienes muebles basta “la acción reivindicatoria y la de hurto o robo”. Pero la protección de la propiedad de los bienes muebles, aunque jurídicamente posible, no opera a través de la acción reivindicatoria. No opera precisamente porque en el caso de los bienes muebles la *probatio diabolica* es efectivamente diabólica. La protección de la propiedad sobre los bienes muebles se obtiene mucho más a través de los otros medios indicados por Alessandri *et al.*: las medidas para recuperar las especies hurtadas o robadas en el contexto del proceso

penal. Dichas medidas suponen prueba de “preexistencia y dominio”<sup>18</sup>, que, en realidad, es bastante parecido a la prueba que debe ofrecer el que ejerce una querrela de restitución: como en el contexto del proceso penal la ilicitud del despojo ya está acreditada, todo lo que es necesario probar es que el que reclama la cosa fue la víctima del despojo<sup>19</sup>. Eso, por regla general, es suficiente para proteger la propiedad sobre los muebles. Por eso la naturaleza inmueble de las acciones posesorias no crea, para los muebles, desprotección.

§12. La idea francesa de que la posesión equivale al título, tratándose de bienes muebles

Esta idea de que en el caso de las cosas muebles la protección del dominio opera fundamentalmente a través del aspecto dinámico del mismo es, a veces, expresada (como lo hace el art. 2279 del *Code Civil*) diciendo que, tratándose de bienes muebles, *la posesión equivale al título*. La relación entre ambas ideas no es inmediatamente transparente, sin embargo, conviene decir algo al respecto.

El título posesorio en el Derecho chileno es la marca dogmática distintiva de la posesión regular<sup>20</sup>. Ella cumple la función de diferenciar una posesión que se funda en un antecedente jurídico que, en principio, justifica el ánimo de señor y dueño que caracteriza a la posesión, de una que se funda en la sola facticidad de la detentación. Así, el ladrón y el que ha comprado la cosa a quien no es dueño son poseedores. Pero el ánimo posesorio del ladrón es puramente fáctico, reducible al hecho de que tiene en su poder la cosa, mientras que el ánimo posesorio del comprador, aunque es fáctico, tiene un componente normativo: él se hizo con la cosa del modo en que es normal hacerse dueño de las cosas y, por

<sup>18</sup> MARÍN (2005), p. 18.

<sup>19</sup> CLARO SOLAR (1979), tomo IX, p. 529 (aunque no se refiere al contexto del proceso penal).

<sup>20</sup> No se me escapa, por supuesto, que conforme al art. 702 inc. 2 la posesión regular exige no una sino dos, o eventualmente tres, condiciones. Pero de esas dos (o tres) condiciones la de justo título (o simplemente título) es la dogmáticamente central. La tercera (“si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición”) resulta de una ambigüedad en la palabra título (título posesorio/título en la tradición) y desaparece cuando esa ambigüedad se aclara. La exigencia de buena fe es una exigencia externa, orientada a dar al demandante de reivindicación una posibilidad *in extremis*. Esto es evidente por el hecho de que en materia posesoria la buena fe es, excepcionalmente, subjetiva (art. 706). Es curioso que esto no haya sido cuestionado por la doctrina: ¿por qué un concepto “subjetivo” de buena fe, cuando en el Derecho Civil a buena fe es en general objetiva? La respuesta es que la función que desempeña la buena fe en sentido objetivo es desempeñada por el título. Todo esto, que aquí por necesidad puede sonar un tanto críptico, está explicado en ATRIA (2017b), n. 1.

consiguiente, tiene una cobertura jurídica (aunque es, en definitiva, falso, porque no es dueño). La posesión cuando está normativizada tiene un tratamiento privilegiado que cuando no lo está. Asimilar la posesión al título, como lo hace el *Code*, implica dos cosas: primero, que tratándose de cosas muebles la posesión puramente fáctica tiene el mismo régimen que la posesión jurídicamente justificada (es decir, que la posesión del ladrón de una cosa mueble está sujeta al mismo régimen que la posesión del que compra la cosa mueble de quien no es dueño); segundo, que el hecho mismo de detentar una cosa mueble con pretensión de dominio dueño (*i.e.* la posesión) será reconocido como un título jurídico que ampara esa pretensión.

Hay dos cuestiones que deben ser notadas en lo que acciones se refiere. La primera es que lo anterior, por cierto, no implica a que el dueño de una cosa mueble no tiene posibilidad de pretender reivindicar su cosa, porque la posesión equivale el título, no al dominio. Y por eso el inciso siguiente del art. 2279 del *Code* permite al dueño demandar, aunque en un plazo especialmente breve en el contexto de un código en el cual los plazos de prescripción adquisitiva son de una, dos o tres décadas:

22

“Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea durante tres años a contar desde el día de la pérdida o del robo; salvo el recurso de este contra el que la tenga”<sup>21</sup>.

La segunda es que todo poseedor será tratado como alguien que tiene título a la cosa. La consecuencia de eso es que no habrá acciones civiles que miren al momento dinámico de la propiedad, porque ellas califican solo el desplazamiento, ignorando las pretensiones del demandado sobre la cosa. Por eso, afirmar que la posesión equivale al título tratándose de cosas muebles y negar respecto de ellas los interdictos posesorios es la misma idea. En materia civil, no hay acciones dinámicas de protección de la propiedad de muebles, porque como toda posesión es con título el demandante siempre deberá probar algún derecho sobre la cosa, ya absoluta ya relativamente. Pero, a su vez, estas acciones estáticas serán normalmente difíciles de ejercer, y la conclusión entonces será que la protección del régimen de las cosas muebles no se encuentra en la sede civil sino penal<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> La explicación ofrecida aquí de la regla “la posesión equivale al título” es la explicación estándar del sentido del art. 2279 del *Code Civil*. Véase solo, por ejemplo: RIFERT y BOULANGER (1965), p. 147; MAZEAUD y MAZEAUD (1960), p. 172 y COLIN y CAPITANT (1923), p. 1167.

<sup>22</sup> Nótese que con esto no estoy diciendo que las acciones estáticas no son aplicables a los muebles. Por cierto lo son, pero la protección que ellas dan al dominio es escasa.

Es conveniente detenerse aquí solo para llamar la atención sobre este punto, que suele pasar desapercibido: ¿qué significación tienen, cuando son consideradas en conjunto, las diferencias entre el régimen de los bienes inmuebles y el de los muebles? A mi juicio, esta distinción tiene una centralidad mucho mayor de la que se le atribuye. Las diferencias que hemos notado más atrás entre muebles e inmuebles pueden resumirse diciendo que el régimen de los muebles es mucho más fáctico que el régimen de los inmuebles. En materia de propiedad y posesión, decir eso es algo parecido a la declaración del *Code* de que la posesión equivale al título, porque significa que en los muebles la facticidad equivale a la normatividad. El punto, por cierto, exige mayores precisiones y calificaciones que no pueden ser abordadas aquí<sup>23</sup>.

Que las acciones posesorias sean inmuebles, entonces, no crea un problema especial de desprotección del dominio. Pero eso no quiere decir que no haya aquí un problema, solo quiere decir que no está en las reglas aplicables a los muebles. El problema está en la relación entre el régimen de acciones reales y la posesión inscrita. En otros textos ya nos hemos referido a este problema, en relación con la acción reivindicatoria<sup>24</sup> y de la acción de precario<sup>25</sup>. Más adelante veremos otra dimensión de este problema, al referirnos a la prueba de la posesión (a continuación).

---

Si se excluyera la posibilidad de reivindicar cosas muebles se perdería algo, pero nada extraordinariamente importante. Si se excluyera la posibilidad de recuperar las especies robadas probando “preexistencia y domino”, por otro lado, eso alteraría todo el régimen del dominio sobre bienes muebles.

<sup>23</sup> Esto no pasó inadvertido a la aguda mirada de Rudolf von Ihering: “El comprador del campo ó del bosque debe tomar posesión de él. ¿Qué debe hacer para este efecto? Se traslada solo ó con el comprador al fundo. ¿Y después? Si ve, inspeccionará la finca. Si es ciego no tiene ni este recurso, y se vuelve, según la teoría de los jurisconsultos, con la conciencia de haberse apropiado de esta manera físicamente, con su poder, el fundo! Pero si eso fuera cierto, sería preciso afirmar lo mismo en el caso en que otra persona cualquiera realizara el mismo paseo con intención de apropiarse la posesión; ahora bien: para otro, ni el paseo ni la inspección tienen absolutamente efecto alguno que se compare con eso la adquisición de la posesión sobre las cosas muebles. El mismo acto de aprehensión que procura al comprador la posesión de las cosas muebles, le basta con el propio fin al ladrón y al bandido. ¿Por qué tal diferencia?”. Su respuesta es que la posesión de inmuebles es normativa donde la de los muebles es fáctica, aunque no usa exactamente esas palabras: refiriéndose a la inspección y el paseo que sirven de tradición al adquirente, explica: “este acto no procura el poder físico sobre la cosa, sirviendo sólo para comprobar la transmisión de la posesión y de la propiedad, que se realiza mediante el acuerdo recíproco. Lo que falta á este acto en fuerza real y en cacia, es decir, con relación á la sumisión física de la cosa, se suple mediante las circunstancias jurídicas que le acompañan. En estas es donde reside toda la energía del acto; sin ellas lo que queda no es más que un simple paseo”. IHERING (1892), pp. 203-204.

<sup>24</sup> Véase ATRIA (2017a).

<sup>25</sup> Véase ATRIA (2017c).

Y al final de este texto habrá que enfrentarlo directamente. Por ahora hay que enfatizar que la posesión inscrita implica que la posesión de bienes inmuebles no es una cuestión de *corpus* y *animus* a la manera del art. 700, sino una cuestión de títulos: quién es el que tiene inscrita la cosa a su nombre. Pero la lógica de los interdictos posesorios es que ellos descansan sobre una noción de despojo tan fáctica como la noción de posesión. Al normativizar la noción de posesión, se normativiza la noción de despojo, y los interdictos posesorios dejan de ser el medio ágil y eficaz de protección del dominio que justifica su existencia<sup>26</sup>.

### *La prueba en los juicios posesorios*

§13. La aparente anitnomia entre los arts. 924 y 925 del CC

Esta es una de las cuestiones más controvertidas respecto de la llamada “teoría de la posesión inscrita”. Se refieren al tema los arts. 924 y 925, que conviene transcribir íntegramente:

“Art. 924. La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla.

Art. 925. Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión”.

La lectura literal de estos dos artículos hace aparente que ellos contienen reglas precisamente opuestas: mientras el art. 924 dispone que la posesión solo puede ser probada mediante la inscripción, de modo que “no es admisible ninguna prueba de posesión con la que se pretenda impugnarla”, el 925 dispone que la posesión del suelo se prueba “por hechos positivos de

<sup>26</sup> Podrá pensarse que esto significa que el argumento del texto principal depende de tomar posesión entre las dos escuelas en disputa sobre la “teoría de la posesión inscrita”. Para una explicación de la disputa y la bibliografía relevante, véase PESCIO (1978), tomo IV, pp. 348-369. Aunque esto en alguna medida es verdad (es decir, las cuestiones que estamos discutiendo son afectadas por la posición que uno asuma en esa disputa) el impacto es considerablemente menor de lo que suele pensarse. Véase ATRIA (2005), pp. 74-76, ATRIA (2013), pp. 28-30. La normativización de la posesión es radicalizada cuando la inscripción es considerada una ficción, pero se produce también cuando ella es considerada garantía. Lo que normativiza la posesión es el registro y lo que más adelante llamaremos el “principio de integridad del registro”, que es aceptado por ficcionalistas y garantistas.

aquellos a los que solo da derecho el dominio”. En términos de medios de prueba admisibles, es difícil formular dos reglas más perfectamente opuestas.

Pero esto, por cierto, no es suficiente para configurar una antinomia. Porque para que dos reglas sean antinómicas no basta que su contenido sea contradictorio, es necesario también que sus ámbitos de aplicación sean concurrentes, es decir, que ambas sean aplicables a los mismos casos.

Es claro que la solución del problema debe estar en la diferenciación de los ámbitos de aplicación de cada una de estas reglas; esto es, la antinomia debe ser solo aparente. También es claro que el tenor literal de ambos artículos identifica su ámbito de validez de modo diverso: el 924 se aplica a la prueba de “la posesión de los derechos inscritos” mientras el 925 se aplica a la prueba de la “posesión del suelo”. Pero no es claro qué implica esto respecto de la posesión y su prueba. La pregunta, entonces, es ¿cómo diferenciar las condiciones de aplicación de cada artículo.?

Respecto de esta cuestión, dos posibilidades han sido defendidas: la primera, de la que ya en 1957 podían decir Arturo Alessandri *et al.* que había sido abandonada por la jurisprudencia “hace ya más de medio siglo”<sup>27</sup>, sostiene que la distinción relevante es entre la posesión *de derechos* y la posesión *del suelo*. Aquí el art. 924 contendría una regla para la prueba de la posesión de cosas incorpóreas y el art. 925 para la prueba de la posesión de cosas corpóreas. La segunda solución entiende que lo que diferencia el ámbito de aplicación de cada una de estas reglas es la naturaleza inscrita o no de la posesión: si se trata de una posesión inscrita, su prueba está gobernada por el art. 924; si se trata de una posesión no inscrita, debe probarse conforme al art. 925.

Es claro que la segunda es, al menos, el inicio de la comprensión correcta. Por lo pronto, porque solucionaría la antinomia. Adicionalmente, porque si el art. 924 se refiriera a la posesión de cosas incorpóreas, dejaría una laguna notoria: no permitiría probar la posesión de cosas incorpóreas no inscritas. Y no hay razón alguna que justifique una diferencia tan notoria entre la posesión de cosas corpóreas y la posesión de cosas incorpóreas. El Registro mismo, por último, es una razón especialmente fuerte para distinguir la prueba de la posesión inscrita de la prueba de la posesión no inscrita. Permitir la prueba de la posesión conforme a lo dispuesto por el art. 925 es negar el sentido de la inscripción posesoria, porque significaría que para determinar el estatuto posesorio de una cosa (quién posee, desde/hasta cuándo posee, qué posee) la inscripción concurriría

---

<sup>27</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA, *et al.* (1957), p. 827. La defiende ÁLVAREZ (1928), pp. 36-45. A pesar de su título excesivamente provocador (y su tesis, a mi juicio, en definitiva incorrecta), el texto de Humberto Álvarez contiene la que, en mi opinión, es por lejos más sofisticada en la doctrina chilena de la posesión en general y la posesión de inmuebles.

simplemente como un medio de prueba más, pudiendo ser derrotada mediante la prueba de hechos materiales como los aludidos por el art. 925 (construcción de edificios, cerramientos, plantaciones, etc.). Si esto es posible, el registro de posesión no tiene sentido. Con la advertencia ya indicada, de que este tema excede con mucho lo que puede ser explicado aquí, creo que esta observación debe ser el fundamento de la reconstrucción de las reglas de posesión inscrita, y puede llamarse el “principio de integridad del registro”: *el estatuto posesorio de una cosa inmueble inscrita es inmune a circunstancias de las que no hay constancia registral*<sup>28</sup>.

#### §14. Los artículos 924 y 925 y el principio de integridad del Registro de Bienes Raíces

Esto lleva a una solución relativamente simple para la aparente antinomia entre estos dos artículos: el 924 se aplica en los casos en que la posesión está inscrita, y contiene una afirmación completa del principio de integridad del registro: cuando el estatuto posesorio de una cosa está decidido por el registro, “no es admisible ninguna prueba de posesión” distinta de la que se funde en los asientos registrales<sup>29</sup>. Cuando dicho estatuto no está decidido por el registro, entonces, no estando comprometido el principio de integridad del mismo, la posesión habrá de probarse mediante los medios a los que hace referencia el art. 925.

26

#### §15. Cuatro casos típicos

Habiendo interpretado las dos reglas envueltas de este modo, es conveniente distinguir los casos típicos en los que la cuestión se ha trabado. Ello porque, como veremos, la versión original de la teoría de la posesión inscrita llevó a su autor, Humberto Trucco, a exagerar la relevancia de la inscripción, dándole a estos artículos una interpretación que iba más allá de la justificada por el principio de integridad. Para eso es conveniente distinguir los casos que él mismo distingue, comentando las afirmaciones de Tomás A. Ramírez sobre esta misma cuestión.

En principio, la cuestión de la aplicación del art. 925 se puede plantear respecto de los siguientes casos:

<sup>28</sup> La razón principal por la que la explicación que sigue no es ni pretende ser completa es que ella ignora el problema de lo que se ha dado en llamar “inscripciones de papel”. Originalmente identificado por URRUTIA (1934). Hablar del principio de integridad del registro sin discutir el problema de las inscripciones de papel es incompleto. Por eso es importante recordar que ahora no se pretende desarrollar y defender el principio de integridad del registro, sino delimitar el ámbito de aplicación de los arts. 924 y 925.

<sup>29</sup> Nótese que esto no prejuzga respecto del problema de las dobles inscripciones, en que hay dos posesiones que tienen correlato registral (por eso es principio de integridad *del registro*, y no *de la inscripción*). Volveremos sobre eso más adelante.

- (a) de las posesiones inscritas cuya inscripción no tenga un año completo y de la posesión de bienes inmuebles no inscritos;
- (b) de la posesión material de un inmueble inscrito a nombre de otro, como condición de ejercicio de la acción reivindicatoria del poseedor inscrito contra el poseedor material y
- (c) del inmueble que aparece inscrito a la vez a nombre de dos o más personas distintas que disputen sobre su posesión<sup>30</sup>.

A los anteriores, hay que agregar un caso adicional, que quizá no es sino la especificación del caso (b):

- (d) el del poseedor material que pretende probar su posesión contra la inscripción del otro.

La razón por la que este no es sino la contrapartida de (b) es que si la posesión material cuenta para los efectos de la acción reivindicatoria como “posesión”, entonces ha de contar para los efectos de la prescripción y los interdictos posesorios.

Sin notar que el caso (d) es una especificación del caso (b), Tomas Ramírez sostiene que el art. 925 es aplicable a los casos (a), (b) y (c). Humberto Trucco, por su parte, concurre con Ramírez solo en el primer caso. El segundo caso (b) mira a las condiciones de ejercicio de la acción reivindicatoria, que exigen al reivindicante probar la posesión del demandado. Ramírez entiende que el poseedor inscrito que reivindica un predio que está siendo detentado por el demandado puede, para satisfacer la exigencia del art. 895, probar la posesión de este conforme al art. 925.

Humberto Trucco, por su parte, niega que el art. 925 pueda ser aplicable al caso (b), porque, entonces, se trataría de una posesión material de un predio inscrito. Pero la consecuencia de esto es que el inscrito que ha sido despojado “carecerá de la acción reivindicatoria”<sup>31</sup>, porque esta solo puede dirigirse en contra del poseedor. Esto, nos dice, “no es para alarmar a nadie”,

“porque espedito tiene el camino para instaurar una acción nominada o innominada cualquiera contra el detentador de la propiedad”<sup>32</sup>.

Y en esta acción todo lo que tendrá que probar es que el demandado detenta una cosa ajena, lo que podrá hacer usando cualquier medio de prueba “ya que la ley no ha fijado al respecto ninguno especial y privativo”<sup>33</sup>. Y en todo caso, si el poseedor inscrito no puede usar la acción reivindicatoria,

---

<sup>30</sup> Véase la carta de Tomas A. Ramírez a Humberto Trucco reproducida en TRUCCO (1910), pp. 145-150. La identificación de los casos de aplicación de art. 925 en *ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

siempre podrá, según Trucco, “instaurar una acción nominada o innominada cualquiera contra el detentador de su propiedad”<sup>34</sup>. La práctica posteriormente encontró esa “acción nominada o innominada cualquiera” a la que Trucco hacía referencia: la acción de precario<sup>35</sup>.

Esto es una solución dogmáticamente inaceptable, aunque útil en sentido forense. Su discusión, sin embargo, es parte de aquella sobre la acción reivindicatoria, lo que no puede hacerse aquí<sup>36</sup>. Preliminarmente, en todo caso, lo que hay que decir es que la acción reivindicatoria debe dirigirse en contra del poseedor porque solo este tiene una pretensión de dominio que es reconocida por el Derecho (que por eso lo pone camino a adquirir por prescripción). Por consiguiente, la posesión del demandado de reivindicación (el caso) es la misma posesión de quien se hará dueño (el caso d). El caso (b) y el caso (d) son el mismo supuesto, y entonces la cuestión es si la posesión de un bien inscrito puede probarse mediante los medios a los que se refiere el art. 925. Veremos que el sentido del registro es precisamente excluir la prueba de la posesión conforme al art. 925 en estas dos situaciones. Esto es el principio de integridad del registro.

La solución de Trucco es dogmáticamente inaceptable porque que el poseedor inscrito simplemente no tenga una acción en contra de quien lo ha despojado materialmente es una fisura sistemática demasiado significativa. No se trata de un caso inusual y marginal que puede ser ignorado por el legislador y al que la jurisprudencia tendrá que buscarle prudencialmente una solución, es el caso central. Y de hecho, la acción de precario se ha convertido en una suerte de acción restitutoria general<sup>37</sup>.

Pero el tema ahora no es la reivindicación, sino la prueba en los interdictos posesorios. Debemos, entonces, atender al caso (c), el de dobles inscripciones. Su importancia en el régimen de posesión inscrita justifica tratarlo en un párrafo separado.

### *El problema de las dobles inscripciones*

#### §16. Ramírez y Trucco sobre dobles inscripciones

Si un predio aparece inscrito independientemente a nombre de dos o más personas, Ramírez creía que la prueba conforme al art. 925 debía determinar cuál de ambos tenía la posesión.

<sup>34</sup> TRUCCO (1910), pp. 145-150.

<sup>35</sup> Para una explicación del camino seguido por la jurisprudencia para encontrar esta acción cualquiera, véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2005). En general, sobre la acción de precario, véase ATRIA (2017c), *supra*, n. 4.

<sup>36</sup> Véase ATRIA (2017a), *supra*, n. 3.

<sup>37</sup> PÉREZ (2014); PEÑAILILLO (2006), p. 535.

Trucco, en cambio, sostuvo que en este caso tampoco es aplicable el art. 925:

“no nos parece ni siquiera cuestionable que sea lícito extender la aplicación de este artículo hasta hacerlo decidir en el caso de aparecer un inmueble inscrito á la vez á nombre de dos ó más personas. Ello importaría desconocer en lo absoluto la eficacia de la inscripción como requisito, garantía y prueba de la posesión y tendería á minar por su base todo el sistema tan ingeniosamente calculado por el legislador para obtener que la inscripción sirva como garantía cierta de una posesión pública y manifiesta que permita llegar un día al desideratum en que posesión, prescripción y propiedad sean término idénticos. No hay que olvidar, por otra parte, que dentro de la organización de nuestro Registro Conservatorio así como dentro de las prescripciones legales del *C. Civil*, no pueden concebirse dos inscripciones simultáneas á favor de distintas personas, que se neutralicen mutuamente: ello significaría socabar en su esencia y fundamento la fe del Registro Conservatorio. Es principio dominante sobre esta materia el de que no puede cesar una posesión inscrita sin que haya cancelación de la inscripción anterior (art. 728 del *C.C.*); y si en el hecho, pues, el Conservador inscribe una misma propiedad á favor de dos :distintas personas por ignorancia, descuido ó culpable connivencia, no se ve por qué la inscripción posterior habría de primar sobre la anterior, que, á juicio de la ley, radica en el primer inscrito un derecho inestinguible mientras no haya una debida cancelación de su inscripción. Menos se ve porqué habría de recurrirse á la prueba del goce material, que consagra el artículo 925, para. decidir en el conflicto de dos inscripciones, cuando es fácil, prescindiendo de este artículo, discernir cuál de estas inscripciones debe tenerse por nula y sin valor, á la luz de todas las prescripciones de la ley relativas á la inscripción. Así, si alguien vende separadamente un mismo inmueble á dos personas y á las dos le hace entrega (única forma de hacerla es la inscripción), debe ser preferido aquél que primero inscribió (art. 1817 del *C.C.*)”.

29

Trucco comete aquí dos errores. El primero es que trata a la posesión como si fuera un derecho, y le aplica la regla del dominio. Es claro que si una persona vende su cosa dos veces el dueño será aquel a quien se le haga primero la tradición. Si el antiguo dueño entrega después de eso la cosa al segundo comprador, se tratará ahora de una tradición hecha ya por quien no era dueño. Pero es también claro que la posesión, a diferencia de la propiedad, puede adquirirse en tradición de quien no es dueño (art.

683). Para determinar qué es lo que suceda con la posesión lo que ocurre o no con el dominio es irrelevante. La referencia al art. 1817, entonces, es impertinente<sup>38</sup>.

#### §17. El exceso de protección desprotege

En segundo lugar, Trucco llega demasiado lejos en su defensa de la posesión inscrita, con la consecuencia de que el exceso de protección se transforma, irónicamente, en desprotección. A Trucco esto le ocurre por que su propia interpretación atenta contra el principio de integridad del registro (él, por cierto, no usa ese término): le da tanta importancia que termina ignorándolo<sup>39</sup>.

En efecto, nuestro autor trata al titular de la inscripción más nueva del mismo modo en que trata al poseedor material de un bien inmueble inscrito a nombre de otro: en ambos casos, la apariencia de posesión es entera y totalmente falsa, de modo que tanto el segundo poseedor inscrito como el material no tienen posesión. Pero al tratar a estos dos casos del mismo modo es Trucco quien está desconociendo el valor de la inscripción, que podrá no obligar a una determinada solución (sobre eso es, precisamente la discusión), pero que exige reconocer al que tiene una inscripción una posición cualitativamente distinta que al que solo tiene la detentación material. El segundo poseedor inscrito, después de todo, tiene una pretensión con respaldo registral de la que carece el que solo tiene la posesión material. Tratar a los dos del mismo modo es otra manera de negar el principio de integridad del registro.

Dado el modo en que está organizado el Registro no hay manera de excluir la posibilidad de dobles inscripciones. Como no se trata de un registro real, en que la identificación independiente del predio sirva para identificar todas las inscripciones relativas a él, dos series independientes y paralelas pueden correr por largo tiempo sin unirse, por lo que cada una debe ser considerada por separado. Desde el punto de vista de la integridad del Registro, lo problemático es que un poseedor inscrito descubra que la inscripción que lo beneficia da cuenta de una mera apariencia de pose-

---

<sup>38</sup> Hay algo más que decir acerca de la regla del art. 1817, esta vez en términos del dominio. La cuestión no será tratada aquí, sino solo mencionada. La regla del art. 1817 tiene que ser redundante, porque las reglas generales ya implican una consecuencia para el caso regulado por ese artículo y si la solución contenida en él fuera distinta de las reglas generales, el problema sistemático que eso causaría sería considerable. Parte de la solución es entender que la regla del art. 1817 no está dirigida al vendedor para especificar a cuál de los dos compradores ha de entregarle la cosa, sino al juez cuando uno de los compradores está demandando el cumplimiento forzado y en ese juicio aparece el otro comprador pidiendo que la cosa se le entregue a él.

<sup>39</sup> Esto es lo que en ATRIA (2017a) fue llamado “la paradoja de Ihering”.

sión. Por eso es necesario excluir la apelación a la posesión material para derrotar a la posesión inscrita; pero con la misma razón habría que decir que, desde el punto de vista de la integridad del registro, es problemático que, con base a una serie paralela e independiente de inscripciones, la posesión inscrita de uno sea derrotada. En este segundo caso el efecto es el mismo: una pretensión con respaldo registral es derrotada.

§18. El principio de integridad del Registro es irrelevante para decidir entre dos inscripciones

Como no es posible que existan dos posesiones independientes sobre el mismo bien, cuando hay dobles inscripciones alguien necesariamente habrá de perder. Y el que pierda verá derrotada su posesión inscrita, con lo que el principio de integridad del registro quedará comprometido. Pero obsérvese cuidadosamente que cualquier solución al problema de las dobles inscripciones producirá este compromiso del principio fundamental. Es decir, que lo que compromete el principio no es la *solución* al problema de las dobles inscripciones, sino *el hecho de que el problema haya surgido*. Por eso, la fiabilidad del registro descansa en evitar el problema, no en el modo de solución. Cuando el problema aparece, el daño ya está hecho y no queda sino recoger los pedazos.

Esto tiene una consecuencia importante, ignorar la cual llevó a Humberto Trucco al error que estamos considerando: frente al problema de las dobles inscripciones, el principio de integridad del registro no tiene consecuencia alguna. Precisamente porque el principio ya está comprometido cualquiera que sea la solución que se dé a este problema, es irrelevante para la solución.

En efecto, la “fe del registro conservatorio” que Trucco invocó contra Ramírez es el principio de integridad del registro: es la idea fundamental de que, si el bien está inscrito, su estatuto posesorio queda fijado definitivamente por el registro, por lo que nada más que la inscripción posesoria es pertinente. Si la determinación registral del estatuto posesorio de una cosa es vencida por apelación a consideraciones que carecen de correlato registral, la inscripción deja de ser un documento autosuficiente para conceder posesión. Por esto en el caso (b) (y en (d)) la prueba de la posesión conforme al art. 925 es inadmisibile. Y entonces Trucco usa este principio para solucionar también el caso (c).

Pero como ya hemos visto, llegó demasiado lejos. Cuando se trata de dobles inscripciones ambas partes descansaron en el registro, por lo que una de ellas necesariamente quedará decepcionada pese a tener una inscripción en apariencia válida. El problema de cuál inscripción debe ser preferida no puede ser solucionado preguntándose cómo salvaguardar la

fe en el registro, porque la fe en el registro está afectada por el solo hecho de que la pregunta deba ser planteada. Cualquiera de las dos opciones dañará la confianza en el registro. En la solución propuesta por Trucco, el poseedor inscrito que posee con el mérito de la segunda inscripción será decepcionado. Pero es evidente que esta solución debe intranquilizar también al titular de la primera inscripción, porque él no tiene manera de estar seguro que no hay una inscripción *anterior a la suya*; del mismo modo que el titular de la segunda inscripción fue sorprendido por la existencia de la primera. Y nótese, además, que no le sirve descansar en el hecho de haber estado inscrito por más de diez años, porque si aparece una inscripción anterior a la suya se encontrará, de acuerdo con Trucco, con que no ha tenido posesión durante todo este tiempo, por lo que su plazo de prescripción, que creía cumplido, no ha empezado a correr. Por cierto, la solución es organizar el registro de modo que esta situación no se plante, y cuánta confianza merezca el registro dependerá de cuán probable es que esta situación ocurra (aquí se encuentra el argumento más fuerte para pasar a lo que se denomina el “folio real”<sup>40</sup>). Pero si ocurre, nada hay que argumentar desde el punto de vista de la integridad del sistema registral, porque si hay dos inscripciones vigentes dicha integridad ya ha sido perjudicada.

32 Como hay dos inscripciones incompatibles, cada una de las cuales da a su titular posesión exclusiva del bien en cuestión, una deberá ceder. En este contexto, atender a la posesión material probada conforme al art. 925 parece lo más adecuado. En esto, la tesis de Ramírez es más fiel al régimen de posesión inscrita que el propio Trucco deseaba defender.

### §19. Recapitulación

Reconstruyendo lo dicho podemos decir, respecto del ámbito de aplicación de los arts. 924 y 925:

- (1) Que por razones sistemáticas estos artículos deben ser interpretados de acuerdo con el principio fundamental del régimen de la posesión inscrita, el *principio de integridad del registro*. Conforme a este principio, cuando se trata de un inmueble inscrito, su estatuto posesorio (quién posee, qué posee, desde y hasta cuándo posee) es inmune a circunstancias de las que no hay asiento en el registro. Si la cosa no está inscrita, se prueba conforme a las reglas generales. Entonces,
- (2) el art. 924 se aplica a los bienes inmuebles inscritos, cuya primera inscripción (de la línea respectiva) tenga una antigüedad de al menos un año;

<sup>40</sup> Véase, por ejemplo, GONZÁLEZ (2008), pp. 335-338.

- (3) el art. 925 se aplica a los bienes inmuebles no inscritos, y a los inscritos cuya primera inscripción de la línea respectiva no tenga al menos un año de antigüedad;
- (4) el art. 925 se aplica también en el caso de dobles inscripciones.

*Estudio particular de las querellas posesorias generales  
(amparo, restitución, restablecimiento)*

La querella de restablecimiento

§20. La querella de restablecimiento es el paradigma de interdicto posesorio

Como ya hemos visto, la interpretación tradicional, que entiende el sistema de acciones de modo invertido, cree que la querella de restablecimiento es un caso discutible de interdicto posesorio. Pero dado el criterio de reconstrucción que estamos utilizando aquí, la querella de restablecimiento no solo no es un caso problemático sino que es la querella que refleja el sentido de los interdictos de modo más claro y notorio. Las otras dos querellas, la de restitución y de amparo, pueden reconstruirse por referencia a la querella de restablecimiento.

La querella de restablecimiento está contenida en el art. 928 del *Código Civil*:

“Art. 928. Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas en el estado que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses”.

Esta regla permite hacer las siguientes observaciones:

§21. Lo que la hace surgir es el despojo violento

Ella tiene como condición al despojo violento, que es una forma especialmente clara de ilicitud del desplazamiento. Nótese que no hay referencia al modo de detentación del que fue víctima del despojo. Esto es lo que ha llevado a algunos a decir que este interdicto protege al mero tenedor y, por eso, en rigor, no es un interdicto posesorio<sup>41</sup>. Ya hemos visto la confusión entre forma y substancia, entre estructura y función, que esta

<sup>41</sup> PEÑAILILLO (2006), pp. 558-559; ALESSANDRI, SOMARRIVA, *et al.* (1957), pp. 901-902.

afirmación supone. Lo que ahora nos interesa es notar que es el despojo violento el que califica la detentación: la acción la tiene “todo el que ha sido despojado de la posesión o de la mera tenencia”. La conjunción “posesión o mera tenencia”, no tiene por finalidad restringir la acción solo al poseedor y mero tenedor, sino ampliarla a toda forma de detentación que admita el despojo violento. Esto es lo importante: será necesario para quien ejerce la acción probar su previa detentación de la cosa, pero no porque el art. 928 exija un determinado modo de detentación, sino porque la detentación de la cosa es condición necesaria para haber sido víctima del despojo violento. La acción la tiene todo el que detenta la cosa en condiciones tales que puede ser violentamente despojado.

§22. La querrela de restablecimiento requiere de categorías posesorias que el *Código Civil* ignora. El servidor de la posesión

Lo interesante de mirar de este modo el interdicto es que así aparece una modalidad de posesión que en el Derecho chileno no tiene reconocimiento legal, que no tiene siquiera una nomenclatura. Es sabido que en el Derecho alemán y el español, por ejemplo, es posible la posesión en concepto distinto de dueño. Aunque esta expresión en el *Código Civil* es una contradicción en los términos, aquí la cuestión es solo de palabra: en general, lo que en el Derecho alemán y español se denomina así en el Derecho chileno es llamado “mera tenencia”. Pero este no es el final del asunto: La posesión en concepto distinto de dueño es una forma de detentación de la cosa que limita, por un lado, con la posesión a nombre propio (que es lo que nosotros llamamos “posesión”, la del art. 700 del *Código Civil*, la que permite acceder al dominio a través de ella) y, por el otro, con el “servidor de la posesión”. Esta es la categoría que en el Derecho chileno no existe. El servidor de la posesión es quien detenta la cosa sin que su detentación cree a su respecto un interés protegible frente al dueño (o, en rigor, al poseedor al que sirve). Aunque esta noción es ignorada por el *Código Civil* y por la doctrina chilena, en el caso de la querrela de restablecimiento es necesaria.

En efecto, en el Derecho chileno la categoría de “mero tenedor” cubre dos casos que aquí necesitamos diferenciar:

- (a) el caso del que detenta la cosa para servir un interés propio, independiente e, incluso, potencialmente opuesto al del dueño, y que, por lo tanto, obliga al dueño (como el arrendatario) y
- (b) el caso del subordinado del dueño que detenta la cosa para realizar un interés del dueño (como el jardinero que usa los utensilios del dueño para realizar sus labores de jardinería en el predio del dueño)<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> En el Derecho alemán y los que lo siguen (como el español), el primer caso recibe la denominación de “posesión en concepto distinto de dueño” y el segundo es el del “servidor

Usando estas categorías ajenas a la doctrina chilena: el interdicto lo tiene el que posee a nombre propio y el que posee a nombre ajeno, lo que quiere decir: el poseedor y el mero tenedor. Pero no lo tiene el servidor de la posesión, precisamente porque su detentación es en interés del dueño (o poseedor), no del detentador mismo. Si el servidor de la posesión es violentamente despojado, el que es despojado de forma violenta es el dueño, o aquél a cuya posesión el servidor sirve. Si es despojado por el dueño, no tiene interdicto contra el dueño, sin perjuicio de que la violencia puede justificar otra acción (penal o indemnizatoria, civil o laboral, etc). Pero no tiene acción para recuperar la tenencia de la cosa, porque su detentación de la cosa era en interés del dueño, no en atención a un interés oponible al dueño.

### §23. Se funda en la sola violencia del despojo

Que es un caso especialmente notorio y claro de ilicitud del desplazamiento. El actor, entonces, no necesita probar nada más que el despojo violento, y el demandado no puede oponer excepción alguna, ni siquiera la de despojo (violento o no) anterior.

Es por eso una interpretación trivialmente errada la que hace Pablo Rodríguez, que entiende la letra y el sentido del art. 928 de modo exactamente invertido (en parte porque lo cita de manera incorrecta). Según Pablo Rodríguez,

El inc. 1º del art. 928 priva de esta acción [de restablecimiento], cuyo objetivo es evitar que la fuerza se imponga por sobre el derecho, a *los poseedores clandestinos y violentos* (“que no se les pueda objetar clandestinidad ni despojo anterior”)<sup>43</sup>.

La cita es, por cierto, incorrecta: el “que no” que Rodríguez ubica dentro de las comillas no aparece en el *Código Civil*. Y por eso es claro que el art. 928 no dispone que el despojado tendrá acción siempre “que no se le pueda objetar clandestinidad ni despojo anterior”, sino precisamente lo contrario, como queda en evidencia al citar la oración completa y no solo una parte de ella: si ha sido despojado violentamente, el actor tiene derecho a ser restablecido, “*sin* que para esto necesite probar más que el despojo violento, *ni* se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior”.

En todo caso el error de Rodríguez ilustra la ironía de la protección posesoria: para excluir la violencia y la justicia privada, es necesario pro-

---

de la posesión”. Al respecto, véase WESTERMANN, WESTERMANN *et al.* (2007), tomo 1, pp. 165-173, 181-186; LACRUZ BERDEJO (2008), pp. 30-31, 62-63; DIEZ PICAZO y GUYÓN (1998), pp. 68-71.

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ (2006), pp. 50-51.

teger, incluso, a aquel cuya detentación es reconducible a la violencia o la justicia privada. Porque Rodríguez quiere “moralizar” el Derecho, y por eso quiere negar toda protección a las expectativas del poseedor vicioso<sup>44</sup>. Pero su interpretación fomenta la violencia, porque autoriza el uso de la violencia privada para despojar a quien, a su vez, ha despojado con violencia. En efecto, el profesor Rodríguez sostiene que si uno aceptara la lectura natural de la regla del art. 928, que permite ejercer la acción al que habiendo originalmente despojado con violencia es, a su turno, violentamente despojado,

“Se llegaría al absurdo, a nuestro juicio, de que quien sustenta su posesión en la violencia puede accionar contra quien se la arrebata de la misma manera invocando en su beneficio el imperio de la ley”<sup>45</sup>.

Es claro que cada uno es soberano para considerar absurdo lo que desee. Pero es igualmente claro que, si se desea excluir la violencia privada, lo que a juicio del profesor Rodríguez es absurdo es precisamente lo que es necesario. Porque Rodríguez en los hechos legitima la violencia privada del *ojo por ojo, diente por diente*. Es decir, violencia ejercida no ya para defender un derecho (como en la legítima defensa, lo que supone un ataque en curso), sino para *recuperar una cosa que se ha perdido con violencia*. Es decir, en la medida en que la violencia sea ejercida en contra de quien previamente actuó con violencia, es una manera adecuada de restablecer las cosas a la situación anterior. Si esto no es legitimar la violencia privada, no se ve que podría ser. La solución del *Código* es precisamente la contraria: todo desplazamiento obtenido por la violencia, por eso mismo y con independencia de lo que haya ocurrido antes, es ilícito y la víctima tiene derecho a ser restablecida. Una vez restablecida la víctima podrá discutirse quién tiene derecho. Es exactamente la regla del art. 928, cuyo inciso 2º dispone:

“Restablecidas las cosas, y asegurando el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan”.

§24. “Este derecho prescribe en seis meses” (art. 928)

Sobre la “prescripción” de las acciones posesorias habrá que volver con detención más adelante (infra, § 28).

<sup>44</sup> La pretensión de “moralizar el ejercicio del Derecho” es declarada por Pablo Rodríguez desde la presentación de su libro: véase RODRÍGUEZ (2006), pp. 50-51.

<sup>45</sup> *Ibid.*

## §25. La querrela de restablecimiento contra terceros

Suele sostenerse que la querrela de restablecimiento sigue el régimen de las acciones personales, y por eso alcanza solo al que despojó violentamente, pero no a quien le sucede en la posesión. Así Alessandri *et al.*, citando a Aubry y Rau, que sostienen que la querrela de restablecimiento,

“Cuyo principio generador se encuentra en una vía de hecho contraria a la paz pública, es esencialmente *personal* y no puede ser ejercida contra un tercero detentador sino en cuanto podría considerársele como cómplice de esta vía de hecho, por haber sucedido de mala fe al autor del despojo violento”<sup>46</sup>.

Peñailillo concurre<sup>47</sup>.

Pese a la autoridad de estas opiniones, la conclusión es incorrecta. Desde luego, en el *Código Civil* hay una regla expresa, conforme a la que

“Art. 927. La acción para la restitución puede dirigirse no sólo contra el usurpador, sino contra toda persona, cuya posesión se derive de la del usurpador por cualquier título.

Pero no serán obligados a la indemnización de perjuicios sino el usurpador mismo, o el tercero de mala fe; y habiendo varias personas obligadas, todas lo serán *insolidum*”.

Podría decirse que el art. 927 se aplica solo a la querrela de restitución (art. 926), no a la de restablecimiento (art. 928). Pero no hay razón que justifique esta diferencia. La regla del art. 927 distingue en el interdicto una dimensión real y una dimensión personal. La dimensión real es la que tiene que ver con la detentación de la cosa y eventualmente su restitución; la personal con la indemnización de los perjuicios. Lo mismo ha de valer para la querrela de restablecimiento. Por lo demás, si de “moralizar” se trata, no hay razón para tratar al que adquiere del que despojó con violencia mejor que al que adquiere del que despojó sin violencia.

El despojo violento inicia una nueva línea posesoria, porque es claro que constituye una anomalía. Como hemos explicado, cualquier posesión que sea parte de esa línea o de una línea posterior está al alcance de este interdicto.

Lo que probablemente está detrás de la facilidad con la que los autores llegan a una conclusión que no tiene fundamento en las reglas del *Código* y se enfrenta a una regla contraria (la del art. 927) es la radicalidad con la

<sup>46</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA *et al.* (1957), p. 907 (destacado en el original).

<sup>47</sup> PEÑAILILLO (2006), pp. 559-560.

que la querrela de restablecimiento ignora la posición del poseedor. En efecto, cuando se trata del que ha despojado violentamente parece correcto hacer oídos sordos a su pretensión de que su detentación sea tratada como el *statu quo* a ser defendido mientras alguien no pruebe un derecho a la cosa. Pero el adquirente del que despojó con violencia se encuentra en una situación cualitativamente distinta, y eso es probablemente lo que lleva a los autores a negar en este caso la querrela de restablecimiento. Si no procediera la querrela de restablecimiento, quien quiera recuperar la cosa deberá recurrir a una acción que reconoce la normatividad creada por la posesión del adquirente de quien despojó violentamente, al menos en el sentido mínimo de la querrela de restitución. Pero la ley soluciona este problema de una manera distinta. Porque debe observarse que el uso de la querrela de restablecimiento contra el sucesor del autor del despojo violento es una cuestión puramente académica, por dos razones: primero, porque el interdicto “prescribe” en seis meses contados desde el momento del despojo, lo que es un plazo extraordinariamente breve; y segundo, porque quien en ese caso desee usar la querrela de restablecimiento no tiene mucho que ganar con ella. Al dirigir la acción no ya contra el que lo despojó violentamente, sino contra el que adquirió la cosa de manos de este, al demandante no le bastará probar el despojo violento del antecesor del demandado, sino deberá probar que el demandado es su sucesor en la pretensión de dominio. Y con esto perderá buena parte de lo que hace atractivo al interdicto de restablecimiento.

Esto nos enseña, de nuevo, que la finalidad legislativa no necesariamente se logra en forma directa, sino a través de una estructura configurada cuidadosamente: la ley es tan sensible como las opiniones que hemos considerado a la necesidad de estabilización, pero asume una posición menos moralista y menos dependiente de la contingencia de las personas; más adecuada, en breve, al régimen de las cosas. En vez de introducir una limitación *ad hoc* cuando razones morales lo hacen aconsejable, la racionalidad del sistema adecuadamente reconstruida permite recoger y dar lo suyo a la diferencia entre el que despojó violentamente y el que adquiere de él.

La querrela de restitución

§26. La querrela de restitución

La querrela de restitución está contemplada en el art. 926:

“Art. 926. El que injustamente ha sido privado de la posesión, tendrá derecho para pedir que se le restituya, con indemnización de perjuicios”.

Como puede observarse, es una acción que supone una estabilidad mayor que la de restablecimiento en el sujeto pasivo, aunque la causal que la justifica es más amplia. En cuanto a lo segundo, la referencia genérica es a la ilicitud (“injustica”) del desplazamiento. Es decir, el querellante deberá mostrar que ha sido despojado ilícitamente de la posesión de la cosa. Esto implica que deberá probar su propia posesión.

Esta cuestión es interesante, pero ignorada por la explicación tradicional. En efecto, ella es formulada invertidamente, por lo que comienza con la idea de que los interdictos tienen como “misión específica” proteger a la posesión<sup>48</sup>. Comenzando desde ese punto de partida, la cuestión no aparece como digna de atención: ¿Por qué el querellante de restitución debe probar su posesión? ¿Por qué no le basta, como en la querrela de restablecimiento, probar la ilicitud del desplazamiento?

Si continuamos invirtiendo la explicación tradicional, veremos que la respuesta no está en algo acerca del querellante que es digno de protección (su posesión), sino en algo acerca del querellado que debe ser respetado: él tiene la cosa, por lo que para quitársela el querellante debe probar tener un interés jurídicamente protegido, en la forma de una pretensión de dominio reconocida por el Derecho (posesión). Ello porque, aunque la posesión del querellado es suficientemente inestable como para poder ser atacada mediante la prueba de la ilicitud del desplazamiento (y no el derecho del actor) tiene una estabilidad mayor que la que puede ser atacada mediante la *sola* prueba de esa ilicitud.

La exigencia de posesión del querellante crea para la explicación tradicional el mismo problema que en la acción publiciana<sup>49</sup>: ¿qué es lo que tiene el querellante, si ya ha perdido la posesión? Al igual que en el caso de la publiciana, el problema desaparece con la explicación que estamos defendiendo en este texto, porque es consecuencia de la inversión en la que descansa la explicación tradicional.

La querrela de amparo

§27. La querrela de amparo está contenida en el art. 921

“Art. 921. El poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella, que se le indemnice del daño que ha recibido, y que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme”.

<sup>48</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA *et al.* (1957), p. 772. En este mismo sentido, ROZAS (1998), pp. 388, 399 y CLARO SOLAR (1979), tomo IX, pp. 484 ss, 513 ss.

<sup>49</sup> Véase ATRIA (2017a).

Este interdicto supone actos que en los hechos entorpecen el goce sin interferencia de la cosa. Como en el caso de la querrela de restitución, tiene un componente puramente personal, indemnizatorio. Pero ese componente personal no agota el contenido de la acción. El interdicto de amparo sirve para acabar con actos de entorpecimiento y para prevenir actos futuros de entorpecimiento.

Cuál es la forma precisa que esos actos actuales o inminentes de entorpecimiento han de adoptar es algo sobre lo que no se puede decir mucho en abstracto. En principio, lo que hay que decir es que se trata de actos que interfieren con el uso y goce de la cosa por el dueño y en ese sentido son protección del contenido del derecho de dominio. Nótese que, a pesar de la opinión en contrario del profesor Peñailillo<sup>50</sup>, esos actos no tienen por qué amenazar la posesión de actor, pueden ser inmisiones, es decir, interferencias de terceros con el uso de la cosa hecho por el poseedor<sup>51</sup>. El interdicto de amparo retiene de la forma de los interdictos posesorios la idea de que lo que decide la cuestión es la ilicitud de esos actos de interferencia<sup>52</sup>.

A pesar de esto, es claro que en la medida en que las acciones reales son reconstruidas como lo han sido aquí, el interdicto de amparo es una acción anómala. Su explicación es que se trata de una suerte de desborde de los otros dos interdictos posesorios: ya que existen esos interdictos, es posible anticipar la protección y hacer del objeto de la acción no el despojo, sino la amenaza del despojo. Y, puesto que es posible usar la querrela contra la amenaza del despojo, no hay razón alguna para negarla en el caso de turbaciones que no están dirigidas a impugnar la posesión, sino a su ejercicio (“inmisiones”).

¿Prescripción o caducidad de los interdictos posesorios?

§28. ¿Prescriben los interdictos posesorios?

Si el dueño del predio adyacente a un inmueble no inscrito corre sus cercos y usurpa parte del predio vecino, el usurpado puede ejercer la querrela de

<sup>50</sup> PEÑAILILLO (2006), p. 555.

<sup>51</sup> Sobre inmisiones y el uso de la querrela de amparo al respecto, la referencia ahora obligada es la obra del profesor Carlos Amunátegui. Véase, entre otros, AMUNÁTEGUI (2012), pp. 103-115; AMUNÁTEGUI (2009), pp. 520-521.

<sup>52</sup> ¿Pero no es necesario, cuando el interdicto es utilizado en casos de inmisiones, alegar un derecho sobre la cosa? Si fuera así, habría una razón para apoyar la posición de Peñailillo. A mi juicio, no es necesario nada más que acreditar la posesión. El contenido de la posesión es una pretensión de dominio, por lo que la cuestión será si el acto del tercero cuenta como inmisión, asumiendo la propiedad del demandante (probada como consecuencia de la prueba de la posesión). La propiedad del actor aquí es lo que hace ilícita la acción del demandado.

amparo mientras el usurpador intenta consolidar su posición erigiendo el cerco o, incluso, antes, mientras se prepara para moverlo (art. 921 del *CC*), o la de restitución si el cerco ya ha sido erigido y todavía no ha transcurrido un año desde su erección (arts. 926, 920 del *CC*), o la de reivindicación si ha pasado más de un año. Aquí lo que debe ocupar nuestra atención es este plazo, extraordinariamente breve, de las querellas posesorias. Como se trata de acciones reales, dicho plazo *no es un plazo de prescripción*: las acciones reales no prescriben, porque no pueden extinguirse por vía principal<sup>53</sup>. Lo que el *Código* llama “prescripción” de las acciones posesorias (arts. 920, 928) no es tal, sino caducidad. La diferencia es importante, y no es reducible solo a una cuestión de palabras.

### §29. Diferencia entre caducidad y prescripción

En general, la caducidad supone que una determinada posición jurídica o derecho, de la que se dice que está sujeta a caducidad, tiene una finalidad que es interna a ella, por lo que cuando dicha finalidad se frustra o hace imposible, la posición jurídica se modifica o el derecho se extingue<sup>54</sup>. Es decir, la caducidad de un derecho o de una acción es la *consecuencia* de un cambio en la situación jurídica respectiva, no la *causa* de ese cambio. A diferencia de la caducidad, la prescripción supone que la situación respectiva se mantiene sin cambio, y el solo transcurso del plazo hace que, por expresa declaración legislativa, sea modificada. Aquí la situación jurídica es alterada por una regla que la declara alterada al cumplirse un determinado plazo. La diferencia, descrita así en abstracto, es clara: en el caso de la caducidad, lo que ocurre es un cambio en la situación jurídica respectiva que acarrea la extinción del derecho o acción que se dice caducar; en el caso de la prescripción el derecho o acción se extingue pese a que no ha habido cambio alguno en la situación jurídica respectiva. La caducidad es consecuencia de un cambio en la situación, la prescripción no supone tal cambio, sino ella misma cambia la situación.

En el caso de las acciones reales (incluidos los interdictos posesorios), el hecho de no ser ejercidas no las extingue por prescripción. Ellas siempre se extinguen como consecuencia de la extinción de la situación o derecho al que ellas accedían: la acción reivindicatoria se extingue como consecuencia de la extinción del dominio.

Si el plazo de seis meses o un año tras el cual los interdictos se extinguen no puede ser entendido como un plazo de prescripción, sino como de caducidad, tendremos que decir que el transcurso de ese plazo implica que la situación jurídica que justificaba la disponibilidad de los interdic-

<sup>53</sup> BARCIA (2008), p. 83; MÉNDEZ (1995), pp. 153-154.

<sup>54</sup> Véase ATRIA y SALGADO (2016), pp. 105-107.

tos ha cambiado por lo que ya no se justifica que ellos estén disponibles. Ahora bien, ¿de qué situación se trata?

§30. Las acciones dinámicas suponen que el Derecho no reconoce el *statu quo* originado por el despojo

Algo ya hemos dicho al respecto, al comentar en general el sentido de las acciones que se fundan en la sola ilicitud del desplazamiento. Mirar a la sola ilicitud del desplazamiento implica negar la relevancia de la situación a la que ese desplazamiento dio lugar. Cuando el Derecho reconoce la relevancia de esa situación, la trata como posesión. Que sea posesión quiere decir que el Derecho le permite desplegar su propia normatividad, la normatividad implícita en la detentación de la cosa a la manera del dueño.

Espero que esto no suene ni místico ni misterioso, porque solo quiere decir algo así como lo que aparece en la regla del inc. 2° del art. 700: se presume que el poseedor es dueño, y por eso para acabar con esa posesión será necesario probar (mediante el ejercicio de la acción estática correspondiente) o que el poseedor no es dueño (porque el dueño es el actor) o que el actor tiene mejor derecho a la cosa. Las acciones estáticas son necesarias desde que el Derecho reconoce en la detentación del eventualmente demandando un *statu quo* digno de ser protegido. Las acciones dinámicas proceden antes de ese momento; es decir, antes de que la situación creada por el despojo alcance a ser reconocida por el Derecho como un *statu quo* a ser mantenido *qua statu quo*. Así, los interdictos posesorios tratan a la detentación del demandado como algo que todavía no alcanza el nivel de reconocimiento suficiente como para que se le deje desplegar su propia normatividad, y por eso para atacarla no es necesario que el actor alegue derecho alguno. Le bastará mostrar que la detentación que él impugna tiene su origen en un acto ilícito. Por eso la querrela de restablecimiento es el paradigma de acción posesoria, la que muestra lo característico de esas acciones del modo más transparente posible. Y, por lo mismo, caduca tan rápidamente, porque la detentación, aun la adquirida con violencia, comienza a generar su propia normatividad con rapidez. A los seis meses ya no será suficiente mostrar que ella es reconducible al despojo violento, y habrá que mostrar posesión del que ejerce la acción. Al año ni eso será suficiente, y se presumirá el dominio del que tiene la cosa, por lo que solo podrá ser impugnado mediante la acción reivindicatoria.

Dicho de otro modo, lo que caracteriza a los interdictos posesorios y los distingue de otras acciones reales es la precariedad de la detentación que ellos sirven para impugnar: los interdictos suponen una detentación que no es reconocida siquiera como posesión por el Derecho, y que, por consiguiente, puede ser impugnada sin invocar derecho alguno por parte

del querellante; las demás acciones (la reivindicatoria, la publiciana) suponen una detentación que es reconocida como posesión por el Derecho y que, entonces, solo puede ser vencida si el actor prueba tener derecho sobre la cosa. Por consiguiente, para delimitar el ámbito de aplicación de los interdictos posesorios es necesario determinar *el momento en el cual la detentación originada en el despojo ya no es entendida como mero despojo y ha devenido posesión*. En principio, esta podría ser tratada como una cuestión de hecho, y ser objeto de prueba en el procedimiento respectivo. Pero eso es incompatible con el régimen de las cosas, que requiere que las peculiaridades y contingencias de las personas envueltas no afecten la detentación de las cosas. Entonces el *Código Civil* corta por lo sano mediante la regla del art. 920: si la detentación ha durado al menos un año, al que la quiera impugnar ya no será suficiente mostrar que tiene su origen en el despojo, tendrá que alegar su propio derecho. Al año del despojo, en otras palabras, la ley reconoce al que despojó el estatus de poseedor, y *en consecuencia* los interdictos se extinguen. Es decir, no se extinguen por vía principal, sino por vía indirecta, como consecuencia del reconocimiento legal de que la situación que ellos pretendían corregir ha mutado en una situación distinta: el despojo ha dado origen a la posesión. Ese plazo, entonces, es de caducidad, no de prescripción<sup>55</sup>.

43

### §31. Prescripción y caducidad de las acciones reales y personales

Es crucial distinguir estas dos maneras de entender el plazo del art. 920: como prescripción o como caducidad. Para clarificarlo, puede ser útil tener a la vista, además de la regla del art. 920, lo dispuesto en el art. 950 respecto de las querellas posesorias especiales:

---

<sup>55</sup> Conforme al inc. 1º del art.º 920: “Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella”. ¿No es este un plazo de prescripción? Lo que está en juego es si un acto de turbación puede consolidarse de modo que la víctima del mismo no tenga el interdicto en contra de él. La situación no se presenta, porque la prescripción no puede comenzar a correr mientras subsiste la amenaza o turbación (es decir, debe entenderse que la referencia al “acto de molestia o embarazo” es una referencia a todo el acto de molestia o embarazo, lo que incluye su inicio, su desarrollo y su finalización). Por consiguiente, la prescripción solo comienza a correr cuando el acto de molestia o embarazo ha cesado. Pero al haber cesado este acto o la amenaza se ha concretado en pérdida de la posesión, y ahora procede la acción de restitución, o el problema ha quedado solucionado, por lo que la acción quedaría transformada en una de perjuicios (aquí, por cierto, importa determinar si la querrela de amparo protege, como se ha sostenido tradicionalmente siguiendo a Luis Claro Solar, a las amenazas al estatus posesorio del poseedor o si ella incluye “inmisiones”). Para una discusión de esta última cuestión y referencias, véase AMUNÁTEGUI (2009), pp. 108-109.

“acciones concedidas en este título para la *indemnización de un daño sufrido*, prescriben para siempre al cabo de un año completo.

Las dirigidas a *prevenir un daño* no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo”.

La distinción en la que descansa el art. 950 es la que ya hemos hecho entre acciones reales y personales, es decir, entre dos modos de protección de los derechos subjetivos. El primero busca que el deudor que ha incumplido compense de modo alternativo a su acción originalmente debida (normalmente el pago de una indemnización) la infracción que ya se ha realizado; el segundo, por su parte, mira a intervenir fácticamente con la acción de quien infringe el derecho para que dicha infracción no se cometa o cese<sup>56</sup>. Las condiciones bajo las cuales estas dos formas están disponibles tienen una diferencia considerable: la primera es una compensación normativa y la segunda una intervención fáctica. Para que una compensación normativa sea posible basta que una norma así lo declare; pero que una intervención fáctica sea posible depende de los hechos, de que haya una facticidad que intervenir en primer lugar. Por consiguiente, la intervención fáctica es contingente (puede ser posible o no) en un sentido en que la compensación normativa no lo es. Por eso la procedencia de las acciones reales (las que pretenden intervenir fáctica con la acción de alguien) depende de que la acción que infringe el Derecho *pueda ser actualmente intervenida*. La procedencia de las acciones personales, por su parte, no depende de la facticidad de las cosas. Si la obligación no se puede cumplir ella subsiste, pero cambia de objeto, porque el fin de estas acciones no necesariamente es obtener la realización precisa de la acción debida, sino satisfacer un interés económico del acreedor. La obligación de indemnizar por el incumplimiento de un derecho no puede, por su propia naturaleza, devenir (como la que pretende intervenir con la acción ilícita del deudor) imposible o inútil. Aquí yace la explicación de la prescripción extintiva. Las acciones del primer tipo se proyectan indefinidamente en el tiempo, y plantean, entonces, una cuestión ajena a las segundas: la necesidad de establecer un límite para su ejercicio, de modo de estabilizar situaciones jurídicas. *Solo tratándose de acciones de este tipo tiene sentido hablar de prescripción extintiva*.

Por eso la distinción del art. 950: las acciones indemnizatorias (inc. 1º) no dependen de la posibilidad de intervenir fácticamente con la acción ilícita del deudor, y por eso necesitan estar sujetas a un criterio adicional que limite su procedencia con la finalidad de estabilizar situaciones

<sup>56</sup> Esta es, por cierto, la diferencia entre lo que Calabresi y Melamed llamaron una “regla de propiedad” y una de “responsabilidad”. Véase CALABRESI y MELAMED (1972).

jurídicas (la prescripción). Las dirigidas a precaver un daño (inc. 2) no prescriben, porque subsisten mientras sea posible intervenir con la actividad ilícita del deudor (es claro que el modo de expresión del inc. 2º es en rigor impropio: no se trata de que cuando haya cesado el justo motivo para temer el daño la acción se extinga por prescripción, sino que como no “prescriben” mientras haya motivo para temer el daño ellas siempre estarán disponibles para evitar el daño).

Como acciones reales que son, las querellas posesorias son del segundo tipo, es decir, pretenden intervenir fácticamente con la acción de quien está actualmente infringiendo o turbando el ejercicio de un derecho con la finalidad de terminar o prevenir esa infracción o turbación. El plazo de un año contenido en el art. 920, por eso, no es un plazo de prescripción, sino la forma en que la ley identifica una situación que puede ser calificada como intervención puramente fáctica. Vencido ese año debe decirse no que la acción del poseedor ha prescrito, sino que ya no es poseedor, es decir, que el despojo alcanzó un grado de estabilización tal que ya ha dado origen a posesión en el otro y, por consiguiente, el despojado ya no es poseedor.

*La incoherencia que introduce el régimen de posesión inscrita  
al sistema de acciones reales*

45

### §32. Sobre la teorización jurídica y su dimensión forense

El énfasis dado en la sección anterior a la diferencia entre prescripción y caducidad de los interdictos posesorios puede parecer una exageración conceptualista. Pero los conceptos no son indiferentes. Si es verdad que las acciones reales no prescriben, que la ley trate a las acciones reales como aquellas que prescriben tiene que tener alguna significación. Tiene que significar, por ejemplo, que los interdictos no son acciones reales. Y que los interdictos no sean acciones reales no solo quiere decir que no debemos usar la expresión “acciones reales” para referirnos a ellos, sino que no pueden cumplir sus funciones. Pero por otra parte existen para cumplir esas funciones, lo que crea un problema: habrá algo que el sistema de acciones reales necesita, pero no tiene. Eso es, por cierto, protección adecuada del dominio.

Porque se trata de algo que se nos ha ido apareciendo en cada paso. Al tratar de la acción reivindicatoria y la exigencia de que ella se dirija contra el poseedor puede observarse un problema en el sistema de acciones del *Código Civil*<sup>57</sup>. Dicho problema se explica porque el sistema de acciones no toma en cuenta la posesión inscrita. Si esa explicación es correcta, el

<sup>57</sup> ATRIA (2017a).

problema debería reaparecer en cada caso en el que el régimen de posesión inscrita tuviera consecuencias que se apartan de las que se seguirían de un régimen posesorio fundado en el concepto de posesión del art. 700. Y eso es precisamente lo que podemos apreciar, ahora en las condiciones de operación de los interdictos posesorios.

Las dificultades con las que se encuentra el que pretende ejercer la acción reivindicatoria, o los casos en los que el dueño carece de acción y ha sido necesario buscarle “una cualquiera”, como decía Trucco, o la dificultad de diferenciar correctamente la acción de demarcación y la reivindicatoria, son todos problemas conocidos y para los cuales hay una o más soluciones que se han defendido y probado. Algunas de esas funcionan con más eficacia que otras, etc. Todo esto es sabido. Pero las soluciones son identificadas, defendidas o criticadas en términos puramente forenses, es decir, en términos de qué es lo que conviene al abogado o qué es lo que debe hacer el juez cuando tenga que tomar la decisión.

En buena parte, esto es consecuencia de una característica notoria de la práctica jurídica chilena, que al menos en materia civil o por lo bajo en materia de propiedad y posesión carece de reflexión propiamente “teórica”<sup>58</sup>. Para constatar esto basta mirar la literatura disponible, que consiste casi exclusivamente en:

46

- (a) memorias de prueba,
- (b) alegatos y
- (c) manuales de enseñanza orientados a estudiantes<sup>59</sup>.

Dadas estas características de la literatura, no es extraño que la reflexión tenga un déficit de abstracción y sistematicidad, y un superávit de orientación forense.

Ahora bien, es verdad que el Derecho es práctico, no teórico<sup>60</sup>. La dimensión forense es evidentemente primaria frente a la teorización académica. Esto suele llevar al “práctico” a mirar con cierta distancia a la teoría, a verla como un ejercicio inútil, un (en el mejor de los casos) mero despliegue de erudición. Y no cabe duda de que tendrá razón en muchos casos. Si este texto fuera nada más que eso, no se habría justificado el esfuerzo de escribirlo.

---

<sup>58</sup> Yo creo que el problema que se identifica en el texto principal hace un par de décadas afectaba a todo el Derecho Civil. Diferentes áreas del mismo han ido superando esta condición, de modo que hoy lo dicho en el texto principal no vale, o vale con muchos más calificativos, para áreas como responsabilidad civil y familia y en menor medida contratos. Propiedad (derechos reales) y sucesorio son las áreas de las que eso sigue siendo más verdadero.

<sup>59</sup> Es probable que esto esté cambiando. Ya hay, por ejemplo, tesis de doctorado sobre propiedad, y eso es un buen signo. Véase SALAH (2015).

<sup>60</sup> Un inmejorable punto de partida para reflexionar sobre esto es DETMOLD (1989).

Porque la teorización (la construcción dogmática) toma reglas y construye sistemas, de modo de explicitar las conexiones y vinculaciones que la racionalidad del Derecho Positivo supone. Para eso necesita desarrollar conceptos, instituciones y principios que permiten entender lo que existe de manera más sofisticada. Esta comprensión agudizada de las cosas puede ser (y yo creo que es) valiosa en sus propios términos, porque entender siempre es mejor a no entender. Pero aparte de esto es necesaria para enfrentar los problemas de aplicación que afligen a abogados y jueces. Es necesaria porque sin ellas no es posible entender por qué surgen los problemas que surgen, qué contaría como una solución, cuales son los problemas de las soluciones alternativas, y qué efectos en otras áreas del Derecho puede tener una determinada solución.

Una reflexión jurídica fundamentalmente forense carece de los recursos necesarios para llegar más allá de los problemas forenses, de lo que es acertado y necesario en un caso, sea un caso particular (el del abogado que necesita decidir cómo vehicular la pretensión que su cliente acaba de narrarle), sea de un caso genérico (como el de un profesor que escribe para esos mismos abogados, explicándoles cómo dar forma a pretensiones como esas). El resultado es que las soluciones por regla general serán suficientes para salir del paso, pero empezarán a generar problemas como los que el sistema de acciones pretendía solucionar: arbitrariedad judicial, impredecibilidad, desproporcionalidad, etcétera.

47

### §33. La operación del sistema de acciones cuando es posesión del art. 700

El sistema de acciones reales está diseñado sobre el concepto de posesión del art. 700, no de la posesión inscrita. Y cuando dicho sistema debe operar con un concepto normativizado de posesión, el de posesión inscrita, empiezan a aparecer los problemas. Para verlos del modo más transparente posible, primero describiremos la operación del sistema de acciones ignorando completamente la posesión inscrita. Luego nos preguntaremos cómo esa operación se ve afectada al introducir el régimen de posesión inscrita.

Comencemos, entonces, preguntándonos cómo opera el sistema de acciones en un caso de posesión no inscrita, en que A posee una cosa inmueble y es despojado injustamente por B. Si el despojo fue violento, A tendrá la querrela de restablecimiento. Esto quiere decir que por seis meses contado desde la fecha del despojo la ley mirará a la detentación de B de un modo tan precario que le bastará a A probar el despojo violento para que B sea obligado a restituir, sin tener que probar que tipo de detentación tenía y sin que B pueda defenderse diciendo que es él el que tiene derecho sobre la cosa o que A lo había despojado con violencia previamente, etcétera.

Como está dicho, la precariedad máxima que la ley atribuye a la detentación de B durará por seis meses (art. 928). Transcurrido ese plazo, la ley comenzará a reconocer alguna normatividad en la detentación de B. Pero ese reconocimiento legal es todavía escaso, y por eso A todavía puede obtener la restitución de la cosa sin que B pueda alegar tener derecho a la cosa (art. 923), mediante la querrela de restitución. Para eso tendrá que probar que:

- (a) antes del despojo, poseía la cosa y
- (b) que ha sido injustamente privado de esa posesión (art. 926), ya sea por B o por un antecesor de B en la línea posesoria respectiva (art. 927).

Al año, la ley reconocerá la estabilidad de la nueva situación, por ilícito que haya sido su origen en el despojo, y entenderá que B es poseedor de la cosa. Como consecuencia de esta mutación en la situación jurídica, la querrela de restitución caducará. Pero *por la misma razón* por la que la querrela de restitución ha caducado A tiene ahora la acción reivindicatoria, porque B es poseedor. Atendidas las circunstancias, normalmente A podrá dirigir en contra de B la acción publiciana, porque el despojo es evidentemente el punto final de la línea posesoria de la cual él es el último poseedor y el punto inicial de una nueva línea en la cual B es el primer poseedor. A entonces, podrá probar que tiene mejor derecho que B y le bastará probar su posesión regular para ser protegido (le bastará probar, por ejemplo, que compró y recibió la cosa de manos de quien la detentaba como dueño, y no necesitará probar que su tradente era dueño). Y si eso no es el caso, A tendrá que usar la acción reivindicatoria.

Nótese como así reconstruido el sistema opera correctamente, permitiendo al que ha sido privado de la posesión que use la acción que es menos exigente en la medida en que esa acción sea suficiente para dar cuenta de la controversia. Nótese también que, como las acciones están debidamente escalonadas, el hecho de que una no sea procedente implica que otra lo será, hasta llegar a la acción que no deja pretensión alguna subsistente una vez que es exitosamente ejercida.

#### §34. La operación del sistema de acciones ante la posesión inscrita

Este sistema colapsa frente a la posesión inscrita. Conforme al inc. 2° del art. 728, el despojo realizado por B no afecta la posesión de A, por lo que la situación anterior al despojo y la posterior a él son *jurídicamente idénticas*: A es poseedor de la cosa, B no lo es<sup>61</sup>. Y como la situación antes

<sup>61</sup> En rigor, B no es siquiera mero tenedor, porque no detenta en lugar y a nombre de otro (art. 714). Su detentación es radicalmente invisible para el derecho. Véase ÁLVAREZ (1928), pp. 22-24.

y después del despojo es la misma, la situación antes y después de que se cumpla el plazo de seis meses del art. 928 o el de un año del art. 920 tampoco ha cambiado. No hay un cambio en la situación jurídica que implique la caducidad de la acción, por lo que esos plazos deben, ahora sí, entenderse como plazos de prescripción. Es decir, como casos en los que, sin que haya previamente cambiado la situación jurídica respectiva, una acción se extingue directamente.

Dicho de otro modo, tratándose del apoderamiento material de bienes inmuebles inscritos el año al que hace referencia el art. 920 no puede entenderse, como ya hemos visto que corresponde a las acciones reales, como una determinación del momento en que la detentación que el despojo causó comienza a desplegar su propia normatividad, porque el art. 728 niega precisamente esa posibilidad. Pero si la situación jurídica del detentador no ha variado en absoluto, el hecho de que la querrela no pueda ya ejercerse no puede ser explicado como caducidad, y es inevitable entender que se ha extinguido por prescripción (por el mero transcurso del tiempo). Ahora pese a que la detentación continúa siendo legalmente ignorada; a pesar de que *no* ha adquirido el grado adicional de reconocimiento que, pese a su facticidad, la ley reconoce a la posesión; a pesar de todo esto, el despojado no puede ejercer la acción que tiene por finalidad atacar la pura facticidad. Y no puede ejercerla porque ha prescrito. Esta es una conclusión absurda. Pero, por otro lado, es también absurdo decir que una detentación pública que ha durado más de un año continúa siendo pura facticidad. Y el absurdo se radicaliza al notar que, en su afán de proteger al poseedor inscrito, en rigor el art. 728 deja al dueño sin acción contra el usurpador, cuando ya ha transcurrido un año desde el despojo. En efecto, no solo se extingue por prescripción el interdicto sino que el dueño tampoco tiene la acción reivindicatoria, porque el usurpador no tiene la posesión de la cosa<sup>62</sup>. Otra vez, el exceso de protección implica desprotección.

Es, de nuevo, la paradoja de Ihering, de que el exceso de protección desprotege<sup>63</sup>. El sentido legislativo del art. 728 es *aumentar* la protección de la propiedad inscrita, pero en los hechos la *disminuye*: el despojado puede protegerse, como el no inscrito, del despojo mediante las querrelas posesorias durante el primer año, pero después de ese plazo ya no tiene acción: ya no tiene las querrelas, pero no tiene la reivindicatoria porque su posesión está tan protegida que no la ha perdido. Nótese que una solución *ad hoc* (como sostener que en este caso la posesión que la

<sup>62</sup> Véase ATRIA (2017a).

<sup>63</sup> “La institución hecha para [el dueño] se resuelve en su contra”: IHERING (1974), p. 184. Esta es la “paradoja de Ihering”: Véase ATRIA (2017a).

acción reivindicatoria supone perdida es la material<sup>64</sup>) deja subsistente el problema, porque la exigencia de que el demandado sea poseedor no es solo un requisito formal de procedencia de la acción arbitrariamente impuesto por el legislador: se conecta, como hemos visto, a su sentido, ya que como protege el dominio solo puede intentarse ante quien reclama dominio (solo puede afirmarse categóricamente la ilicitud de la detentación por quien no es dueño cuando ella se hace a título de dueño –como posesión). Y por aplicación de la regla del inc. 2º del art. 728 el usurpador no inscrito de un inmueble inscrito no tiene un reclamo de dominio reconocido jurídicamente siquiera en principio. De modo que el dueño no perderá el dominio, porque no ha perdido la posesión, y el usurpador no lo va a adquirir, porque no es poseedor. La situación inestable en la que una persona es dueña de una cosa, pero no la detenta, y otra detenta una cosa como dueño, pero no es ni llegará a serlo, podría en principio prolongarse indefinidamente.

Esto puede enfrentar al inscrito a una situación peculiar: él es poseedor, por lo que el otro no puede alegar la prescripción en su beneficio (art. 728 inc. 2º) *aunque hayan transcurrido más de 10 años de detentación material*; pero no puede ejercer la acción de protección del dominio, la reivindicatoria, porque si la ejerce reconoce la posesión del demandado y le reconoce, entonces, el fundamento de su derecho para alegar la adquisición por prescripción. No hay nada de raro en que el dueño pierda el dominio cuando otro lo adquiere por prescripción. Aquí lo incoherente es que, producto de la protección adicional del poseedor inscrito, no ha perdido la posesión y por eso el detentador no ha adquirido el dominio, pero no tiene acción para que se le restituya la cosa.

La conclusión es evidentemente insostenible: no es posible concluir que el dueño no tiene acción cuando otro se ha apoderado materialmente de su cosa y que el que se ha apoderado no es poseedor ni lo será nunca, ni él ni sus sucesores en el título. Nótese que el problema es causado por las reglas de posesión inscrita, porque, paradójicamente, si el despojado no hubiera tenido inscrito su predio se encontraría en mejor posición, porque, al menos, durante los diez primeros años podría usar la acción reivindicatoria para recuperar su cosa. Como la conclusión es inaceptable, es necesario *encontrarle una acción al dueño*. Esto es lo que ha llevado al crecimiento desmesurado e irracional de la acción de precario, que en los hechos se ha transformado en la acción fundamental de protección del dominio<sup>65</sup>. La situación es evidentemente absurda, porque la acción de precario no está configurada legalmente para cumplir esta función. Hoy se ha hecho un lugar común destacar la irracionalidad de la jurisprudencia de preca-

<sup>64</sup> Véase BARCIA (2017).

<sup>65</sup> Véase ROSTIÓN (2013) y LARROUCAU y ROSTIÓN (2015); véase también ATRIA (2017c).

rio<sup>66</sup>, y en rigor ese lugar común es correcto: la jurisprudencia de precario no puede ser racionalizada, pero el déficit principal no está en la jurisprudencia, sino en el *Código Civil* (y en la doctrina, que no se ha hecho cargo de este problema), que ignora la posesión de bienes inmuebles. En efecto, la posesión como protección de una situación fáctica que, sin embargo, merece reconocimiento jurídico es una necesidad de estabilización de la propiedad, por lo que sin dicha protección la protección de la propiedad se hace inestable. Esto es precisamente lo que implica el régimen de la posesión inscrita: lo que siempre se ha denominado posesión, caracterizada por su facticidad (a la manera del art. 700) es irrelevante tratándose de bienes inmuebles inscritos. El régimen de acciones reales del *Código Civil*, sin embargo, es un régimen construido sobre el concepto de posesión del art. 700. Lo que hemos visto es que un régimen de acciones reales construido sobre el concepto propio de posesión (art. 700) se hace irracional cuando el concepto de posesión se normativiza, dejando de ser una posición fáctica y pasando a ser un hecho jurídicamente configurado (por la inscripción).

Como lo que estamos discutiendo aquí es el sistema de acciones, la consideración general del régimen de posesión inscrita y el modo en que puede ser reconstruido para evitar estos problemas, si es que se puede, deberá ser dejado para otra ocasión<sup>67</sup>. Lo que hemos observado es que el defecto del sistema es un defecto que requiere solución, y la práctica la ha encontrado: es la acción de precario. Esta es una acción que no forma parte del sistema original de acciones reales, pero debe ser admitida como un miembro honorario. A su consideración monográfica está dedicado un artículo posterior<sup>68</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC (1957). *Curso De Derecho Civil*. 2ª ed. Santiago, Nascimento.
- ÁLVAREZ, Humberto (1928). *La inscripción no es requisito, garantía ni prueba de la posesión de los bienes raíces*. Santiago: Imprenta y librería “Artes y Letras”.
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2009): “No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 36. Santiago.

<sup>66</sup> LATHROP (2011); LARROUCAU y ROSTIÓ; HALABI y SAFFIRIO (1996). En la introducción a esta última obra, los autores señalan –refiriéndose a la acción contemplada en el inc. 2º del art. 2195 del CC que “su escueta reglamentación explica las profundas discrepancias que se observan en nuestra jurisprudencia”.

<sup>67</sup> Por ahora véase ATRIA (2017c) y ATRIA (2017a).

<sup>68</sup> ATRIA (2017c).

- AMUNÁTEGUI, Carlos (2012): “Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmi-  
siones en el Código Civil”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica  
de Valparaíso*. Vol. 38. Valparaíso.
- ARRUÑADA, Benito (2004). *La contratación de derechos de propiedad: un análisis eco-  
nómico*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad.
- ARRUÑADA, Benito (2013). *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de  
los registros públicos*. Madrid: Civitas.
- ATRIA, Fernando (2003). “Derechos reales”. *Revista de Derecho de la Universidad  
Adolfo Ibáñez*. Vol. 1. Santiago.
- ATRIA, Fernando (2005). “Derechos reales”. *Revista de Derecho de la Universidad  
Adolfo Ibáñez*. Vol. 2. Santiago.
- ATRIA, Fernando (2013). “Derechos reales”. *Revista de Derecho de la Universidad  
Adolfo Ibáñez*. Vol. 3. Santiago.
- ATRIA, Fernando (2016). *La forma del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- ATRIA, Fernando (2017a). “El sistema de acciones reales, parte especial: la acción  
reivindicatoria”. *Ius et Praxis*, en prensa.
- ATRIA, Fernando (2017b). “Sobre el título en la posesión, las cosas al parecer  
perdidas y la ocupación”, en Adrián Schopf y Juan Carlos Marín (eds.).  
*Libro homenaje a Enrique Barros. Lo público y lo privado en el derecho*. Santiago:  
Editorial Jurídica de Chile.
- ATRIA, Fernando (2017c). “Un integrante honorario del sistema de acciones reales:  
la acción de precario”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, en prensa.
- ATRIA, Fernando y Constanza SALGADO (2016). *La propiedad, el dominio público y  
el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*. Santiago: Thomson Reuters.
- BARCIA, Rodrigo (2008). *Lecciones de Derecho Civil chileno. De los bienes*. Santiago:  
Editorial Jurídica de Chile.
- BARCIA, Rodrigo (2017). “La concurrencia de acciones reales a la luz de la juris-  
prudencia de la Corte Suprema en torno a la posesión material”. *Revista de  
Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Vol. XXIV. Antofagasta.
- CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED (1972). “Property rules, liability rules  
and inalienability. One view of the cathedral”. *Yale Law Journal*. Vol. 85.  
New Haven.
- CLARO SOLAR, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*. San-  
tiago: Editorial Jurídica de Chile.
- COLIN, Ambroise y Henri CAPITANT (1923). *Curso elemental de Derecho Civil*. (trad.)  
Demófilo de Buen. Madrid: Reus. Vol. II.
- DETMOLD, Michael J. (1989). “Law as practical reason”. *Cambridge Law Journal*.  
Vol. 48. N° 3. Oxford.
- DÍAZ, C. (1916). *De la posesión y acciones posesorias*. Santiago: Universidad de Chile.
- DIEZ PICAZO, Luis y Antonio Guyón (1998). *Instituciones de Derecho Civil*. 2ª ed.  
Tomo II. Vol. 1.

- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005). “Instituciones jurisprudenciales en el Código Civil chileno”. en María Dora Martinic y Mauricio Tapia (eds.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*. Santiago: Lexis Nexis.
- DWORKIN, Ronald M. (1986). *Law's Empire*, Gedisa edición. (trad.) C. Ferrari, London, Fontana.
- GONZÁLEZ, Joel (2008). “Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces”. *Revista Actualidad Jurídica*. Vol. 18. Santiago.
- HALABI, Fuad y Carlos SAFFIRIO (1996). *La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia*. Santiago: Conosur.
- IHERING, Rudolf von (1892). *La teoría de la posesión*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- IHERING, Rudolf von (1974): “La posesión. Teoría simplificada”, en Rudolf von Ihering. *Estudios Jurídicos*. Buenos Aires: Heliasta.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (2008). *Elementos de Derecho Civil*. Madrid: Dykinson. Tomo III. Vol. 1.
- LARROUCAU, Jorge e Ignacio ROSTIÓ (2015): “Del juicio de precario”, en Rodrigo Barcia (ed.). *Derechos Reales*. Santiago: Legal Publihsing.
- LATHROP, Fabiola (2011). “Diferencias entre la acción de demarcación y la acción de reivindicación. Comentario sentencia Corte Suprema de 17 de agosto de 2010, rol N° 5565-2010”. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, Universidad de Chile*. Santiago. Vol. 1.
- MARÍN, Juan Carlos (2005). “La acción civil en el nuevo código procesal chileno”. *Revista de Estudios sobre la Justicia*. Vol. 6.
- MAZEAUD, Henri y Jean MAZEAUD (1960). *Lecciones de Derecho Civil*. (trad.) L.A.-Z. y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas EuropaAmerica. Vol. v.iv
- MÉNDEZ, Guillermo (1995): *La prescripción de corto tiempo en la legislación chilena*. Santiago: La Ley.
- MILLÁN, Juan (1918). *Estudios sobre las acciones o interdictos posesorios*. Santiago: Universidad de Chile.
- PEÑAILILLO, Daniel (2006). *Los bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PÉREZ, María Francisca (2014). “La protección del dueño ante quien retiene indebidamente un bien. Análisis jurisprudencial del artículo 915 del código de Bello”. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*. Vol. 21.
- PESCIO, Victorio (1978). *Manual de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Vol. 4.
- RIPERT, Georges y Jean BOULANGER (1965): *Tratado de Derecho Civil*. (trad.) Delia García Daireaux. Buenos Aires: La Ley. Vol. VI.
- RODRÍGUEZ, Pablo (2006). *De las posesiones inútiles en la legislación chilena*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROSTIÓ, Ignacio (2013). *El Precario en la Jurisprudencia Chilena*. Santiago: Legal Publishing.

- ROZAS, Fernando (1998). *Los Bienes*. Santiago: Conosur.
- RUZ, Gonzalo. (2011). *Explicaciones de Derecho Civil. Bienes*. Santiago: Thomson Reuters.
- SALAH, María Agnes (2015). *Fisonomía del Derecho de Propiedad sobre los inmuebles. Evolución y desafíos*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- TRUCCO, Humberto (1910). “Teoría de la posesión inscrita dentro del código civil chileno”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Vol. 6. Santiago.
- URRUTIA, Leopoldo (1934). “Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Vol. 31. Santiago.
- WESTERMANN, Harry, Harm Peter WESTERMANN, Karl Heinz GURSKY y Dieter EICKMANN (2007). *Derechos reales*, 7ª ed. (trad.) A. Cañizares *et al.* Madrid: Fundación cultural del notariado.
- ZÚÑIGA, R. (1907). *Interdictos*. Santiago: Universidad de Chile.