

LA POSESIÓN Y LA EMERGENCIA DE LA NORMATIVIDAD*

Fernando Atria**

¿Es la posesión un hecho o un derecho?

§ 1 *Posesión: ¿hecho o derecho?* Esta es una de las discusiones más tradicionales respecto de la posesión: ¿se trata de un hecho o de un derecho? Como ocurre habitualmente con estas controversias tradicionales pasado cierto tiempo, se produce un resultado como de “atrás sin golpes”: la substancia de la controversia se pierde de vista y solo queda la discusión misma, que debe ser expuesta por razones tradicionales pero sin que nada demasiado importante dependa de eso.

Así, por ejemplo, el profesor Daniel Peñailillo explica que esta es una “de las controversias seculares” sobre el tema (PEÑAILILLO ARÉVALO, 2007: 328), y luego explica las posiciones posibles sin que de ellas se sigan consecuencias muy importantes. “En la actualidad”, explica, “el debate parece disminuir, con la conformidad de que es una situación de hecho de la que surgen consecuencias jurídicas y a la que el derecho protege” (*ibid*, 331). Pero es claro que estas dos observaciones que harían disminuir la controversia nunca estuvieron en cuestión.

La solución es insatisfactoria, porque no explica qué es lo que está en juego en la cuestión de la facticidad o normatividad de la posesión. La cuestión es si la posesión es (como la mera detentación de una cosa, usando las palabras en su sentido natural, de diccionario, no “técnico”) algo puramente fáctico, un hecho, o (como el dominio) una entidad normativa. En principio, es claro que podemos distinguir entidades de estos dos tipos, y es también claro que esa distinción es relevante para el derecho. Por ejemplo, Luis Claro Solar correctamente ve en la regla del art. 717 “la diferencia que hay entre la propiedad, un derecho, y la posesión, un hecho” (CLARO SOLAR, 1979: §849, p. 458). Es decir, si la posesión fuera un derecho, sería transferible. Como es un hecho, no lo es. Pero el punto no es solamente clasificar a la posesión aquí o allá. Necesitamos entender la razón por la cual esta clasificación es importante. Lo que veremos más abajo es que la posesión necesita ser un hecho, porque ella solo puede desempeñar la función que le corresponde en la medida en que sea entendida como un concepto puramente fáctico. Un concepto normativo de posesión no hace sino reproducir el problema que la posesión pretende solucionar.

Hechos interna y externamente institucionales

§ 2 *Hechos institucionales y hechos brutos.* Nunca ha estado en discusión que la posesión tiene consecuencias jurídicas. Es decir, si se tratara de un hecho, sería un hecho con consecuencias jurídicas. Y naturalmente esas consecuencias son beneficiosas para el poseedor. La pregunta entonces se transforma en ¿qué diferencia hay entre decir que la posesión es un derecho del poseedor y decir que la posesión es un estado de hecho con consecuencias jurídicas beneficiosas para el poseedor? Una respuesta que tiene plausibilidad inicial es decir que en el primer caso se trata de un hecho institucional, en el segundo de un hecho bruto (SEARLE, 1995: 27-28). La diferencia es que lo que define a un hecho institucional es que él existe en tanto tal en virtud de una regla (llamada “constitutiva”) que le atribuye a un hecho bruto un estatus normativo. En tanto hecho institucional, no puede existir antes de la regla. Así, antes de la regla

* Este artículo es parte del proyecto FONDECyT ____

** Universidad de Chile.

relevante que define al juego del futbol era posible que una pelota pasara bajo tres palos dispuestos de una determinada manera, pero para que eso pudiera ser descrito como un “gol” era necesario que existiera el fútbol. “Gol” es, en este caso, un hecho institucional. Asumiendo esta perspectiva, podemos reformular nuestra pregunta acerca de la posesión: ¿es la posesión como un gol, en el sentido de que es un hecho institucional, posible solo como consecuencia de la existencia de reglas constitutivas que le asignan a la detentación (etc) el sentido institucional de ser “posesión”, o es un hecho bruto?

Esto implica dar un paso, pero todavía no llegamos a destino. En rigor, no cabe duda de que la posesión es un hecho institucional, pero eso todavía no decide si se trata de un hecho o un derecho. Como su propio nombre lo indica, después de todo, los hechos institucionales son hechos también. Un “delito”, por ejemplo, es un hecho, aunque es evidentemente un hecho institucional. En efecto, sin derecho penal no habría delitos, en el mismo sentido en el que sin reglas del fútbol no habría goles. Como concepto jurídico no cabe duda de que la posesión es un hecho institucional, tal como lo son todos los derechos. Por consiguiente la distinción bruto/institucional no corresponde a la distinción hecho/derecho.

§ 3 *Hechos interna y externamente institucionales.* Una manera de continuar es intentar elaborar una tipología más fina de hechos institucionales. Podemos comenzar con los conceptos recién mencionados: el de “gol” en el futbol y el de “delito” en el derecho penal. Sin reglas del futbol, no habría goles, aunque sería perfectamente posible disponer las cosas de modo que los hechos que constituyen el gol (un balón inflado pasando sobre una determinada línea) ocurrieran. En el mismo sentido, antes del derecho penal no podía haber delitos, aunque podía haber homicidios.

Pero detengámonos exactamente ahí: ¿es correcto decir que antes de las reglas de fútbol un gol sin reglas del fútbol es una imposibilidad conceptual *en el mismo sentido* que un delito antes de las reglas del derecho penal? Es claro que hay un sentido en que esto es correcto, pero espero que sea también claro que hay aquí una diferencia que hacer: las razones por las que el homicidio es un delito son razones que existirían sin derecho penal (por cierto, serían razones para tener la institución del derecho penal), pero las razones por las que un balón inflado pasando sobre una línea determinada es un gol no son razones para crear el concepto institucional de “gol”. Los hechos que conforme a las reglas del futbol cuentan como gol solo son importantes dentro de las reglas del futbol, pero los hechos que conforme al derecho penal son un delito de homicidio son importantes fuera del derecho penal. Como lo he explicado latamente en otra parte, en el caso del derecho penal las categorías institucionales evolucionaron o fueron creadas para regular de modo más adecuado la vida y pueden ser por eso entendidas como instituciones que *constituyen* (=crean la posibilidad de hechos institucionales) *para regular*, mientras las reglas del futbol evolucionaron o fueron creadas para hacer posible una actividad que antes no era concebible. Para eso, tienen que crear reglas que permiten calificar ciertas conductas como “lícitas” y otras como “ilícitas”: ellas *regulan para constituir* (ATRIA, 2002: 43-49).

Pareciera que estamos alejándonos demasiado de nuestro tema inicial, pero no es así. Lo que importa es que las categorías institucionales del derecho penal se explican porque ellas prometen ser más adecuadas que una simple lista de acciones prohibidas para identificar correctamente los hechos que deben ser reprimidos o retribuidos etc (no tengo intención aquí de entrar en la cuestión del sentido de la pena). Dicho de este modo, el sentido del derecho penal está fuera del derecho penal. El sentido del futbol no está fuera del fútbol, sin embargo: no se trata de que las reglas del futbol son importantes porque ellas permiten identificar de modo especialmente preciso lo que es importante acerca de un balón inflado pasando sobre una determinada línea.

John Searle, en el contexto de una explicación de los hechos institucionales, usa el ejemplo del dinero, y en particular la evolución de dinero de tres tipos. En efecto,

La descripción que del dinero hacen los libros de texto corrientes identifican tres tipos del mismo: el dinero-mercancía, como el oro, se considera valioso y por tanto, dinero porque la mercancía misma se considera valiosa; el dinero-contrato consiste en trozos de papel que se consideran valiosos porque son notas que prometen pagar al portador con mercancías valiosas, como el oro; y el dinero-*fiat* consiste en trozos de papel respecto de los cuales alguna autoridad o agencia oficial, como un gobierno o un banco central, declara su valor como dinero (SEARLE, 1995: 41-42).

Lo primero que debemos decir es que los tres tipos de dinero son hechos institucionales. Esto es evidente para los dos últimos, aunque podría impugnarse respecto del primero: ¿es el dinero-mercancía un hecho institucional, es decir, un hecho que debe su estatus a la existencia de reglas constitutivas? La respuesta es interesante: no *necesita* serlo (puede ser simplemente un hecho bruto, una determinada cantidad de oro que es considerada intrínsecamente valiosa), pero *puede* serlo. Es decir, es posible que no todo oro cuente como dinero, que “dinero” sea solo el oro que está, por ejemplo, debidamente acuñado. La diferencia es análoga a la que hemos encontrado ente el gol y el homicidio: cuando se trata de dinero-mercancía institucionalmente validado (=debidamente acuñado), el sentido del hecho institucional (el cuño) yace en que facilita la identificación de lo que es pre-institucionalmente importante (la cantidad y calidad de oro contenido en la moneda acuñada). Esto también fue notado por Ihering, que se refiere a este punto al tratar la cuestión del sentido de la forma jurídica, y lo análoga precisamente al cuño de la moneda: “el cuño dispensa del contraste y del peso del metal, en una palabra, del valor intrínseco de las monedas, ensayo que viene a ser indispensable cuando se trate de metal no acuñado” (IHERING, 1998: 657).

Nótese la diferencia con el dinero-*fiat*: cuando es dinero-*fiat*, el hecho de haber sido producido de la manera legalmente establecida no se explica como una manera de identificar lo que es pre-institucionalmente valioso, sino porque el valor es creado de ese modo. Esto tiene una consecuencia de la mayor importancia: si en un caso de dinero-mercancía el cuño de la moneda de oro resulta ser falso, el tenedor se encontrará en la necesidad de pesar y determinar la cantidad de oro de que dispone, pero una vez que eso haya sido determinado el oro en que la moneda consiste valdrá como el oro de las monedas debidamente acuñadas. Es decir, la falsedad del cuño es irrelevante, salvo en cuanto priva al usuario de lo que éste pretendía facilitar. Pero si un billete de dinero-*fiat* es falso, carece totalmente de valor. En este sentido, puede decirse que, aun cuando se trate en ambos casos de hechos institucionales, en algún sentido el dinero-*fiat* es más institucional que el dinero-mercancía.

Es decir, no todos los hechos institucionales son iguales. Para lo que nos importa, podemos distinguir entre hechos que, como el dinero-*fiat*, son institucionales por ser, por así decirlo, producidos al interior de la institución, mediante el ejercicio de potestades normativas institucionalmente conferidas, y hechos institucionales que lo son, como el dinero-mercancía acuñado, porque alguna regla constitutiva les atribuye directamente, sin la mediación de poderes institucionalmente configurados, ese estatus. Así (aunque después veremos que incluso esto es demasiado simple), un contrato es un hecho institucional que surge al interior de la institución, en el sentido de que algo vale como contrato solo en la medida en que es reconocido como *ejercicio de potestades institucionales* (la potestad contractual). Pero un delito no es un hecho institucional en el mismo sentido, porque el delito no debe su estatus institucional al hecho de ser reconocido como ejercicio válido de una suerte de potestad delictual. Un delito es un hecho bruto (es decir, un hecho que no requiere de reglas constitutivas para existir, como matar a otro) al que las reglas institucionales le atribuyen directamente (sin la

mediación de poderes institucionales) un estatus institucional¹.

Esta distinción de los hechos institucionales entre hechos internos a la institución y hechos externos a ella puede permitirnos avanzar. Porque permite dar explicación a otras distinciones que son de cierta importancia. J. E. Penner, por ejemplo, ha destacado la importancia que, desde el punto de vista de la caracterización del derecho de propiedad, tiene la distinción entre poderes físicos (externos a la institución) y poderes normativos (internos):

No tenemos problema para entender que el derecho de uso exclusivo protege nuestra libertad de usar, es decir, nos protege de la interferencia de otros cuando estamos usando las cosas de las que somos propietarios. En ese sentido la propiedad protege el ejercicio de nuestros poderes naturales, nuestras capacidades físicas e intelectuales. Pero el derecho de uso exclusivo no eleva a esos poderes a la categoría de poderes normativos; ninguna norma del sistema es alterada cuando nos comemos un sándwich o cavamos en nuestro terreno. El caso es notoriamente diferente cuando miramos a nuestras capacidades sociales en relación con la propiedad. La existencia de nuestra capacidad de comunicarnos con otros, la existencia de la sociedad misma, y una razonable protección frente a la interferencia es todo lo que es necesario para fundar nuestra capacidad social de compartir la posesión y el uso de nuestra propiedad, así como para transferir la posesión y el uso absolutamente. Estos poderes “sociales” no son más difíciles de entender que nuestra capacidad y libertad para usar nuestra propiedad por nosotros mismos. Pero en el caso de compartir y transferir, el derecho efectivamente eleva esos poderes a la categoría de poderes normativos porque, evidentemente, esos poderes producen un cambio práctico en la manera en que las normas operan... El sistema jurídico de las normas de propiedad reconoce el ejercicio de poderes sociales, permitiendo que ellos alteren la existencia de normas del sistema. Así se convierten en poderes jurídicos (PENNER, 2003: 76).

Es importante aquí distinguir el ejercicio de un poder “natural”, es decir de una

¹ Esta explicación supone cierta comprensión de la noción de poderes normativos. Explicado muy brevemente, A tiene un poder normativo (“potestad”) respecto de B cuando A puede modificar la posición normativa (los derechos, deberes, etc) de B. Cuando B hace una oferta a A, se pone a sí mismo en una situación de sujeción porque dada la oferta A puede unilateralmente crear obligaciones y derechos para B. El ejercicio de poderes normativos crea hechos internamente institucionales, marcados porque de ellos puede predicarse su validez o nulidad. Los poderes “naturales” son poderes cuyo ejercicio afectan las personas o cosas, en maneras que pueden tener consecuencias jurídicas pero no se definen por su aptitud para producir esas consecuencias. Como Joseph Raz ha sostenido, “no es posible identificar una potestad jurídica con la capacidad de realizar un acto que tiene consecuencias jurídicas. Esto tendría la consecuencia paradójica de que las personas tendrían una potestad jurídica para infringir el derecho” (RAZ (1994) p. 267). Comentando este pasaje, Matthew Kramer sostiene que no se trata de una potestad para infringir la ley, sino una potestad para modificar los derechos etc de otros mediante una infracción de la ley: “cada persona tiene la capacidad de cambiar ciertas posiciones jurídicas infringiendo la ley, y en consecuencia cada persona tiene (por definición) una potestad hohfeldiana en ese respecto” (KRAMER (2000) p. 104). La distinción interna/externamente institucional permite trazar la diferencia entre poderes naturales y potestades normativas de una manera más adecuada. Toda persona puede dañar culpablemente a otro, y mediante ese acto cambiar las posiciones normativas de los demás (la víctima tiene en virtud del daño sufrido un derecho que antes no tenía, derecho a ser indemnizada). Pero el cambio en las posiciones normativas de la víctima del daño no es consecuencia del ejercicio de una potestad normativa por parte del causante del daño, sino es consecuencia de reglas (como el art. 2314 CC) que imponen deberes en ciertas condiciones que en virtud del ejercicio del poder natural de dañar se han verificado. Es incorrecto decir que el derecho de la víctima tiene su fuente en un poder normativo que se ejerce dañando con culpa. No hay tal cosa como una potestad normativa de crear derechos para terceros por la vía de dañarlos con culpa, porque el que daña no crea una norma sino realiza la hipótesis de una regla que impone el deber de indemnizar. Al daño causado con culpa el derecho llega, como está dicho en el texto principal, en segundo momento. Pero la modificación de las posiciones normativas que se producen como consecuencia de la aceptación de una oferta son modificaciones a las cuales el derecho llega en primer lugar. La posibilidad de la nulidad es en principio el criterio que permite distinguir un poder normativo de un poder natural cuyo ejercicio puede causar consecuencias normativas, porque la nulidad es, como lo vio correctamente Hart, simplemente la contracara de las potestades jurídicas (HART (1951) pp. 34-35).

capacidad física o intelectual, del ejercicio de un poder normativo. La diferencia no radica en que solo uno de ellos es apto para producir consecuencias normativas (en este caso jurídicas). Aquí hay una diferencia, pero no es la inmediatamente relevante. Es evidente que el ejercicio de poderes naturales puede bien producir consecuencias normativas, pero la identificación de las consecuencias normativas que el ejercicio de un poder natural puede provocar no es parte de la caracterización de ese poder. Si el dueño se come su sándwich hay consecuencias normativas (se extingue su derecho de dominio), pero si el dueño cava en su propio terreno eso en principio puede perfectamente no producir consecuencia normativa alguna. Podría por cierto producirlas, como cuando al cavar afecta la estabilidad del suelo y eso causa daños a la edificación vecina (véase, por ejemplo, el art. 856 CC) o (para referirnos al caso clásico de abuso del derecho) seca el pozo del vecino. Pero no necesita tener consecuencias normativas para ser ejercicio de poderes naturales. La explicación de en qué consiste el poder natural del dueño de cavar o de comerse su sándwich no incluye referencia a las consecuencias normativas que el despliegue de los poderes puede, en su caso, causar. Es decir, esas consecuencias no caracterizan ni definen esos poderes naturales. Las reglas institucionales, en virtud de las cuales ese hecho de cavar recibe el estatus de “ejercicio de un derecho” no constituyen sino reconocen la existencia previa de los poderes naturales en cuestión (el poder de hecho de cavar). Cuando del ejercicio de poderes naturales resultan hechos institucionales, ello es porque hay reglas constitutivas que atribuyen a las consecuencias de esos ejercicios estatus institucionales. Nótese que en este caso se trata de atribución directa de estatus institucionales a la situación resultante del ejercicio del poder natural (e.g. la muerte de la víctima recibe el estatus institucional de “(delito de) homicidio”), por eso lo hemos denominado “hechos externamente institucionales”. Esto es precisamente distinto tratándose de poderes normativos. Ahora, las consecuencias de su ejercicio son parte de la caracterización de la potestad normativa en cuestión. Al explicar en qué consiste, por ejemplo, el poder del dueño de disponer de su cosa no es posible omitir referencia al hecho de que el ejercicio de ese poder produce consecuencias normativas (por eso es un error decir que el poder de disposición se subdivide en dos formas, disposición jurídica y disposición material). Las consecuencias normativas ahora son internas al poder respectivo. En ese sentido ellas son hechos internamente institucionales, que existen solo en la medida en que el ejercicio de esos poderes institucionales sea reconocido. Carece de sentido decir de la potestad normativa de disposición del dueño lo que puede decirse del poder natural de cavar: que puede ser ejercida sin consecuencias jurídicas.

La diferencia entre poderes naturales y poderes normativos tiene una consecuencia de considerable importancia: a diferencia de los poderes físicos, el ejercicio de los poderes normativos está mediado por el derecho, lo que quiere decir que *no hay ejercicio de un poder normativo si el derecho no reconoce ese ejercicio*. Es decir, el ejercicio exitoso de un poder físico o intelectual depende de cuestiones físicas o intelectuales; el ejercicio exitoso de un poder normativo depende de que dicho ejercicio sea reconocido por el derecho. Y esto a su vez tiene otra consecuencia: a diferencia del ejercicio o intento de ejercicio de poderes naturales, el ejercicio o intento de ejercicio de poderes normativos, cuando es en algún sentido defectuoso, puede ser calificado como *nulo*. Cuando se trata de poderes naturales, su ejercicio no puede ser calificado de nulo o válido, aunque la ley puede calificar las consecuencias de su ejercicio como lícitas o ilícitas; cuando se trata de poderes normativos, todo acto que pretende ejercerlos es o bien válido (si los poderes se han ejercido de modo suficientemente regular de modo que lo que se pretendía crear es reconocido por el derecho) o bien nulo (si esos poderes no se han ejercido adecuadamente y el derecho entonces simplemente desconoce que los

poderes en cuestión se hayan ejercido). Los hechos que hemos llamado “internamente” institucionales son susceptibles de nulidad, mientras los que son “externamente” institucionales no lo son. Aunque se trata en ambos casos de hechos institucionales, los contratos, y no los homicidios, pueden ser nulos, porque el poder de matar se realiza matando, mientras el poder de contratar se realiza contratando. Y que se haya o no celebrado un contrato es algo que depende de lo que el derecho dispone, mientras que se haya o no matado a alguien no depende de las acciones de un individuo y su contribución a causar la muerte en otro. En el caso del homicidio, entonces, uno podría decir: el derecho llega en un segundo momento, cuando se trata de calificar normativamente las consecuencias del ejercicio de ciertos poderes físicos; en el caso de contratar el derecho aparece en un primer momento: cuando se trata de determinar si el poder normativo se ha ejercido o no.

Una de las cuestiones importantes que está detrás de la discusión sobre si la posesión es un hecho o un derecho puede plantearse usando esta distinción: ¿es la posesión un hecho internamente institucional o un hecho externamente institucional? Y la relevancia de esta pregunta se hace evidente cuando la desarrollamos en el sentido ya explicado: ¿puede la posesión ser nula? Es decir, al momento de hacerse poseedor, ¿ha ejercido el poseedor un poder físico o un poder normativo?

No hay ninguna razón por la que la respuesta tenga que ser unívoca, y por eso la advertencia de que la exposición hasta ahora simplifica las cosas en exceso. Es decir, es perfectamente posible que lo que desde un punto de vista es tratado como un poder normativo es considerado como un poder natural desde otro punto de vista. Así, por ejemplo, el delito de estafa supone, al menos a veces, la realización de un contrato y la subsiguiente disposición patrimonial, que cuando se trata de transferir el dominio es civilmente una tradición. Tanto el contrato como la tradición son para el derecho civil hechos internamente institucionales, es decir, hechos que consisten en el ejercicio exitoso de poderes normativos. Por consiguiente, admiten ser calificados de válidos o nulos. El engaño característico de la estafa normalmente será suficiente, en términos civiles, para la nulidad del contrato y la tradición. La nulidad declarada del contrato o de la tradición opera con efecto retroactivo (art. 1687), lo que quiere decir que, en tanto hecho internamente institucional, el contrato o la tradición nunca existieron. Pero esto no implica que en tanto hecho externamente institucional, como un acuerdo entre dos individuos con una determinada finalidad, etc. el contrato o la tradición efectivamente ocurrieron, y el delito para el cual el contrato fue un medio no desaparece al declararse la nulidad civil del contrato. Es decir, civilmente, el contrato de compraventa de acciones celebrado por el director de una sociedad anónima que contaba con información privilegiada es nulo absolutamente, por objeto ilícito (art. 1466), pero sería absurdo alegar la retroactividad propia de la nulidad en el procedimiento penal o administrativo sancionatorio para pretender que, como el contrato se entiende no haberse realizado jamás, no hubo delito o infracción. Es decir, para el derecho civil el contrato es un hecho internamente institucional, mientras que para el derecho penal es un hecho externamente institucional. Veremos más adelante que algo precisamente análogo puede decirse del modo en que la tradición es relevante para el dominio y la posesión.

No es que hayamos respondido la pregunta sobre si la posesión es un hecho o un derecho, pero al menos ya tenemos un lenguaje en el que formularla para hacer evidente su relevancia: ¿es la posesión un hecho internamente institucional, cuya existencia depende del ejercicio válido de potestades normativas (y que por consiguiente puede ser nula cuando esos poderes no son ejercidos regularmente), o es un hecho externamente institucional, del que no tiene sentido predicar su validez o nulidad?

Pero ahora podemos ver, adicionalmente, por qué la salomónica solución del profesor Peñailillo no es suficiente: no basta decir que la posesión es un “hecho del que surgen consecuencias jurídicas”. Sabemos que para el derecho el mismo hecho puede ser tratado como interna o externamente institucional. Necesitamos entender por qué la posesión es un hecho (=externamente institucional), porque de ese modo podremos entender por qué y cómo puede el derecho tratarlo, a pesar de eso, como si fuera un hecho internamente institucional.

Porque al estudiar el régimen de la posesión aprenderemos sobre las posibilidades de la forma del derecho, aprenderemos sobre las varias formas en que el derecho puede tratar a la posesión como si fuera un derecho sin que sea un derecho. Y aprenderemos por qué esto último no es solo una forma de decir, porque es diferente hacer de algo un derecho y tratar a algo como si fuera un derecho. Pero para eso necesitamos saber qué es lo que está en juego, por qué es importante la facticidad de la posesión.

La posesión y la estabilización del dominio

§ 4 *Peculiaridad del derecho de bienes*. Para entender la especial necesidad de estabilización del dominio, es útil comenzar notando la peculiaridad de lo que es habitualmente denominado “derecho de bienes”, la que salta a la vista al compararla con las demás ramas del derecho civil patrimonial. Consideremos algunos de los conceptos centrales de estas: responsabilidad, obligaciones, contratos. Todos estos conceptos tienen en común que se refieren al surgimiento, consecuencias o extinción de *posiciones normativas*. Se trata, en todos estos casos, de conceptos normativos. La responsabilidad y los contratos son conceptos que justifican la imputación a uno de la posición de titular de un derecho y a otro de la posición de la obligación correlativa. “Obligación”, por su parte, es lo que es imputado a uno o a otro, y su regulación y estudio se refiere a las consecuencias que se siguen para alguien de ocupar la posición de deudor, de acreedor, etc.

Que se trate en todos estos casos de posiciones normativas quiere decir que ellas, en tanto conceptos jurídicos, no llegan a la realidad material. En efecto, desde el punto de vista del derecho civil, la pregunta no es qué ocurre materialmente, sino *qué es jurídicamente el caso*. El análisis jurídico termina con la declaración de que A debe cumplir el contrato o indemnizar los perjuicios, y esa conclusión no es afectada por el hecho de que el contrato sea o no cumplido o los perjuicios indemnizados. Esto, por cierto, no quiere decir que la realización de esos hechos sea jurídicamente irrelevante. Su ocurrencia generará las consecuencias normativas del caso. Pero se tratará de otras consecuencias normativas: si A incumple el contrato, eso generará un conjunto de nuevas posiciones jurídicas, lo que afectará el contenido del análisis pero no su forma: se seguirá tratando del análisis de posiciones jurídicas y de sus condiciones de surgimiento y extinción, por una parte, y de sus consecuencias o contenido, por otra.

A diferencia del derecho de obligaciones o de la responsabilidad extracontractual o de los contratos, el derecho “de bienes” trata con las cosas. Es decir, con entidades materiales que típicamente pueden tocarse y palparse. Y esto introduce una dimensión adicional. Porque ahora lo que importa no es solo un conjunto de posiciones jurídicas, sino la conexión entre la esfera de las posiciones jurídicas, la esfera normativa, lo que Kelsen llamó el “deber ser”, y la esfera de las cosas materiales que existen en el mundo del ser.

Nótese: “no solo”. Por cierto que en buena parte el derecho de bienes es un conjunto de posiciones jurídicas cuyo análisis es enteramente análogo al análisis de las posiciones contractuales o del derecho de obligaciones. La primera de esas posiciones

jurídicas, por cierto, es la propiedad. La propiedad estructura normativamente el derecho de bienes, especificando quién tiene qué derechos y qué obligaciones. Hasta aquí, la situación es básicamente la misma que en las demás áreas ya mencionadas del derecho civil. Pero en el derecho de bienes no se trata sólo de especificar relaciones y posiciones jurídicas, sino adicionalmente crear un contexto institucional en que las cosas sean efectivamente detentadas por quienes tienen derecho a detentarlas. Esta es la dimensión especial, la que está conspicuamente ausente del análisis jurídico en el resto del derecho civil. Por eso puede decirse que el derecho de bienes provee la infraestructura del derecho civil, es decir, la estructura que soporta todo el resto. Esa dimensión es la vinculación de la esfera de las posiciones normativas a la esfera de las cosas materiales. “Estabilizar el dominio” es asegurar esta vinculación. Lo que habitualmente se estudia bajo el derecho de bienes es lo que ancla las posiciones jurídicas (cuyo surgimiento, consecuencias y terminación se estudian en el resto del derecho civil) en el nivel de las cosas materiales, esas que pueden tocarse con las manos.

Caso 1 A vende y entrega a B una cosa de su propiedad.

Consideremos el Caso 1. Si nos mantenemos en el mundo de las posiciones normativas, es claro lo que hay que decir: la venta y entrega hecha por A a B modifica ciertas posiciones jurídicas: ahora B es dueño, A ha dejado de serlo. Aunque por su contenido se diferencia, lo anterior es un problema del mismo tipo que el planteado por la causación culpable de daño a un tercero: en virtud del daño sufrido, la víctima pasa a ocupar la posición de “acreedor” y el hechor ocupa ahora la de deudor, etc. Es decir, hasta ahora no aparece lo especial del derecho de bienes.

Caso 2 B es dueño de la cosa. M, su arrendatario, se hace pasar por dueño de ella y la enajena a C.

Parte de lo que hay que decir respecto del Caso 2 es análogo a lo dicho respecto del Caso 1: la posición de B, de M y de C son definidas por el análisis jurídico, que especifica qué expectativas de cada uno están protegidas, etc. En el momento en que M usurpa la cosa y, dándose por dueño, la vende y entrega a C, las posiciones jurídicas deben ser ajustadas para dar cuenta de ese hecho, y nuevas relaciones surgen entre B y M, entre B y C y entre M y C. Ahora se trata de un dueño que no tiene la posesión de su cosa, y que entonces tiene acción en contra del poseedor para recuperarla. No hay aquí necesidad de detallar la situación completa, porque se trata de ilustrar el tipo de operación envuelto: especificación de la posición normativa de cada uno, posición que implica diversos tipos de correlativos que se pueden analizar completamente usando el instrumental tradicional que especifica el surgimiento, consecuencias y extinción de posiciones jurídicas.

§ 5 *Líneas posesorias*. En estos términos, el análisis de la propiedad es la especificación de los hechos que la hacen surgir, su atribución a una persona en particular y los cambios en esta atribución, y su extinción. El derecho de dominio puede representarse mediante una línea que une el punto de origen y el punto de extinción:

Figura 1. La propiedad como derecho subjetivo
(Caso 1)



Nota. En general, la letra minúscula en una línea designa el hecho o acto que tiene consecuencias en la línea respectiva, dominical o posesoria; la misma letra, usada con mayúsculas, designará al sujeto que se hace poseedor (en la línea posesoria) o dueño (en la línea dominical) en virtud de ese mismo hecho o acto. Así, en este caso, *a* designa un modo originario de apropiación, mientras en el texto a seguir *A* designará a quien en virtud de ese modo se hizo dueño de la cosa, etc.

Donde *a*, naturalmente, identifica el modo originario de adquisición, *b* un modo de traslación o transmisión y *z* la extinción del dominio. Los dos primeros puntos se analizan en términos de modos de adquirir, y la diferencia entre ellos justifica la distinción entre modos originarios y derivativos. El punto final son los eventos que son aptos para extinguir el dominio.

Por cierto, podría decirse aquí más de lo que nos interesa respecto de la importancia relativa de estas cuestiones. En principio, *a* y *z* son cuestiones relevantes pero de importancia secundaria para la vida jurídica, porque en general las cosas ya tienen dueño (de ahí la relativa irrelevancia de *a*) y el dominio es un derecho perpetuo (y por eso en general *z* es irrelevante). Es *b* lo que resulta de mayor relevancia. En esto los derechos reales, y la propiedad en particular, se diferencian notoriamente de los derechos personales, en los que los temas centrales de análisis son *a* y *z*, en desmedro de *b*. Nótese que estamos hablando de importancia relativa para el análisis jurídico, no posibilidad conceptual. *b* es posible tratándose de créditos, y entonces habrá que especificar figuras tales como la cesión de créditos, el pago con subrogación, etc². Habrá también que distinguir casos de *a* de casos de *b*, y diferenciar cesión y subrogación de novación, etc. Pero estas cuestiones son de mucho menor significación que las fuentes de las obligaciones ($\approx a$) y los modos de extinguir las obligaciones ($\approx z$).

A pesar de esta diferencia en la importancia relativa de distintos momentos, uno puede mirar la propiedad como si fuera un derecho subjetivo más. En ese caso el análisis de *a*, *b* y *z* será, en cuanto a su forma, estructuralmente el mismo. Y esto muestra algo interesante: en la medida en que estamos preocupados por el análisis de los derechos subjetivos, sean estos reales o personales, el problema especial de estabilización que afecta a los derechos reales en general y en especial al derecho de dominio no aparece. Lo que diremos en el caso de una cesión de derechos personales hecha por quien no era titular del derecho cedido, o hecha omitiendo las formalidades legales será lo mismo que diremos en el caso de la venta de cosa ajena: ni el cesionario ni el adquirente devienen en virtud de la cesión o tradición titulares del derecho respectivo. Todavía nada especial.

Pero los derechos reales recaen sobre una cosa que, en el caso típico, son materialidades que se pueden tocar (que “pueden ser percibidas por los sentidos”, dice la ley). ¿Qué dimensión adicional introduce esto?

Volvamos a la Figura 1, que representaba la propiedad como derecho subjetivo. Como la propiedad es un derecho sobre cosas, la ley asume que la situación normal será que el dueño posea su cosa, es decir que quien tiene el *ius possidendi* tenga también el *ius possessionis*. Es evidente que estas dos cosas son diferenciables: una cosa es tener físicamente la cosa como dueño, otra es tener derecho de propiedad sobre la cosa. Esto

² Sobre las que véase especialmente FIGUEROA (1984).

puede ser representado mediante una segunda línea, que acompaña al derecho de propiedad:

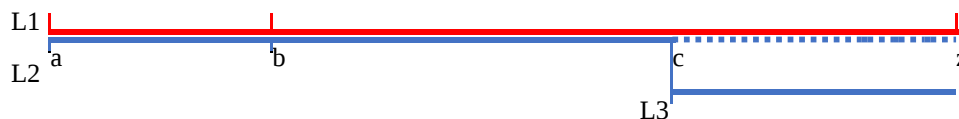
Figura 2. El derecho de propiedad y la posesión en el caso normal: posesión del dueño (Caso 1)



En la Figura 2 L1 es una línea *normativa*, que representa la existencia y vicisitudes de la propiedad como derecho subjetivo, mientras L2 es una línea *fáctica*, que representa el control material de la cosa, sobre la posibilidad real de usar, gozar y disponer de la cosa. Que en el caso normal las dos líneas coincidan no es, por cierto, casualidad. La razón por la que importa el derecho de dominio es precisamente porque el dueño puede gozar o disponer arbitrariamente de la cosa, y para eso necesita tenerla bajo su control. Por regla general, los modos de adquirir (originarios y derivativos) vinculan la atribución de la propiedad al control físico sobre la cosa asegurando de este modo que ambas líneas son concomitantes. El adquirente se hace dueño solo cuando el tradente le entrega la cosa, el dueño de la cosa principal se hace dueño cuando la cosa accesoria se une a ella, etc. Pero que por regla general hacerse con el dominio implique hacerse con el control de la cosa no significa que ambas líneas corran siempre juntas.

Recuérdese ahora el Caso 2. La enajenación hecha en ese caso por D, el usurpador, a C, un tercero, no afecta en absoluto la línea normativa, la que representa el derecho de dominio, aunque altera la línea fáctica, que marca la detentación de la cosa como dueño. En efecto, cuando el usurpador hace tradición de la cosa a un tercero la cosa sale fácticamente del control del dueño:

Figura 3. Enajenación a un tercero por quien no es dueño de la cosa. La noción de “anomalía” (Caso 1, Caso 2)



Observación: Las situaciones jurídicas que se prolongan en el tiempo son representadas aquí como líneas horizontales, para evitar que se vuelvan sobre sí mismas. Cada línea posesoria (pero no L1, la línea dominical) termina con una anomalía: L2 termina en c. La anomalía c es al mismo tiempo el punto de extinción de una línea posesoria (L2) y el punto de origen de la línea siguiente (L3). La línea vertical que une el fin de L2 y el inicio de L3 es más problemática: representa alguna forma de unión entre las líneas, cuando entre ellas no hay continuidad. Podría, entonces, no aparecer: después de todo, esa es la idea contenida en el art. 717, cada posesión principia con ella misma. Pero eso sería llevar las cosas demasiado lejos. Y en todo caso, la unión de L2 y L3 por la vertical en c a pesar de que c es una anomalía representa la idea de que hay algo que es común a todas las líneas, que hace que todas esas líneas sean *sobre lo mismo*: *la cosa misma*.

La Figura 3 representa la situación en la que la posesión (que por ahora es la detentación de la cosa con ánimo de dueño) se ha separado del dominio. Es importante notar que, como ya hemos observado, L1 no experimenta variación alguna, y por eso en la medida en que uno se mantiene dentro del análisis de las posiciones normativas, nada ha cambiado: habrá que decir que C simplemente no es dueño y que B sigue siendo dueño en exactamente el mismo sentido en el que lo era antes de c, el evento que causa la

separación de las dos líneas (que más adelante llamaremos una “anomalía”). Pero algo ha ocurrido: ahora hay una persona que detenta la cosa como dueño aunque no tiene derecho sobre la cosa, y el dueño ya no la detenta aunque tiene derecho a detentarla. Y que la detente como dueño quiere decir que *aparece ante el resto como si fuera dueño*. Y dado que los derechos reales obligan genéricamente a todos, todos tienen una obligación genérica y no individualizada de respetar el uso que C hace de la cosa. Como C aparece ante el mundo como dueño, todos quienes deben respetar el derecho del dueño deben respetar la detentación de C, como si fuera dueño.

§ 6 *Derechos y deberes personales y reales*. Desde que contra la “teoría clásica” de los derechos reales irrumpió la teoría “personalista” se ha hecho común enfatizar que los derechos reales son relaciones jurídicas absolutas, con un sujeto pasivo universal³. A mi juicio, esta es una idea que tiene muchas más consecuencias que las que suelen atribuírsele. No es este el lugar para desarrollarlas, más allá de lo necesario para explicar la especial necesidad de estabilización del dominio. Para eso, conviene tomar nota de tres problemas que deben ser resueltos para que pueda haber un régimen de derechos y (especialmente) deberes reales.

Este último punto es el ligar por donde debemos comenzar. La idea de sujeto pasivo universal implica que a los derechos reales corresponden lo que entonces debemos llamar “deberes reales”⁴, y que estos deberes reales tienen ciertas características propias. Tal como un derecho real, que recae sobre una cosa, sin respecto a determinada persona, un deber real es un deber que se tiene en relación con una cosa, sin respecto a persona alguna. Eso implica que el contenido del deber real ha de ser determinable *desde la cosa*, no desde la identificación de los derechos sobre la cosa⁵. Y por eso en el Caso 2, en que la detentación fáctica de la cosa se ha separado de los derechos sobre ella, el derecho necesita reconocer la relevancia de la línea fáctica (L2), que es la que corresponde a lo que es públicamente verificable: C tiene la cosa como dueño, por lo que respecto a la cosa todos tienen el deber real de tratarla como ajena y, en lo que corresponda, respetar el derecho de C.

¿Cómo pueden tener el deber de respetar un derecho que no existe? Aquí es decisivo el hecho de que los deberes reales responden a la misma caracterización que los derechos reales a los que son correlativos: se tienen frente a una cosa, sin respecto a persona determinada. Eso quiere decir que se deben a quien aparece como dueño. Si el deber que todos tienen hacia el dueño no implicara un deber hacia todo el que aparezca públicamente como dueño (incluido C), los deberes reales se harían personales, porque dependerían de información especial respecto del modo en que el dueño adquirió su dominio. Por esto, una de las características fundamentales de los deberes reales es que su existencia y contenido puede ser determinada sin información alguna sobre la persona del dueño.

En segundo, lugar, lo que estamos ahora diciendo para los terceros vale para el dueño incluso en el caso normal de la Figura 2. ¿Cómo puede él saber que es dueño? Dado que su modo de adquirir es derivativo, B no puede responder esa pregunta sin determinar si A era o no dueño, lo que vale también para todos los futuros adquirentes de la cosa. Y si A adquirió el dominio mediante otro modo derivativo, la cuestión se

³ Para una caracterización de la cuestión escrita cuando la controversia todavía estaba abierta, véase RIGAUD (1928) pp. 19-271; para una ofrecida cuando el “viento violento” de la controversia (RIGAUD (1928) p. 5) ya había pasado, véase PESCIO (1950) pp. 198-205. Para una posición contemporánea, véase PEÑAILILLO (2017).

⁴ PENNER (2003) p. ____.

⁵ Este tema es tratado con cierta detención en ATRIA (2017d).

repite hacia atrás, hasta llegar a un modo originario. Este problema no es solucionado por el hecho de que (como en el Caso 1) A haya adquirido la cosa por un modo originario. En efecto, ¿de qué modo podría tratarse? No puede ser accesión, por cierto, porque eso replicaría el problema en cuanto al dominio de la cosa principal. Solo puede ser la ocupación, pero la ocupación, requiere, para que opere como modo de adquirir, prueba (negativa) del dominio anterior. En efecto, el que ocupa una cosa se hace dueño de ella, pero solo si la cosa no tenía dueño⁶. Esta es la primera peculiaridad de la propiedad: B puede determinar que su pretensión de dominio descansa en la de A y A podrá hacer lo suyo con la de sus antecesores del dominio, pero no podrá probar que esa pretensión de dominio corresponde al dominio. Y todo esto sin mencionar que en los hechos la reconstrucción de la línea de antecesores en el dominio hasta el momento de apropiación original será normalmente imposible.

Hay, por último, una tercera consideración. En la Figura 3, L3 (la línea posesoria que comienza con la anomalía de c) se ha separado de L1 (la línea dominical). ¿Volverán a unirse esas dos líneas? Por cierto, se unirán si el dueño recupera la posesión de la cosa o si el poseedor adquiere el dominio de ella. Ambas cosas pueden pasar. La ley da al dueño medios para recuperar la posesión de su cosa (la acción reivindicatoria), pero la operación de ese mecanismo supone (i) que el dueño sabrá quién es el que tiene su cosa, y cuál es su domicilio, y (ii) que en el litigio respectivo podrá probar su dominio, lo que ya hemos observado que no es fácil. Por otra parte, C podría llegar a hacerse dueño porque B podría hacerle tradición de la cosa (art. 682 inc. 2º), o podría suceder a B, etc. Aunque posibles, estos eventos son sin embargo improbables. En términos del sistema, lo que podríamos anticipar con lo reflexionado hasta ahora es que habrá una tendencia a la progresiva separación de la línea normativa de la línea fáctica, hasta el punto en que la situación normal en la que el dueño pose su cosa se hará excepcional.

§ 7 *La estabilización del dominio.* Lo que más arriba se ha llamado “estabilización del dominio” es solucionar estos tres problemas y de ese modo hacer probable un régimen de derechos y deberes reales. Estabilizar el dominio, en los términos aquí utilizados, significa despersonalizar los deberes correlativos al dominio. Mirado desde el punto de vista del dueño, se trata de permitirle fundar su dominio en sí mismo, sin necesidad de invocar una indefinida cadena de transmisiones o transferencias desde un momento de apropiación original, y probar luego la validez de ésta; desde el punto de vista de la configuración institucional del régimen de la propiedad, se trata de configurar los deberes reales de modo que estos puedan ser efectivamente reales, es decir, deberes que se tienen en relación con una cosa sin respecto de determinada persona. Por último, introduce al sistema un principio de convergencia entre la normatividad del dominio y la facticidad de la posesión, de modo que al momento de separarse ambas líneas comienza a operar lo que llevara a su reunificación futura. La solución a estos tres problemas es la posesión. Pero como estamos intentando construir el concepto de posesión no podemos simplemente asumir que este concepto es conocido y luego mostrar que él es el que estabiliza el dominio. Es al revés: el punto de partida es la necesidad de estabilización del dominio. “Posesión” es el nombre que recibe la manera en que el dominio se estabiliza. Esto quiere decir que el concepto de posesión se deriva de la necesidad estructural de estabilización, no al revés: no es que exista un concepto independiente de posesión y exista una necesidad independiente de estabilización, y

⁶ Además debe tenerse en cuenta que la ocupación no es un modo de adquirir bienes inmuebles (art. 590) y que, en cuanto a los muebles, su aplicación está notoriamente restringida por el art. 629. Sobre esta regla y su importancia para el régimen de las cosas, véase ATRIA (2017d).

afortunadamente las dos cosas coincidan. La necesidad de estabilización explica el surgimiento de la idea de posesión y su reconocimiento jurídico, por lo que guía la reflexión en cuanto a su contenido.

Como se verá, esto tendrá importantes consecuencias. Pero hay una que por su especial relevancia es importante mencionar aquí: el concepto de posesión no es un concepto nominal, es decir, un concepto cuyo significado esté fijado por definiciones legales. No cualquier cosa que la ley llame “posesión” es posesión. El concepto de posesión desempeña un rol sistemático central en la configuración del dominio en tanto lo estabiliza, y eso implica un determinado contenido: lo que sea suficiente para estabilizar el dominio. Al caracterizar legalmente la posesión y el régimen de su reconocimiento, protección y efectos, la ley puede caracterizarlos incorrectamente. Es posible, entonces, que la ley llame “posesión” a algo que en rigor no es posesión (=no es apto para desempeñar la función estabilizadora que ya hemos identificado). En ese caso (y dejando por ahora de lado la posibilidad de que existan mecanismos estabilizadores alternativos, lo que es parte del derecho comparado de los bienes), la conclusión será que el sistema del derecho de bienes carece de estabilización, por lo que es seriamente deficitario.

En la siguiente sección se discutirá qué condiciones tiene que satisfacer el concepto de posesión para estar a la altura de sí mismo, es decir, para poder desempeñar la función de estabilización del dominio que ya hemos identificado para él. Veremos que aquí yace la importancia de la cuestión de si la posesión es un hecho o un derecho: como el problema surge en el momento en que las posiciones normativas (derechos, obligaciones, etc) han de anclarse en el mundo material, si la posesión fuera un derecho ella no solucionaría sino reproduciría el problema. Para que pueda solucionar el problema y estabilizar el dominio es necesario que no sea un derecho, sino un hecho, porque para anclar es necesario que el ancla llegue al suelo. Es necesario, en otros términos, un concepto puramente fáctico de posesión.

Pero también veremos que el hecho de que la posesión sea un concepto puramente fáctico no es incompatible con que se desempeñe como si fuera un concepto normativo, lo que explica en buena parte tanto la discusión sobre la “naturaleza” fáctica o normativa de la discusión como el hecho de que sea tan habitual hoy en día dar por superada esta discusión simplemente diciendo que es al mismo tiempo un hecho y un derecho. Con esto comenzamos la explicación anunciada más arriba (*supra*, § 1 *in fine*), porque una comprensión sofisticada de por qué solo un concepto fáctico puede estabilizar el dominio nos permitirá distinguir el caso en que la posesión es tratada *como si* fuera un derecho y el caso en que ella es normativizada, es convertida en un derecho; dicho de otro modo, nos permitirá distinguir los casos en que la ley atribuye a la posesión efectos aparentemente normativos que son compatibles con la facticidad que necesita caracterizarla de los casos en que hace de ella un derecho de modo que impide que desempeñe la función estabilizadora que la define.

Un concepto de posesión a la altura de sí mismo

§ 8 *Las normas no aprenden, insisten.* Las expectativas que tenemos sobre el mundo pueden ser de dos tipos: fácticas o normativas⁷. La principal diferencia entre ambas, en cuanto a su desempeño, es la reacción que ellas justifican ante su frustración. Cuando el agente tiene una expectativa fáctica que resulta frustrada, el agente aprende; cuando la expectativa frustrada es normativa, el agente insiste. Así, quien anticipando una

7

sensación agradable toca por primera vez una llama y experimenta dolor, *aprende y corrige su expectativa*, lo que quiere decir: modifica el contenido de su expectativa de modo que ella corresponda con lo que ha aprendido del mundo: tocar una llama no produce una sensación agradable, sino dolor. El que reclama su derecho a X y se enfrenta al hecho de que su derecho a X es desconocido, *insiste*: en vez de modificar la expectativa, la mantiene en cuanto a su contenido y actúa de modo de que ella se realice en el mundo.

Las normas jurídicas pueden entenderse como expectativas de comportamiento dirigidas a sus destinatarios. Pero no son expectativas fácticas sino normativas. La frustración de una de esas expectativas, en la forma de la realización de un acto ilícito (=contrario a derecho) no es una ocasión para que el derecho aprenda, sino para que insista y de ese modo ratifique la expectativa. Si el comprador incumple su obligación de pagar el precio el derecho no corrige la expectativa dirigida a ese comprador o a los compradores en general, sino entrega al vendedor mecanismos para forzar al comprador a cumplir, y de ese modo realizar la expectativa pese a su frustración inicial. Los deberes reales son expectativas dirigidas al público en general: todos respetarán el dominio del dueño, lo que implica, entre otras cosas, que no interferirán con su uso de la cosa, que no pretenderán hacerse de ella sino a través de mecanismos que respeten del derecho del dueño, etc. La expectativa del dueño de usar y gozar su cosa se ve frustrada cuando el dueño pierde la posesión: no solo no puede usar y gozar su cosa, sino que además hay otro que, sin tener derecho para ello, lo está haciendo. La expectativa de que todos los destinatarios del deber real lo respetarán es normativa, y por lo tanto el derecho insiste: la intervención del tercero es calificada de ilícita y el dueño tiene (a) derecho a ser indemnizado de los perjuicios sufridos por el hecho de no tener la posesión, y (b) medios para forzar a quien tiene la cosa sin derecho a ello a que se la entregue (el más característico de los cuales es la acción reivindicatoria).

§ 9 *La estabilización del dominio exige que el derecho aprenda.* La estabilización del dominio supone que las expectativas del derecho insistirán por un tiempo, pero después aprenderán. Así, el dueño que ha perdido la posesión tiene formas institucionales de protección de su derecho, en los dos sentidos ya indicados. La existencia de esos mecanismos orientados a que la expectativa del dueño sea afirmada ante el hecho de haber sido negada por la acción ilícita de un tercero muestra que el derecho trata a esa expectativa como normativa, porque ante la frustración insiste. Pero la usucapión supone que llegará un momento en que el derecho aprenderá. Entonces quien ilícitamente había detentado como dueño una cosa ajena, por ese hecho, se hará dueño.

Es importante mantener siempre las dos cosas a la vista: una pregunta es cuáles son las condiciones de la detentación que lleva al dominio en este sentido (el concepto de posesión); la otra es qué justifica esta situación tan inusual de expectativas normativas que aprenden (la necesidad de estabilizar el dominio). Como ya hemos insistido, estas dos cuestiones no pueden ser consideradas independientes. Esto quiere decir: para construir el concepto de posesión es necesario explicar la *necesidad* de la posesión, es decir, la razón por la que el dominio necesita ser estabilizado. Por consiguiente la pregunta ha de ser: ¿cómo debe entenderse la detentación que lleva al aprendizaje del derecho para que dicho aprendizaje pueda cumplir su función estabilizadora?

§ 10 *La necesaria facticidad de la posesión.* Lo primero que debe decirse en respuesta a esta pregunta es en realidad obvio: la solución no puede ser tal si reproduce el problema que pretende solucionar. La pregunta, entonces, es qué es lo que hace inestable el régimen del dominio. Y la respuesta ya la hemos visto: es que el dominio es un derecho

subjetivo, una posición normativa. Para estabilizar el dominio es necesario anclarlo en algo que no sea un derecho subjetivo, que no sea una posición normativa, un hecho internamente institucional. Solo un concepto fáctico, no normativo, de posesión puede estabilizar el dominio. La razón es evidente, y puede ilustrarse fácilmente con el caso *Estrada con Transportadora Rio Cisnes*⁸. Se trataba de una venta y enajenación realizada en 1972. El heredero de la vendedora demandó la nulidad del contrato en 1976, y solicitó el embargo de la propiedad. Contraviniendo la prohibición de enajenar, el comprador vendió y enajenó la propiedad a un tercero. Éste a su vez enajenó nuevamente, y después de sucesivas transferencias que satisfacían todas las formas jurídicas (es decir, los contratos se realizaron por escritura pública y cada uno de ellos fue debidamente inscrito en el Registro del Conservador) la cosa llegó a manos de quien la detentaba en 1998, cuando el juicio de nulidad iniciado en 1976 terminó por sentencia firme estimatoria, que declaraba la nulidad de la enajenación hecha en 1972. El demandante en ese juicio demandó de restitución al actual poseedor del inmueble (en 1998). El juez de primera instancia acogió la demanda, sosteniendo que

La posesión inscrita a favor de [la vendedora en 1972] jamás cesó, en atención a que si bien fue cancelada por el conservador de bienes raíces, el fallo que anuló la enajenación que ésta hizo a favor de [el comprador en 1972] la revivió legalmente y debe entenderse que dicha posesión jamás se perdió (c.29).

La nulidad del contrato de 1972 acarreó la nulidad de la inscripción del mismo año. Como tratándose de bienes inmuebles inscritos la posesión consiste en la inscripción (esto por cierto deberá ser discutido en su momento), la nulidad de la inscripción implicó, conforme al razonamiento del juez, que el adquirente de 1972 en realidad nunca tuvo la posesión, y lo mismo vale para todos sus adquirentes sucesivos. Es decir, la declaración en 1998 de la nulidad de la inscripción de 1972 transformó la línea posesoria que comenzaba en ella. Hasta esa declaración de nulidad, dicha línea era una línea posesoria; desde esa declaración de nulidad, y con el efecto característicamente retroactivo de la nulidad, dejó de haber posesión en esa línea.

Este es el modo característico de operación de las posiciones normativas, lo que más arriba llamamos “hechos internamente institucionales”: como ellos son hechos constituidos por el ejercicio válido de poderes institucionales, son susceptibles de resignificación ulterior, al momento de determinar si esos poderes fueron válidamente ejercidos o no. Entonces lo que parecía haber sido un ejercicio válido del poder de transferir, con la consecuencia de que el derecho parecía haber sido transferido, resulta no serlo, y la transferencia es declarada nula. Y en consecuencia el adquirente nunca adquirió derecho alguno. Esta forma de operación de los conceptos normativos (internamente institucionales) es lo que genera la inestabilidad del dominio, porque deja todo derecho de propiedad expuesto a que, por algún defecto en la serie de transferencias que lleva a él, el dominio del antecesor (cualquier antecesor) “reviva legalmente” negando así el dominio de quien parecía hasta entonces ser sucesor en el dominio. Si la posesión ha de estabilizar el dominio, entonces ella debe estar libre de la posibilidad de reproducir esta inestabilidad. Y si lo que implica esa posibilidad es que se trate de un concepto internamente institucional, la consecuencia es obvia: *la posesión no puede ser un hecho internamente institucional*. La posesión no puede ser anulada, porque es un concepto puramente fáctico (un hecho externamente institucional). Esto quiere decir que una declaración de nulidad de una inscripción dictada en 1998 por cierto que implica que todos los sucesores en el *dominio* que derivan sus derechos de

⁸ Corte de Apelaciones de Talca, rol 57330 (2001); Corte Suprema, rol 0294 (2003), comentada en ATRIA (2004) pp. 43-47.

esa inscripción nunca fueron dueños, pero el hecho de que hayan tenido una inscripción vigente a su nombre no cambia porque esa inscripción haya sido declarada nula: la nulidad no alcanza al *hecho* de que ellos fueron poseedores, porque los hechos no pueden ser declarados nulos. En este sentido, solo si la posesión es un hecho (=no susceptible de ser anulada) puede cumplir su función estabilizadora del dominio⁹.

Determinar el estatuto posesorio de algo es determinar un conjunto de hechos, que especifican qué se posee, quien posee, y desde cuándo y hasta cuando posee. Ninguno de estos elementos ha de estar al alcance de la resignificación sobrevenida que es característicamente posible de los hechos internamente institucionales, porque entonces la posesión simplemente reproduciría el problema que ella pretende solucionar. Es decir, la posesión no se adquiere mediante el ejercicio de poderes normativos, sino naturales.

La facticidad de la posesión en el Código Civil

§ 11 *La posesión en el Código Civil como un concepto fáctico.* Sin perjuicio de algunos problemas que surgirán más adelante, en particular cuando hablemos de la posesión de bienes inmuebles inscritos, el régimen de la posesión del Código Civil pretende configurar a la posesión como un concepto puramente fáctico. Esta facticidad de la posesión es la que explica y a la vez permite entender varias de las reglas importantes que fijan el régimen general de la posesión.

Algunas de estas son bastante obvias. Por lo pronto, la propia definición del artículo 700 la caracteriza por dos circunstancias de hecho: *corpus* y *animus*. Y como es un hecho, para determinar que alguien es poseedor basta mirar si reúne las condiciones del artículo 700. Como la posesión no es un hecho internamente institucional, adquirir la posesión no es ejercicio de un poder institucional, sino natural; y por eso lo que importa para saber si alguien es poseedor no es cómo llegó a tener la cosa, sino las características fácticas del modo en que la detenta. Dicho de otro modo, el efecto del acto de apropiación que lleva a la posesión no depende de que haya sido un ejercicio regular de potestades jurídicas. Como no depende del ejercicio de esas potestades, está a salvo de ser declarado nulo en el evento de que se pruebe que esas potestades fueron irregularmente ejercidas. Éste es precisamente el sentido de la regla central a este respecto, el artículo 717: “Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor, principia en él”.

Es decir, la posesión no se transmite ni se transfiere: la posesión que adquiere el poseedor no es la que tenía su antecesor que en rigor no es su antecesor porque no hay antecesores en la posesión. La posesión, en otras palabras, no está sujeta al régimen de los derechos subjetivos y a la regla de que nadie puede dar lo que no tiene. La posesión está sujeta al régimen de los hechos, y se adquiere en la medida en que se reúnen de hecho las condiciones para tenerla: detentar la cosa materialmente y no reconocer el dominio de otro.

En lo que sigue consideraremos especialmente algunas de las características del régimen legal de la posesión que muestran que ella es un concepto fáctico, externamente institucional: la relación entre tradición y posesión, la agregación de posesiones y la (in)existencia de posesiones inútiles. Siendo la posesión un hecho, que no depende para su adquisición o conservación de poderes normativos cuyo ejercicio eficaz requiere ser

⁹ La Corte de Apelaciones de Talca revocó la sentencia de primera instancia, corrigiendo de este modo el error del juez. La Corte Suprema no casó la sentencia de segunda instancia. Véase ATRIA (2004) pp. 43-47.

reconocido por el derecho y que puede entonces ser desconocido *ex post facto* con efecto retroactivo, ella estabiliza el dominio, vadeando de este modo la brecha entre facticidad y normatividad. Así lo dispone el art. 2510, que elimina para la prescripción extraordinaria todos los elementos normativos de la posesión regular (título, buena fe) e, incluso *contra* ellos, permite afirmar: todo el que de hecho ha detentado una cosa sin reconocer dominio ajeno por 10 años, es dueño. Luego discutiremos la posesión inscrita, cuyos problemas son reconducibles a que introduce un concepto normativizado de posesión.

La posesión y la tradición

§ 12 *Aun si no se hace dueño, el adquirente se hace poseedor (art. 683).* Si el tradente no es dueño, el adquirente no se hace dueño, porque nadie puede dar más derechos de los que tiene¹⁰. Pero el adquirente puede hacerse con la posesión aunque el tradente no haya sido dueño, e incluso si el tradente no era poseedor. Un caso evidente de esto es el Caso 2, regulado en el art. 730. Es claro que el usurpador no es poseedor: lo dispone expresamente ese artículo y aunque no fuera así el artículo 716 llevaría la misma conclusión. En efecto, el solo hecho de que subjetivamente el mero tenedor se declare, por sí y ante sí, dueño de la cosa no es suficiente para que tenga en términos del artículo 700 “ánimo de dueño” (lo que muestra, incidentalmente, que el ánimo de dueño no es un estado mental¹¹). Pero el que recibe en tradición la cosa de manos del usurpador es poseedor. Esto a pesar de que nadie puede dar derechos que no tiene. La manera de hacer estas dos observaciones compatibles es diciendo que, como la posesión no es un derecho, el adquirente no recibe la posesión del tradente, por lo que es indiferente que el tradente la tenga o no. Esto se vincula con lo dispuesto por el artículo 683, que contiene la regla general:

La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho.

Respecto de esta regla, es importante notar que el hecho de que el adquirente se haga poseedor aunque el tradente no lo era no es un efecto normativo de la tradición (es decir, no es un efecto internamente institucional de la tradición), y por consiguiente no queda expuesto a desaparecer retroactivamente en el caso (por ejemplo) de que se declare nula esa tradición. Es una consecuencia del *hecho* de que la tradición, para realizarse, requiere la entrega de la cosa por el tradente al adquirente, entrega que, en la medida en que se trata de una tradición, ha de estar respaldada por un título traslativo de dominio. Como hay título traslativo, el adquirente necesariamente tendrá *ánimo*; como hay entrega material, el adquirente necesariamente tendrá *corpus*. “Necesariamente” aquí quiere decir: las condiciones para que haya tradición son condiciones que inmediatamente aseguran que, *de hecho*, el adquirente reunirá las condiciones en virtud de las cuales la ley lo reconoce como poseedor.

§ 13 *La tradición como hecho interna y externamente institucional.* Nótese la diferencia: la transferencia del dominio es ejercicio de un poder normativo (un hecho internamente

¹⁰ Es importante notar que no hay razón por la que esto tenga que ser así. Véase al respecto HERNÁNDEZ GIL (1967) p. 123.

¹¹ En realidad muestra algo más importante: que la posesión no es la suma de dos elementos, uno material (*corpus*) y otro espiritual (*animus*). Si fuera la suma de dos elementos, habría que decir que el mero tenedor está a medio camino de poseer, en tanto solo le faltaría el *animus*. Excluir esta interpretación del art. 700 es el sentido preciso de la regla del art. 717: no es que por la vía de creerse dueño el mero tenedor adquiera el *animus* y de ese modo complete los requisitos para ser poseedor.

institucional), porque el dominio es un derecho subjetivo. Como es ejercicio de un poder normativo, depende de que sea ejercido eficazmente, y de que el derecho lo reconozca. Pero la posesión del adquirente no es ejercicio por este de un poder institucional, sino consecuencia de lo que en el mundo de los hechos ocurre para realizar la tradición. No depende de que el derecho lo reconozca, y no puede ser declarado nulo. Por eso el art. 683 no dispone que el adquirente deviene inmediatamente poseedor, sino sólo “en los casos y del modo en que las leyes señalan”. Desde el punto de vista del dominio, la tradición es un hecho internamente institucional; desde el punto de vista de la posesión, es un hecho externamente institucional.

Esto ratifica lo dicho. En efecto, si la tradición fuera en todos los casos tradición real, que se define por la entrega de la cosa por el tradente al adquirente (art. 670), este agregado no sería necesario y podría pura y simplemente decirse que en todos los casos el adquirente se hace poseedor. Pero la ley admite formas fictas de tradición, que se caracterizan por la anticipación del momento de la transferencia del dominio. Es decir, la ley reputa perfecta la tradición en un momento anterior al de la entrega material de la cosa. En estos casos de tradición ficta, es posible que haya tradición sin que el adquirente se haga con el *corpus*, de modo que la sola tradición no lo hará poseedor.

Caso 3 A es comodatario de una máquina que guarda en una bodega ubicada en su propiedad. Se la vende a B, y se la entrega materialmente.

Caso 4 A es dueño de una máquina que vende a B, y le entrega las llaves de la bodega en que la máquina se encuentra, para que B se haga con ella por su cuenta cuando desee (art. 684 N°3). Al día siguiente, B traslada la máquina desde esa bodega a una suya.

Caso 5 Como el Caso 4, pero después de entregar las llaves a B, y antes de que B las use para hacerse físicamente con la cosa, A vende la cosa a C y se la entrega físicamente.

Como en el Caso 3 hay tradición real, es claro que B se hace poseedor aunque A, usurpador, no lo era. Pero en los casos siguientes se trata de tradición ficta, por lo que el hecho de que haya tradición en el sentido internamente institucional de que se haya ejercido eficazmente el poder normativo de transferir el dominio no permite todavía concluir que el adquirente ha ejercido el poder natural de hacerse con el control de la cosa. En el Caso 4 la tradición se perfeccionó en el momento en que el tradente entrega las llaves (art. 684 N°3), por lo que desde ese momento es dueño de la cosa. Pero no es todavía poseedor. Para eso hay que esperar al momento en que retira físicamente la cosa de la bodega en que la guardaba el tradente. En el Caso 5 es claro que B, aunque es dueño de la cosa, nunca fue poseedor de la misma, y es igualmente evidente que la posesión la tuvo A hasta que hizo entrega de la misma a C, y que C se hizo poseedor al momento de recibirla. El Caso 5 muestra la importancia de decir que la posesión del adquirente, en la situación especificada por el artículo 684 N° 3, no es consecuencia jurídica de la tradición como acto jurídico (un hecho internamente institucional, ejercicio de una potestad normativa), sino una consecuencia de que, en la medida en que la tradición implica entrega de la cosa, su realización de hecho implica que el adquirente reunirá en sí las dos condiciones de la posesión del artículo 700.

No hay posesiones “inútiles”

§ 14 *Las posiciones viciosas como posesiones “inútiles”*. Otra de las cuestiones en las que la facticidad de la posesión es relevante es en lo que se refiere a las posesiones “inútiles”. Mirar a este problema desde el punto de vista que se ha adoptado aquí permite apreciar lo que está en juego y que, en la doctrina nacional, no siempre ha sido claro.

Una manera de entender la categoría de “posesiones viciosas” supone que hay casos en que una cosa es poseída por alguien en el sentido fáctico de que alguien la tiene con ánimo de dueño (art. 700), pero que esa posesión está marcada por un déficit normativo que las hace “inútiles”, es decir no aptas para llevar al dominio mediante la usucapión. Habitualmente, esto va junto a una comprensión de la usucapión como una suerte de “premio” para el poseedor o al menos como una “sanción” para el dueño que en virtud de ella deja de serlo, por su inactividad en la defensa de su derecho. Como se trata de un premio o de un castigo, parece razonable que la ley impida la usucapión (=niegue el premio/castigo) cuando hay violencia o cuando el dueño no ha tenido oportunidad de proteger su derecho (por lo que su inactividad no merece reproche). De una manera u otra, este es el razonamiento que lleva a negar la utilidad de las posesiones viciosas: la violenta y la clandestina.

Esta manera de entender las cosas se explica quizás porque la reflexión jurídica entre nosotros tiene una orientación fundamentalmente forense antes que dogmática. Por eso esa reflexión exagera el elemento moralista y descuida relativamente las necesidades de la construcción jurídica. Porque la prescripción como premio o castigo es la manera en que ella efectivamente aparece para el abogado cuando escucha la relación que le hace su cliente. Lo que aparece en primer en la historia contada por el cliente es alguien que pierde el dominio y alguien que lo gana. Es decir, la lógica de la prescripción es que el legislador ha debido ponderar, por una parte, el interés del dueño y, por otra, el interés del poseedor por hacerse dueño, y ha preferido el segundo sobre el primero. Esto parece duro con el dueño, y por eso la doctrina busca algún reproche que formular al dueño para justificar esta decisión legislativa. Es claro: en la medida en que pueda reprocharse al dueño indiferencia o desidia en la protección de su derecho, es más fácil justificar que lo pierda. Y por eso es habitual que una doctrina con orientación forense vea en la prescripción una sanción a dicha desidia o indiferencia. Recíprocamente, en la medida en que el poseedor se encuentre en una situación especialmente reprochable, su pretensión de hacerse dueño parece menos atendible. Y desde aquí arranca la discusión sobre las posesiones viciosas, que algunos creen que son posesiones inútiles. ¿Qué justificación habría para beneficiar al poseedor violento o clandestino sobre el dueño?

Esta línea de razonamiento lleva a normativizar la posesión, a una forma de normativización por moralización; a entender que hay situaciones que, pese a ser posesión en el sentido del artículo 700, no son reconocidas como posesión por razones morales. Pero si la posesión es desconocida por razones morales, el poder que se ejerce para adquirir la posesión ha de ser un poder normativo, no un poder natural. Esto es evidente: cuando se trata de poderes naturales, las razones normativas no pueden llevar a desconocer el hecho de que se hayan ejercido, sino a justificar determinadas consecuencias jurídicas. Así, el que dice que razones morales el hoyo cavado por alguien en un terreno no es un hoyo comete un evidente error categorial. La moralización de la posesión, entonces, implica normativización. Y la normativización de la posesión afecta su capacidad para estabilizar el dominio.

§ 15 *Ni premio ni castigo*. Cuando la cuestión de la posesión y la prescripción es vista no desde la perspectiva del dueño “castigado” ni el poseedor “premiado”, sino desde la perspectiva del régimen de las cosas y su necesidad de estabilización, la cuestión de las posesiones inútiles se presenta bajo una luz totalmente distinta, y lleva de un modo bastante inevitable a la única conclusión aceptable: no hay posesiones inútiles, porque la posesión no es un concepto normativo sino fáctico. Es posible, por cierto, que lo que suele llamarse “posesiones viciosas” no sean en realidad posesión, y entonces diremos que el “poseedor” vicioso no se hará dueño por usucapión. Pero si ese es el caso es

porque lo que hay que decir es que no hay posesión. Para poder estabilizar el dominio es necesario poder decir: todo el que ha poseído por 10 años es dueño. Y “poseer” es un hecho, que no puede ser negado *ex post* porque ya ha ocurrido. Eso supone negar la posibilidad misma de posesiones inútiles.

La idea de posesión “inútil”

§ 16 *El argumento sobre las posesiones viciosa y clandestina.* “Entre las clasificaciones de la posesión figura una que distingue entre la posesión útil y la inútil, atendiendo a si conducen o no a la adquisición del dominio por prescripción”, dice Eduardo Belmar en su conocido artículo sobre la utilidad de las posesiones viciosas¹².

Las posesiones inútiles serían, entonces, las que no llevan al dominio por prescripción¹³. Esto se construye en dos pasos.

Primero, sobre la categoría de las posesiones viciosas, que son descritas y reguladas en los artículos 709-713. Es decir, inmediatamente después de la distinción legal entre posesión regular (arts. 702-707) y posesión irregular (art. 708). Esto ha llevado a la mayoría de la doctrina a tratar la categoría de la posesión viciosa como una clasificación de la posesión. Es habitual que los textos entonces traten el tema “clasificación de la posesión” distinguiendo, primero, regular de irregular y luego viciosa y no viciosa.

En la regulación legal de las posesiones viciosas no hay referencia alguna a sus consecuencias. Ahora bien, esto es lo mismo que ocurre con la posesión regular y la irregular: como formas de la posesión, son legalmente caracterizadas con independencia de sus efectos. Pero, a diferencia de la distinción regular/irregular, la categoría de las posesiones viciosas no aparece de nuevo en el Código Civil. Esto es extraordinariamente importante, pero hay que proceder con cuidado: no hay una regulación de las mismas como tales categorías, aunque hay reglas que hacen referencia a haber poseído sin violencia ni clandestinidad (por ejemplo, art. 2510). Esto, por cierto, no decide nada, ni en un sentido ni en otro. Porque las referencias a haber poseído sin violencia ni clandestinidad pueden ser entendidas como referencia a las categorías definidas en los artículos 709-713 o pueden ser entendidas como referencias no a esas categorías jurídicas, sino como referencias directas *al hecho* de la violencia o la clandestinidad.

El segundo paso en la construcción de la categoría de posesión inútil, entonces, es asumir que desde el punto de vista del artículo 2510 la referencia a haber poseído sin violencia ni clandestinidad no son referencias al *hecho* de la violencia o la clandestinidad sino a las *categorías legales* de posesión violenta del artículo 710 y clandestina del artículo 713. Es por aquí que hay que comenzar.

§ 17 *¿Son las posesiones viciosas una categoría normativa?* Una de las primeras cuestiones que son habitualmente discutidas por la doctrina en este punto es la relación que hay entre lo “vicioso” o no de una posesión y su condición de posesión regular o irregular. Es decir: ¿son las posesiones viciosas una especificación de algunas formas que puede asumir la posesión irregular, o por el contrario la distinción posesión viciosa/no viciosa es una distinción distinta e independiente de la distinción regular/irregular?

¹² BELMAR (2010) p. 579.

¹³ Algunos añaden consecuencias adicionales. Como Barros Errázuriz, que afirma que el poseedor clandestino y el violento no tienen tampoco los interdictos (BARROS ERRÁZURIZ (1921) p. 401). Sobre los interdictos en general, véase ATRIA (2017a), Aquí atenderemos solo a la prescripción, y usaremos “inútil” en el sentido especificado en el texto principal.

José Clemente Fabres, uno de los primeros comentaristas del Código Civil, sostenía una tercera posibilidad: la categoría de posesión viciosa no era una especificación de la de posesión irregular ni una distinción paralela a la distinción entre posesión regular y posesión irregular. Era, más bien, una tercera categoría dentro de esta última distinción: “la posesión es de tres clases: regular, irregular y viciosa” (FABRES, 1863: 289).

Esta posibilidad, sin embargo, debe ser excluida. Aunque con razones a mi juicio insuficientes, Claro Solar sostiene la posesión correcta: “hay solo dos clases de posesión, la regular y la irregular. A esta última pertenecen la posesión violenta y la clandestina, que son las más irregulares de todas” (CLARO SOLAR, 1979: , §841, p. 448)¹⁴.

Esta es la segunda tesis, la que entiende que posesiones viciosas son un tipo de posesión irregular. Entonces “violencia” y “clandestinidad” no constituyen tipos de posesión, una clasificación paralela a de regular e irregular, sino especificaciones de la posesión irregular. La consecuencia de esto es que las reglas de los artículos 710-713 no especifican características formales de esas categorías, sino proveen criterios para determinar qué es lo que cuenta como violencia o clandestinidad como características de una posesión irregular para efectos, por ejemplo, de la aplicación del artículo 2510 o del artículo 928 (querrela de restablecimiento).

La tercera es la que ve entera independencia entre las dos caracterizaciones. Esta es, como es sabido, la posición asumida por Eduardo Belmar en su influyente artículo sobre el tema:

Creo que los vicios de la posesión pueden acompañar tanto a la posesión regular como a la irregular. Es decir, que una posesión regular puede ser viciosa sin dejar de ser regular. Me baso para ello en que es dable afirmar dentro de nuestro Código Civil que un individuo que ha adquirido una cosa con justo título (venta de cosa ajena), buena fe (consciencia de adquirir la cosa por medios legítimos, etc) y tradición, la ejerza, después de adquirir la posesión en la forma indicada, ocultándola a quien tiene derecho para oponerse a ella, caso en el cual sería poseedor regular (art. 702) y al mismo tiempo clandestino (art. 713) (BELMAR, 2010: 580).

Belmar cree que la posesión violenta es incompatible con la posesión regular. Pero, si se trata de imaginar casos suficientemente excéntricos, uno podría pensar en una situación que cumpliera ambas condiciones. El caso que Belmar imagina es el de un poseedor regular que después de haber adquirido la posesión se entera de que no es dueño y la oculta a quien es el dueño. Pero con la misma lógica, ese poseedor regular podría haber adquirido de buena fe una cosa en ausencia del dueño y después, al regreso del dueño, y sabiendo ya que no era dueño, haberlo repelido. En términos del artículo 711, se trataría de un poseedor violento.

La clasificación viciosa/no viciosa, entonces, sería una clasificación de la posesión paralela a la de regular/irregular de la posesión. Belmar creía que esto mostraba que no había posesiones inútiles. En efecto, después de haber explicado que una posesión regular podía ser clandestina, sostiene que

¹⁴ Las razones que ofrece Claro Solar son insuficientes, porque descansa en las afirmaciones de Bello en el Mensaje. El mensaje puede ser utilizado para reconstruir el sistema del Código Civil, pero no para decidir puntos precisos. Ello porque no siempre es en rigor correcto. El pasaje que cita claro Solar, de hecho, contiene la más notoria impropiedad del Mensaje, en cuanto afirma que “toda posesión es amparada por la ley; pero solo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva”. Claro Solar salva la impropiedad añadiendo caritativamente en una nota: “se hace referencia aquí a la prescripción ordinaria” (CLARO SOLAR (1979), §841, p. 448), pero eso mismo muestra que en cuanto a interpretaciones precisas del Código, el Mensaje no puede ser decisivo. No obstante, como está dicho, la conclusión de Claro Solar es correcta, por las razones indicadas en el texto principal.

No sé quién podrá sostener que la posesión clandestina es inútil ya que en tal caso lo serían, eventualmente, las posesiones regular e irregular (BELMAR, 2010: 581).

Pero en esto Belmar pecó de exceso de optimismo. Porque se ha sostenido que este es el caso. Así lo ha hecho, más recientemente, Pablo Rodríguez, quien contra Claro Solar y Belmar sostiene que hay posesiones inútiles:

El gran error de los autores que sostienen la utilidad de las posesiones viciosas es confundir las categorías que éstas pueden tener. Una cosa es la posesión irregular y regular (calidad) y otra muy distinta es la posesión violenta y clandestina (vicio).

No toda posesión regular o irregular conduce a la prescripción... El legislador marcó en la ley una voluntad clara y precisa: hacer que las posesiones viciosas (violenta y clandestina) no condujeran jamás a la adquisición del dominio por prescripción (RODRÍGUEZ, 2006: 81, 83).

La tesis de Rodríguez, entonces, es inicialmente la de Belmar: la distinción viciosa/no viciosa es una distinción independiente y paralela a la distinción regular/irregular. Pero contra Belmar, Rodríguez no cree que eso implique que no hay posesiones inútiles. Rodríguez cree que no toda posesión regular o irregular lleva al dominio, porque cuando cualquiera de ellas es viciosa es inútil.

Esta conclusión: que consideraciones puramente normativas puedan descalificar como posesión a algo que fácticamente es posesión (en tanto es detentación con ánimo de dueño) es incompatible con la estabilización del dominio. Por eso conviene aquí considera la argumentación de Rodríguez respecto de esta normativización de la posesión¹⁵.

Que una normativización de la posesión como la que defiende Rodríguez desestabiliza el dominio es fácil de mostrar. Tómese el caso de la posesión violenta, que es la que es adquirida con violencia (art. 710). Adquirida que sea la posesión con violencia, dicha posesión será, según Rodríguez, violenta permanentemente¹⁶. Y la posesión violenta es inútil. Esto quiere decir que con independencia de la duración de esa posesión, el poseedor no se hará nunca dueño. Pero habrá detentado la cosa materialmente como dueño durante todo el tiempo, y se presentará ante terceros como dueño. Y estos terceros verán que no les habrá servido cerciorarse de que su vendedor había poseído la cosa por más de los 10 años del artículo 2510, porque como el vicio es permanente la posibilidad de declarar en cualquier momento que lo que parecía más de una década de posesión resultó ser no más que “nuda detentación” (la novedosa categoría que Rodríguez inventa para designar al poseedor violento) adquirentes, mientras ellos no reúnan por sí mismos los lapsos de prescripción.

Nótese la lógica del argumento: precisamente se trata de que los terceros puedan descansar en el hecho de la posesión para determinar si quien aparece ante ellos como dueño es dueño, y los terceros pueden descansar en ese hecho si el derecho trata efectivamente a la posesión como un hecho, algo que no está al alcance de resignificaciones normativas *ex-post*. Es esta exigencia la que la tesis de Rodríguez infringe, y por eso es incompatible con el régimen de las cosas. Nada de lo anterior, por cierto, nos obliga a decir que la violencia y la clandestinidad son total y enteramente

¹⁵ Por cierto no hay argumento alguno para sostener, como lo hace Rodríguez, que puede haber posesión regular o irregular reconocida como tal pero que no lleve a la prescripción. Es interesante atender a los argumentos que ofrece Rodríguez para mostrar que el Código admite las posesiones inútiles, porque explican en parte el déficit de construcción dogmática de la doctrina nacional. Efectivamente, se trata de argumentos típicamente forenses, es decir, argumentos que pueden resultar persuasivos para un buen abogado, haciendo un alegato oral ante los tribunales superiores, pero que no hace esfuerzo alguno por construir un sistema de conceptos.

¹⁶ RODRÍGUEZ (2006) p. 84.

irrelevantes. En la medida en que sean tratadas como formas de identificar la situación fáctica que será tratada como posesión por la ley, el argumento anterior no se aplica. Eso es lo que veremos a continuación.

§ 18 *Violencia y clandestinidad como calificaciones fácticas de la posesión.* El error de Rodríguez está en su afán de ofrecer una interpretación moralista del Código Civil, en que su aplicación está siempre mediada por sus juicios morales antes que jurídicos¹⁷. Eso lo lleva a mirar la posesión y la prescripción desde una perspectiva distorsionada por la óptica del litigante, que tiene ante sí la situación del dueño que se rebela ante la injusticia de que el demandado pueda oponer exitosamente la excepción de prescripción a pesar de su mala fe. Desde esta perspectiva puede parecer plausible entender la lógica del vicio de clandestinidad “como una manera de asegurar que el verdadero dueño o el poseedor con mejor derecho disponga de todo el plazo de prescripción para interrumpirla”¹⁸.

Una vez que se abandona la idea de que la prescripción es una “sanción”, este argumento deja de tener valor. Y eso nos permite mirar a la violencia y a la clandestinidad desde una óptica jurídica, no moralista. En esta óptica, violencia y clandestinidad no son requisitos normativos cuya ausencia permita calificar a la posesión de “útil”, sino criterios coadyuvantes de identificación de la posesión. Su análisis debe ser completamente desmoralizado, porque la moralización aquí lleva a la normativización y eso hace imposible a la posesión cumplir su función estabilizadora del dominio. Dicho en breve: la violencia y la clandestinidad obstan a la posesión, pero fáctica, no normativamente. No es que algo que conforme al artículo 700 es posesión es declarado normativamente “inútil”, sino que si la detentación es violenta o clandestina no es posesión porque eso no es detentación como dueño. Esto es lo que explicaremos a continuación.

La ley se refiere a la violencia y a la clandestinidad en dos casos (además de las definiciones de los arts. 709-713): tratándose de la prescripción extraordinaria (art. 2510 regla 3a) y de los interdictos posesorios (art. 928). Aquí nos referiremos al primer caso¹⁹.

§ 19 *La regla 3ª del art 2510.* Como se sabe, la regla tercera del art. 2510 se refiere al caso del que tiene la cosa con un título de mera tenencia. Ya el artículo 716 había anunciado que el transcurso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión, salvo en este caso, el de la regla tercera del artículo 2510. Veremos que es un error entender esta regla como una regla excepcional.

En todo caso, la mencionada regla tercera dispone lo siguiente:

Art. 2510. El dominio de cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:

...

3a. Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1a. Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción;

¹⁷ “Sigue siendo preocupación muy esencial de mis escritos la necesidad, cada día más apremiante, de moralizar el ejercicio del derecho, clausurando toda posibilidad de que este pueda ser empleado para la consumación de iniquidades” (RODRÍGUEZ (2006) p. 9). Está muy bien, desde luego, instar por la moralización del ejercicio del derecho, pero esto supone una comprensión más fría del sistema que el derecho contiene. Como estamos viendo ahora, la moralización de la comprensión del derecho a veces conspira contra los fines institucionales del derecho mismo.

¹⁸ RODRÍGUEZ (2006) p. 87.

¹⁹ Sobre el Segundo, véase en detalle ATRIA (2017a).

2a. Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

El artículo 2510 constituye la regla que funda el régimen de la propiedad en Chile. La funda porque la vincula a pura facticidad. En virtud del artículo 2510, todo el que ha detentado una cosa por 10 años como dueño puede descansar en que es dueño de la cosa. Y esto importa no por la tranquilidad que le da al detentador de la cosa en cuestión, sino al público: la propiedad puede ser determinada sin necesidad de atender a hechos privados o pactos entre individuos que permanecen ocultos en un documento escrito que está guardado en un cajón hasta el momento en que alguno de los involucrados decide hacerlo público, sino mirando solamente a lo que es aparente, al hecho de que una cosa ha sido detentada por alguien como dueño. Esto es lo peculiar de la regla del artículo 2510: que las condiciones normativas de la posesión regular son abandonadas, y las que quedan son puramente fácticas. En efecto, el N° 1 elimina la exigencia de título, el N° 2 elimina la exigencia de buena fe. El N° 3 radicaliza este movimiento: en la medida en que la cosa haya sido detentada como dueño por 10 años, ni siquiera la prueba positiva de un título de mera tenencia es suficiente para evitar que el poseedor se haga dueño.

En efecto, las dos condiciones de la regla tercera son condiciones que pretenden identificar al que detenta como dueño (es decir, es poseedor), no como condiciones que pretendan declarar normativamente, por razones “morales”, que alguien que detenta como dueño no llegará a adquirir el dominio: ignorando la distribución asimétrica de la carga de la prueba, se trata (1) que no haya habido reconocimiento de dominio ajeno por quien detentaba la cosa, y (2) que la detentación haya sido continua, pública y pacífica.

Es claro que es altamente impropio decir que el que no satisface estas condiciones y por eso no es reconocido como poseedor está siendo “sancionado” por la ley. La ley no está tratando normativamente el asunto (es decir, juzgándolo) sino intentando reconocer la detentación como dueño. La primera exigencia es obvia, porque reconocer dominio ajeno excluye inmediatamente la posesión: sería absurdo decir que la ley “sanciona” con la pérdida de la posesión al que reconoce dominio ajeno, como si reconocer dominio ajeno fuera ilícito. Una de las circunstancias de la segunda exigencia es evidentemente análoga en este sentido a la primera: la detentación deber ser continua. De nuevo, es evidente que esto no puede ser entendido como una “sanción” a la interrupción de la detentación. Las otras dos exigencias son las que dan origen a la controversia, porque la violencia o el ánimo de ocultar si pueden ser calificados en algún sentido de ilícitos, al menos típicamente. Y como pueden ser calificados típicamente de ilícito aquí no es *absurdo* decir que se trata de una “sanción” al poseedor. Pero aunque no sea absurdo, es igualmente incorrecto. La primera exigencia y la exigencia de posesión continua iluminan el sentido de estas otras dos exigencias: que ellas no concurren muestra que el que ha detentado la cosa no lo ha hecho a la manera del dueño, que su detentación entonces no califica como posesión. En efecto, si el sentido de la posesión y la usucapión es fundar el dominio en la roca dura del hecho de la detentación pública, es evidente que no es poseedor el que detenta clandestinamente. Uno podría decir que la clandestinidad es reconocimiento de dominio ajeno. Lo mismo puede decirse de la violencia. La violencia muestra que la detentación es impugnada, y la pregunta obvia es por qué esa impugnación no fue procesada conforme a los medios que la ley da al dueño para defender lo suyo. Recurrir a la violencia entonces es una marca de que la detentación no es a la manera del dueño: así como los dueños no detentan las cosas ocultándolas, ellos no necesitan recurrir a la violencia para defenderlas, porque pueden recurrir al derecho.

Lo que es fundamental aquí para entender la cuestión es no asumir la perspectiva

del abogado litigante, que solo ve a dos individuos disputándose la propiedad de una cosa, y se pregunta qué podría justificar que la ley prefiera al poseedor sobre el dueño. Desde esa óptica es difícil evitar una respuesta moralista. Pero como ya hemos enfatizado suficientemente, estas reglas no se entienden desde la perspectiva de que lo que realmente importa en la propiedad es que ella es un derecho subjetivo. La cuestión aparece cuando se pone en primer plano la propiedad como el régimen de las cosas, es decir como la configuración de un sistema institucional que supone derechos y especialmente deberes reales, derechos y *deberes* que se tienen respecto de una cosa, sin referencia a persona determinada. Por eso la clandestinidad y la violencia deben ser interpretadas como signos dirigidos al público en general, signos de que la pretensión de dominio de quien detenta la cosa es al menos dudosa.

§ 20 *Efectos de las posesiones viciosas*. Entonces: el que ha detentado pacífica y públicamente la cosa como dueño por 10 años es dueño. Es esto lo que conecta la discusión sobre las posesiones viciosas con la cuestión de la facticidad de la posesión. Y por eso esta nueva perspectiva, no moralista, ha de servirnos para identificar qué constituye violencia o clandestinidad.

Esta cuestión es tradicionalmente discutida en términos de si el vicio es absoluto o relativo y si es permanente o temporal. El vicio es temporal si sus efectos se producen mientras concurre la violencia o la clandestinidad, y dejan de producirse cuando ellas dejan de estar presentes, y permanente en caso contrario. Es absoluto si una posesión violenta o clandestina lo es para todos o solo para algunos individuos en particular.

Es claro que la controversia al respecto depende de si “posesión violenta” es un hecho interna o externamente institucional o, como estamos diciendo aquí, es un concepto fáctico o uno normativo. Si es un concepto fáctico, la pregunta será si ese hecho se caracteriza fácticamente por violencia o clandestinidad. Violencia y clandestinidad, en otras palabras, serán cuestiones de hecho que cuando concurren, llevan a la conclusión de que la detentación de que se trata no es detentación como dueño, y por consiguiente no constituye posesión. Su efecto, entonces, es lo que suele denominarse “temporal” y “absoluto”: será temporal porque cuando la detentación deje de ser caracterizada por la violencia o la clandestinidad entonces será detentación a la manera del dueño, y será absoluto porque lo que se estará calificando será la naturaleza impersonal de la detentación, no los méritos personales del detentador.

Por el contrario, si el “vicio” es entendido como una calificación normativa de la posesión respectiva, a la manera de una “sanción” moralmente orientada, las consecuencias de esa “sanción” dependerán del rigor de la ley. Esto no decidirá la cuestión, pero abrirá la posibilidad de modular las consecuencias de modo que la “sanción” no llegue más allá de lo que, por consideraciones de política legislativa, es razonable que llegue. Siguen esta última vía quienes afirman que, en virtud de lo dispuesto por los artículos 710 y 713, la violencia es permanente (porque “posesión violenta es la que se *adquiere* por la fuerza”) y la clandestina es temporal (porque “posesión clandestina es la que se *ejerce* ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella”). Dado que la violencia califica a la posesión en razón de su origen, la doctrina suele apelar al artículo 710 para concluir que es también un vicio absoluto²⁰: así como la posesión de mala fe es la que se adquiere de mala fe, y la mala fe es “absoluta” (porque califica la posesión, no la relación entre el poseedor y el dueño), las consecuencias de la violencia serían también absolutas. Pero como la clandestinidad no tiene que ver con la adquisición, sino con una relación especial entre el que detenta la cosa y quienes tienen derecho a oponerse a esa detentación, la clandestinidad sería

relativa.

Cuando la posesión es vista como lo que funda el régimen de las cosas, la cuestión aparece de modo radicalmente distinto. Porque esto implica mirar a la posesión como un concepto fáctico, por lo que la exigencias de las dos circunstancias de la regla tercera del artículo 2510 deben ser entendidas como intentando identificar al que, a pesar de tener un título de mera tenencia, detenta como dueño (=es poseedor). Y la detentación es una determinada manera de aparecer en público con la cosa, por lo que el que detenta como dueño para uno detenta como dueño para todos. Y el que no detenta como dueño para uno no detenta para nadie. Recuérdese: preguntarse por el régimen de las cosas implica preguntarse por qué deber de comportamiento se debe impersonalmente respecto de cosas ajenas, no qué deber se debe personalmente al dueño. Aquí la cuestión es análoga: se trata de qué quiere decir aparecer en público como dueño, lo que entonces ignora peculiaridades (“relatividades”) personales.

Esta por lo demás es la interpretación más razonable de la regla del artículo 2510, lo que puede mostrarse de diversa maneras:

(a) Si los “vicios” de la posesión deben ser vicios como condiciones morales que inhabilitan al poseedor para prescribir, no hay razón alguna para restringirlos solo al caso en que se invoca un título de mera tenencia. La violencia, de hecho, será utilizada típicamente para hacerse con la cosa, y el que detenta bajo un título de mera tenencia normalmente no necesitará hacerse violentamente con la cosa. La violenta normalmente será la posesión del ladrón, que no tiene título, pero para el ladrón no hay exclusión de la violencia ni de la clandestinidad, entendidas éstas como exigencias morales. La razón es clara: la detentación del que tiene un título de mera tenencia no es detentación como dueño, por lo que para poder reconocerla como posesión es necesario caracterizarla. Y las dos circunstancias de la regla tercera hacen precisamente eso: caracterizar la detentación como detentación con ánimo de dueño a pesar del título. Y como la posesión es una cuestión de hecho, lo decisivo es que la cosa sea de hecho detentada a la manera del dueño, no la naturaleza jurídica del título originalmente invocado para hacerse con la cosa.

(b) Por cierto, es la que se mantiene más fiel a la regla. En efecto, la exigencia es “haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción” durante diez años. La lectura natural de esta regla es que haya habido un lapso de 10 años en los cuales el que alega la prescripción haya efectivamente poseído, es decir, detentado la cosa con ánimo de dueño. Y ese ánimo es negado por la violencia o la clandestinidad, en el sentido ya explicado.

(c) La arbitrariedad de las soluciones alternativas muestra que ellas no fluyen del sistema del Código Civil, sino de la explotación de alguna formulación literal aquí o allá unida a una finalidad unilateralmente fijada por el intérprete. Así, por ejemplo, Belmar concluye afirmando “que ni el poseedor violento ni el clandestino pueden prescribir cuando su tenencia, o mejor, cuando tienen el corpus en virtud de un título de mera tenencia” (BELMAR, 2010: 589). ¿Y qué justifica esta regla tan especial? Belmar explica:

El legislador sanciona la mala fe, o aún más, la deleznable traición que envuelve el caso propuesto: un individuo da en comodato una cosa a un amigo; éste dice haberla extraviado o afirma, por ejemplo que se la han robado, cuando, en realidad, la ha ocultado para no restituirla. El comodante, por tratarse de un amigo, paso lo que él dice y no hace mayores averiguaciones... Pasan quine años (BELMAR, 2010: 588).

“Un acto que con tanta intensidad viola la buena fe no puede ser confirmado por el legislador”, concluye Belmar. Pero no toma en consideración que por cierto, en estos términos, el legislador “confirma” actos que violan la buena fe de mudo mucho más

radical: el ladrón que obtiene la cosa con violencia, conforme al propio Belmar, se hace dueño por prescripción adquisitiva. ¿Es que la violencia es menos grave que la traición? Nótese que independientemente de las opiniones morales de cada profesor, la ley contiene un juicio al respecto: la pena asignada al robo es mayor que la pena asignada a la apropiación indebida (arts. 436 y 467 N° 1 CP). Y por cierto, lo que Belmar ataca no es la clandestinidad, sino la traición; y para que haya traición no es necesario ni suficiente que haya clandestinidad. Esto es explícito en el pasaje de Belmar (“el legislador sanciona la mala fe, o aún más, la deleznable traición...”), en que lo sancionado sería la mala fe. Por cierto, la forma específica de engaño en ese caso implica clandestinidad, pero es evidente que la traición es independiente de la clandestinidad: si el amigo comodatario dice al comodante que la cosa le ha sido robada y en las circunstancias no necesita ocultarla y entonces no lo hace, no hay clandestinidad pero sí la misma traición que objeta Belmar. La clandestinidad no hace más “deleznable” la traición.

Algo similar puede decirse del argumento más radical de Rodríguez, que entiende inútiles las posesiones viciosas. Al momento de explicar la inutilidad de estas posesiones, recurre a argumentos morales:

La fuerza y el dolo han sido severamente sancionados en nuestra ley. Ambos conceptos son la negación del derecho, que supone acatamiento voluntario a la norma y buena fe de quienes están socialmente vinculados...

No parece admisible que tratándose de la posesión, a la cual el Código asigna una enorme importancia, no se haya asignado a estos vicios (violencia y clandestinidad) una sanción acorde y en proporción a su importancia y al daño que pueden causar en el patrimonio de una persona (RODRÍGUEZ, 2006: 44-45).

Pero la verdad es que Rodríguez yerra totalmente el punto. Dese luego, aunque es verdad que el derecho, usando el lenguaje de Rodríguez, “sanciona duramente” la fuerza y el dolo, se trata de una dureza que es compatible con que el derecho le niegue a la víctima de la fuerza o del dolo acción de nulidad pasados que sean solo cinco años (la mitad del tiempo necesario para la prescripción adquisitiva). Y es curioso que el propio Rodríguez no haya notado que su moralización comienza haciendo referencia a “la fuerza y el dolo” y continua, en lo referido a la posesión, a la violencia y la clandestinidad, no a la mala fe. Porque si se trata de sancionar “la fuerza y el dolo”, es enteramente incomprensible que el Código admita la posesión de mala fe. Ya que por razones morales la ley declararía inútiles algunas posesiones, ¿por qué detenerse en la clandestinidad? ¿Por qué admitir la utilidad de la posesión de mala fe? En la reconstrucción aquí defendida, porque la clandestinidad afecta el modo de detentar la cosa, pero la (sola) mala fe no lo hace. En la reconstrucción de Rodríguez, por curiosas razones morales que se aplican a la clandestinidad pero no a otros casos de mala fe. Esto es lo mismo que reconocer que no hay respuesta convincente: las distinciones arbitrarias que el argumento debe hacer en cuanto a sus consecuencias son la marca de un déficit de reconstrucción racional.

(d) Hay un comentario que hacer en particular respecto de la posesión clandestina. Hemos visto que como la ley declara que es clandestina la que se ejerce ocultándola a quien tiene derecho a oponerse a ella, la doctrina en general salta a la conclusión de que es un vicio relativo. Es claro que una cosa no se sigue de la otra. Pero el problema no es ese. Es qué, precisamente, quiere decir *ejercerla ocultándola*. La interpretación aquí defendida es que el ocultamiento es clandestinidad si afecta el modo de detentación.

El que detenta clandestinamente es el que detenta de un modo que hace que la detentación no sea reconocible como posesión. El ocultamiento que caracteriza la clandestinidad, entonces, no se define por el ánimo subjetivo de ocultar, sino por un

modo de detentación no público o de publicidad intermitente. Conviene mirar algunos casos:

- Caso 6** A detenta una cosa inmueble (no inscrita), pero actúa hacia el público como si fuera arrendatario de B.
- Caso 7** El mismo caso anterior, pero se trata de una cosa inmueble inscrita.
- Caso 8** A hurta la cosa C a su amigo B, y para que B no se entere se la lleva a otra ciudad, donde la usa normalmente.

En el Caso 6 hay clandestinidad. Nótese que lo que es clandestino no es el hecho de detentar, sino la pretensión de dominio. El que detenta reclamando no ser dueño de la cosa no es poseedor.

En el Caso 7 la situación es distinta, porque la pretensión de dominio es fijada por la inscripción. Es la ley la que determina que tener inscrito un predio a nombre de uno es reclamar dominio sobre ese predio. Por consiguiente en el Caso 7 A es poseedor, lo que es lo mismo que decir que su detentación no es clandestina.

En el Caso 8 hay, podríamos decir, clandestinidad subjetiva (ánimo de ocultar) pero no objetiva (la detentación es normal y como dueño). Por consiguiente, no hay, en el sentido relevante, clandestinidad.

Nótese que aquí podría alegarse que se trata de una clandestinidad relativa. Parte de la doctrina entiende así la clandestinidad: como un “vicio” que priva al poseedor de su posesión frente a aquellos respecto de los cuales la posesión es clandestina pero no respecto del resto. Esta forma de entender la relatividad de la posesión viciosa es problemática, y más adelante (*infra*, **Error! No se encuentra el origen de la referencia.**) consideraremos cuál es la esfera apropiada para alguna forma de “relatividad”. El problema ahora es la introducción de consideraciones personales en las bases del régimen impersonal del dominio. O se es poseedor o no se es. La idea de que es posible ser poseedor para unos pero no para otros es ajena al Código Civil. La solución alternativa de que el poseedor puede ver derrotada normativamente su pretensión de haberse hecho dueño, pero solo respecto de ciertas personas, es claramente incompatible con la estabilización del dominio.

§ 21 *No hay posesiones inútiles.* Entendida la posesión como un concepto fáctico cuyo sentido es permitir a todos descansar sin reservas en el hecho de la posesión para determinar el dominio, todo se aclara. La verdadera explicación nunca aparece cuando miramos el problema teniendo presente solo al verdadero dueño y al poseedor, porque de lo que se trata es de fundar el régimen de la cosas, el régimen del intercambio impersonal. Lo central para eso es que la propiedad pueda fundarse en características impersonales, en las que no aparecen las peculiaridades personales de un alguien o una relación entre dos personas. La regla es simple: todo el que ha poseído una cosa con ánimo de dueño por diez años es dueño de ella. Esa regla no existe para beneficiar al poseedor, existe para estabilizar el dominio como el régimen de las cosas. El que detenta una cosa clandestinamente no detenta como dueño, porque el acto de ocultar la cosa revela reconocimiento del derecho de otro. La violencia muestra la disputa de la posesión. La interrupción muestra que no ha transcurrido el lapso legalmente fijado. No hay distinciones arbitrarias que hacer, ni conclusiones que hacen al dominio inestable.

§ 22 *La esfera apropiada para la relatividad.* Lo anterior no quiere decir que no haya espacio alguno para lo que la doctrina ha llamado la “relatividad” de la posesión viciosa. Aquí hay una cuestión importante de aplicación general. Explicada en breve, puede decirse lo siguiente: para que la posesión pueda estabilizar el dominio ella debe ser un concepto puramente fáctico en el sentido ya indicado. La normativización de la posesión implica que el intercambio impersonal deviene personal. Esto implica: en la

medida en que la pregunta por la posesión es formulada desde la óptica del intercambio impersonal, necesita ser un concepto fáctico. Pero mientras la cuestión se mantenga en términos del intercambio personal su normativización no es un problema.

Caso 9 A vende y enajena la cosa a B. 7 años después del contrato, A demanda a B de nulidad absoluta del contrato. A obtiene sentencia favorable en el año 11.

Este caso es solucionado por el artículo 1687:

Art. 1687. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En el Caso 9 está claro que B no puede alegar haber adquirido el dominio por prescripción ordinaria, aun cuando antes de la demanda ya había poseído por más del tiempo suficiente para ello. La posesión regular es una posesión normativizada, y por eso mismo está al alcance de las recalificaciones ulteriores propias de las posiciones normativas. Al declararse la nulidad del contrato, la posesión de B quedó sin justo título (art. 704 N°3), y por consiguiente B no puede alegar la posesión regular. La transformación de la posesión regular a irregular opera retroactivamente, por lo que hay que decir no que desde el momento de la dictación de la sentencia B era poseedor irregular, sino que siempre lo fue. Todo esto es obvio.

¿Cuál es la situación si en el tiempo intermedio B hubiera enajenado la cosa a un tercero?

Caso 10 Como el Caso 9, pero a los 5 años del contrato, B vende y enajena la cosa a C.

Este caso está regulado en el artículo 1689:

Art. 1689. La nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales.

Hay acuerdo en la doctrina de que la principal de las “excepciones legales” a las que se refiere el artículo 1689 es el caso en que el tercero poseedor ya ha adquirido la cosa por prescripción²¹. En principio, entonces, la solución es: la nulidad judicialmente declarada pasa contra terceros, salvo que el tercero en cuestión haya adquirido la cosa por prescripción. Nótese que la posesión del tercero puede ser regular, y eso no sería afectado por la declaración de nulidad. Dados los plazos del Caso 9 (la sentencia que declara la nulidad del contrato es dictada en el año 11, y el tercero en el Caso 10 se hizo poseedor en el año 5), si el tercero se hizo con la posesión regular de la cosa, A no tendrá acción contra él, aunque tendría en todo caso acción contra B en el Caso 9, si B todavía tuviera la cosa en su poder²².

Hay entonces una notoria diferencia entre la situación de B, que cuando se declare la nulidad tendrá que restituir aunque haya tenido la posesión de la cosa por más de los 10 años de la prescripción extraordinaria, y la de C, que desde que cumpla el plazo para adquirir por prescripción ordinaria dejará de estar al alcance de la acción reivindicatoria de A. Para esta diferencia, por cierto, hay una explicación obvia: aunque durante el juicio de nulidad B ha seguido poseyendo la cosa, a su respecto la prescripción está civilmente interrumpida, conforme lo dispone el artículo 2503. Desde el año 7 (véase el Caso 9), el tiempo ha dejado de correr para los efectos de la

²¹ Véase, entre tantos otros: ALESSANDRI, SOMARRIVA *et al.* (1941) pp. 536-538, DUCCI CLARO (1995) p. 348 y {Vial del Río, 2006 #2674@287.

²² Y por eso en el Caso 10 A, si bien no podrá perseguir la cosa contra C, si podrá dirigir en contra de B la llamada reivindicatoria ficta del art. 898.

prescripción adquisitiva de B. Por eso A tendrá acción contra B para recuperar la cosa con independencia de cuánto tiempo tome el juicio.

Ahora bien, nótese que la interrupción de la prescripción supone una relación personal entre las partes, en particular, supone que se ha trabado una relación procesal entre las partes, en virtud de la cual el tiempo no corre a favor del demandado en perjuicio del demandante. Pero en sus relaciones con el resto, la prescripción sigue corriendo. La interrupción, entonces, es ‘n “relativa” en el mismo sentido en el que según algunos lo es el vicio de clandestinidad.

El argumento más arriba ha sido que la posesión no puede relativizarse en este sentido, dado su carácter fáctico. Pero ahora hemos visto que la interrupción es relativa. ¿No muestra esto que la afirmación anterior es falsa?

En realidad es exactamente al contrario, constituye una ratificación de lo dicho. La interrupción civil supone una relación formalmente establecida entre las partes, una relación procesal. Durante la existencia de esa relación especial entre ambos, la prescripción no correrá en beneficio del demandado. Habiéndose trabado una relación personal entre las partes, las condiciones del intercambio impersonal ya no son relevantes, *entre ellos*.

Porque nótese que no es que la posesión esté suspendida: el demandado sigue siendo poseedor en el mismo sentido en el que lo era antes. De hecho, si el demandado enajena a un tercero la cosa, la interrupción que afecta al demandado y enajenante no obsta ni a que el adquirente se haga poseedor, ni a que en su caso pueda agregar todo el tiempo de posesión del demandado. La razón para esto es clara: cuando las reglas de la posesión y la usucapión son invocadas por el co-contratante en un contrato del que se alega nulidad, la situación no afecta las condiciones del intercambio impersonal; pero cuando la nulidad del contrato entre A y B es invocada contra C, lo que está en cuestión son precisamente esas condiciones. Al momento en que una pretensión personal se hace valer en un contexto impersonal, ella debe sujetarse a las condiciones de los contextos impersonales.

Esa es exactamente la consecuencia a la que llevan las reglas de la interrupción civil de la prescripción. Y habiendo reconstruido su racionalidad ahora podemos extenderlas a los casos de relatividad de las posesiones viciosas. En ambos casos hay un vicio que afecta personalmente la relación entre el poseedor actual y el anterior; y en ambos casos se puede decir que, mientras la cosa es detentada por quien ha sido el causante del vicio, la relación entre las partes puede ser tratada personalmente; cuando la cosa pasa a ser detentada por quien ha descansado en las condiciones del intercambio impersonal, esas condiciones peculiares dejan de ser relevantes.

Así, recuérdese el caso imaginado por Belmar²³, al que conviene darle un número:

Caso 11 A cede en comodato la cosa a B, su amigo. B le hace creer que se la han robado cuando en realidad la ha escondido en su casa de veraneo, a la que no invita a A.

¿Puede A demandar la restitución de la cosa si la descubre en poder de B a los 11 años? Si aplicáramos a este caso las reglas del intercambio impersonal, la solución sería clara: no podría, porque B habría adquirido la cosa por prescripción extraordinaria de 10 años. Pero es claro que el Caso 11 es (o está muy cerca de ser) la situación que está regulada en el artículo 730, que precisamente mantiene, en la relación entre comodante y comodatario (genéricamente: entre poseedor y metro tenedor) la relación personal, y se niega a interpretarla desde la óptica impersonal, mientras no haya habido enajenación a

²³ *supra*, texto que acompaña la n. ¡Error! Marcador no definido..

un tercero. Y esta es la cuestión central: es la enajenación a un tercero la que trae con ella las expectativas y condiciones del intercambio impersonal. Mientras no haya tal enajenación, no hay razón para aplicar esa lógica. Y por eso en el Caso 11, en que ha habido un intercambio de ese tipo, no hay razón para usar la lógica del intercambio impersonal²⁴. Por consiguiente, en este caso la solución razonable es que A puede recuperar la cosa de manos de B en el momento en que A note que la cosa está en poder de B, sin que los plazos de prescripción sean aquí relevantes (como se sigue, por lo demás, del art. 730). Lo mismo puede decirse del caso en que B roba la cosa a A²⁵.

A partir de estos casos, el caso siguiente es el de un vínculo contractual entre ambas partes, que es la situación a la que se refieren los artículos 1687 y 1689. Aquí ya están en cuestión las condiciones del intercambio impersonal, por lo que no puede aplicarse la misma solución anterior: no es que por ser nulo el contrato el adquirente no pueda invocar la prescripción contra el tradente. La regulación de la interrupción civil de la prescripción cumple la función de darle forma jurídica al momento en que los derechos de las partes dejan de estar sujetos a la lógica del intercambio impersonal y pasan a estar sujetos a la lógica del intercambio personal, que es el momento desde que se trabaja la relación procesal entre las partes (art. 2503 N°1: notificación legal de la demanda²⁶).

Agregación de posesiones

§ 23 *La noción de “antecesor” en la posesión.* El artículo 717, después de disponer que en todo caso la posesión del poseedor principia con él, agrega lo que conforme a la letra del mismo parece ser una excepción: “a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya”.

¿Qué sentido tiene la idea de “antecesor” en la posesión, si como hemos visto la posesión no se recibe de quien haya tenido la cosa antes? Y en todo caso, ¿quiere esto decir que cuando el poseedor actual “quiere” añadir la posesión del antecesor a la propia entonces la posesión sí se recibe de éste? Pero por cierto esto parece obligarnos a decir que si el poseedor “quiere” la posesión, es transmisible, es decir, es un derecho. Esto no tiene sentido; al menos, no parece ser compatible con lo dicho hasta ahora.

El inciso segundo del mismo artículo, por su parte, muestra que puede agregarse no solo la posesión anterior, sino posesiones anteriores y así toda una serie de posesiones, siempre y cuando no sean interrumpidas. Pero ¿qué quiere decir que se trate de una serie “no interrumpida”? Si la posesión siempre principia con el poseedor actual, ¿qué es apto para interrumpir una posesión y qué no?

²⁴ Si lo hay o en el momento en que lo haya, la lógica del intercambio impersonal será la que se aplique. En efecto, si en el año 9 B hubiera vendido y enajenado la cosa a C, es claro que C podría ya agregar la posesión de B y entonces alegar 11 años de posesión, lo que lo pondría a salvo de una acción reivindicatoria de A (es claro que en este caso habría entre B y C una relación preservativa del domino).

²⁵ Por cierto, el caso en que B roba la cosa no está cubierto por la regla del art. 730. El art. 730 pretende, como ya está indicado (*supra*, n. 11), salir al paso de una comprensión de la posesión en que ésta se logra por adición de corpus y animus, por lo que el mero tenedor tendría ya la mitad de las condiciones. Mientras no intervenga la lógica del intercambio impersonal, que aparece con la enajenación a un tercero, no hay razón para reconocer al ladrón, respecto de su corpus, una situación mejorada respecto del mero tenedor alzado del art. 730. En ambos casos lo dicho en la nota 24 vale: si el mero tenedor alzado del art. 730 enajena a un tercero, el tercero se hace poseedor y puede agregar, conforme a las reglas generales, la posesión de su tradente, porque ahora la situación es interpretada desde la lógica del intercambio impersonal.

²⁶ Hay discusión sobre cuándo, precisamente, se satisface la exigencia del N°1 del art. 2503: si al momento de ser ordenarse la notificación de la demanda (es decir, al tenerse por interpuesta la demanda y ordenarse por el tribunal su notificación)

Para entender la idea de agregación de posesiones y las condiciones bajo las cuales ella es posible, necesitamos volver sobre la Figura 3, que representaba la situación de divergencia entre posesión y propiedad. Ahí, debemos atender a *c*. En el Caso 2, *c* era una enajenación hecha por quien no era dueño. Esta no es, por cierto, la única razón por la que la línea normativa (L1) y la línea fáctica (L2) pueden separarse. *c* podría también ser un acto de apoderamiento material (hurto o robo). En todos estos casos, el dominio (L1), que antes de *c* estaba unido a la posesión (L2), se separa (en L3). Que L1 se separe de L3 significa que la posesión pasó de una persona a otra sin que a dicha mutación en la posesión haya correspondido una mutación en el dominio. Como la posesión se define entre otras cosas por el ánimo de dueño, esto quiere decir que la pretensión de ser dueño pasó a alguien que no es dueño. La situación es anómala en términos jurídicos, porque las reglas sobre transmisión y transferencia de la propiedad pretenden mantener las dos dimensiones unidas. El evento que causa esta situación anómala, es decir *c* en la Figura 3 será llamado por eso una “anomalía”.

§ 24 *La noción de “anomalía” en las líneas posesorias.* En el sentido en que nos interesa, no todo acto o hecho que pretende transferir o transmitir el dominio sin éxito es una anomalía:

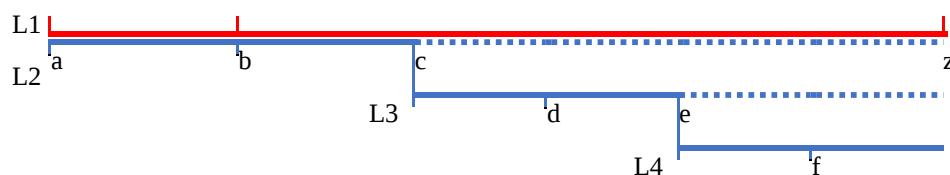
Caso 12 C (que posee la cosa sin ser dueño) vende y enajena la cosa a D.

La enajenación en el Caso 12 (que en la Figura 4 aparece como *d*) no transfiere el dominio, porque C no era dueño, dado que *c* fue, como lo hemos visto, una anomalía. Pero aunque *d* no transfiere el dominio, no es una anomalía como *c*, porque la posesión del adquirente se mantiene dentro de la misma línea que la posesión del tradente.

Caso 13 E hurta la cosa a D.

En el Caso 13 *e* (el hecho del robo) sí es una anomalía, que da origen a L4, una nueva línea posesoria, porque la pretensión de dominio de E no es reconducible a la pretensión de D.

Figura 4. Líneas posesorias sucesivas
(incluye Caso 1, Caso 2, Caso 12 y Caso 13)



En la figura 4, *e* es una anomalía que termina L3 e inaugura L4. Pero *d* no inaugura línea alguna, es solo un evento en L3. ¿Por qué esta diferencia, si en ambos casos una posesión terminó (la de C y la de D, respectivamente) y otra comenzó (la de D y la de E, respectivamente)? Permítaseme comenzar a responder esta pregunta considerando la relación entre L1 y L2, por una parte, y L3 y L4, por la otra. La relación de L3 con L4 parece ser la misma que la de L2 con L1. Hay sin embargo una diferencia fundamental. L1 se distingue de L2 porque la primera es normativa y la segunda fáctica. Como L1 es normativa, no hay problema para explicar que ella continua inmutable después de *c*, la anomalía que puso término a L2. Pero L2 es una línea fáctica. Entonces, ¿qué es lo que queda de L2 después de *c*, es decir, después de que fácticamente ha terminado? (la misma pregunta vale para L3 y *e*). La pregunta es interesante porque es claramente asimétrica respecto de la relación entre L1 y L2. Como L1 es normativa, no hay problema alguno para explicar cómo ella puede continuar inmodificada después de *c*: precisamente los derechos son, al menos hasta cierto punto, inmunes a su

desconocimiento fáctico. Pero L2 no es normativa sino fáctica, y por lo tanto no puede ser inmune a su desconocimiento fáctico²⁷. Por eso tenemos que decir que L2 desaparece en *c*, la anomalía que está en el origen de L3, y que L3 termina en *e*, la anomalía que le pone fin e inaugura L4²⁸.

Como lo muestra el hecho de que la sucesión de líneas posesorias (L2, L3, etc.) no tiene correlato alguno en la línea dominical (L1) lo que define a las líneas posesorias no es que ellas correspondan al dominio. Se trata, después de todo, de líneas fácticas. Pero si la posesión es un hecho, ¿cómo es posible agrupar posesiones en líneas? Es decir, ¿qué más puede decirse de un conjunto de posesiones, todas ellas sobre la misma cosa, que unas se suceden a otras? ¿Por qué algunas son líneas interrumpidas y otras continuas?

La clave está en la *pretensión de dominio*. Lo que define a una línea posesoria no es el dominio ni es (solo) la posesión. Es la *pretensión de dominio en que el ánimo posesorio consiste*. La pretensión de dominio de B se funda en la pretensión de dominio de A, en el sentido de que B reclama ser dueño porque ha recibido el dominio de A en *b*. Pero la pretensión de E (el ladrón) no se funda en la pretensión de D, porque el evento que terminó la posesión de D y comenzó la de E, el hurto de la cosa (*e*), no es siquiera en principio apto para transferir el dominio (lo mismo vale para *c*, la enajenación hecha por M a C en el Caso 2). Tanto *c* como *e* son anomalías, mientras *b* y *d* son normalidades. Para formular esta misma idea de un modo más preciso, podemos decir que

- Dos posesiones son contiguas;
- =se encuentran en la misma línea posesoria;
- =contienen la misma pretensión de dominio;
- =pueden agregarse,

cuando están vinculadas por una *relación preservativa del dominio*. Si entre ellas no hay una relación preservativa del dominio, la segunda no contiene la misma pretensión que la primera, y su inicio constituye una *anomalía* que marca el fin de una línea posesoria y el inicio de una nueva, subordinada a la anterior.

La noción de relación preservativa del dominio puede ser caracterizada del siguiente modo:

Dos posesiones están unidas por una relación preservativa del dominio si la relación entre ambas es tal que del hecho de ser el poseedor anterior dueño se sigue que el posterior es dueño.

En la Figura 4, si C hubiera sido dueño D se habría hecho dueño en *d*, pero aun si D hubiera sido dueño E no se habría hecho dueño en *e*. Aplicando las definiciones

²⁷ Esta idea aparece al intentar explicar el sentido de la querrela de restitución (art. 926), que tiene “el que injustamente ha sido privado de la posesión” para obtener la restitución. Pero si la posesión es un hecho, ¿qué es lo que tiene el que ya ha perdido la posesión? Esta es una cuestión de la que hay que hacerse cargo, aunque no es posible hacerlo aquí (es el mismo problema que, en la explicación tradicional plantea la acción publiciana, la que tiene el poseedor regular que ha perdido la posesión contra un poseedor de peor derecho, y la respuesta ha de ser la misma: véase ATRIA (2017b) pp. 179-182). Por ahora nótese que el mismo problema no se reproduce en el caso de *b*, porque entonces lo que tendrá el dueño será la acción reivindicatoria, y ahí no hay problema alguno para explicar que el que ejerce la acción reivindicatoria invoca su dominio, que no fue afectado por su pérdida de la posesión. Pero no queda claro qué de lo que tenía el poseedor anterior le queda cuando, en *d*, ha perdido la posesión.

²⁸ En la representación gráfica que hemos hecho de las líneas posesorias, éstas continúan después de la anomalía que les pone fin en la forma de una línea punteada. Esta línea punteada sirve para explicar ciertas cuestiones (como qué es lo que invoca el demandante en una acción publiciana, que puede ser interpuesta por el poseedor regular pero debe dirigirse contra un poseedor de peor derecho, etc.). La discusión de esta línea punteada, entonces, deberá quedar pendiente para una ocasión posterior.

anteriores a la Figura 4, podemos decir:

Primero, que los eventos *b* y *d* son *normalidades*, mientras que *c* y *e* son *anomalías*.

Segundo, que las posesiones de A y de B y las de C y D

- (i) son contiguas
- (ii) se encuentran en la misma línea posesoria
- (iii) contienen la misma pretensión de dominio
- (iv) están unidas por una relación preservativa de dominio
- (v) pueden agregarse.

Tercero, que las posesiones de B y C y las de D y E

- (i) no son contiguas
- (ii) no se encuentran en la misma línea posesoria
- (iii) no contienen la misma pretensión de dominio
- (iv) no están unidas por una relación preservativa de dominio
- (v) no pueden agregarse.

§ 25 *Observaciones sobre las definiciones anteriores*. Algunas observaciones sobre estas definiciones y caracterizaciones:

1. Es importante notar que para determinar que dos posesiones están o no vinculadas por una relación preservativa del dominio no es necesario pronunciarse sobre si alguno de los poseedores es o era efectivamente dueño. Que una relación sea preservativa del dominio no supone ni implica que en la línea respectiva haya algún dominio que deba ser o sea preservado. Solo implica que, si el poseedor anterior era dueño, el poseedor actual es dueño. Para determinar eso solo hay que atender al vínculo jurídico entre ambas posesiones.

2. Por consiguiente, el hecho de que dos posesiones estén unidas por una relación preservativa del dominio no implica que el segundo poseedor sea dueño. Lo que implica es que entre ambas posesiones hay una determinada relación, porque ambas descansan en la misma pretensión de dominio. Esto tiene por ciertas consecuencias para la usucapión. En efecto, si lo que justifica reconocer el dominio al poseedor es que la posesión ha durado un determinado lapso, no tiene sentido que la unidad de ese lapso, aquello a lo que se le pide durar, sea cada posesión, sino *ha de ser cada pretensión de dominio, cada línea*. Por eso las posesiones pueden ser agregadas.

3. La agregación de posesiones, cuyo sentido es develado por la noción de una relación preservativa del dominio, muestra que en lo que se refiere a la usucapión la unidad sobre la que opera la ley no es cada posesión sino la *línea posesoria*. Por eso la regla final del inciso 1° del artículo 717 dispone que cuando hay agregación de posesiones anteriores las calidades y vicios se contagian a la nueva posesión. Aquí se trata de que la línea posesoria tiene determinadas características. El que agrega posesiones anteriores se inscribe dentro de la línea respectiva, y entonces asume las características de esa línea.

4. En todo caso, la idea de que cada posesión principia con ella misma retiene una consecuencia importante: la agregación no es obligatoria, lo que implica que en cualquier momento cualquier poseedor puede desear la línea posesoria de la cual es parte e invocar su propia posesión en sus propios términos. En este caso no hereda las calidades y vicios de la línea respectiva, sino tendrá los que le corresponden considerando los suyos propios. Esto es fundamental para que la posesión pueda cumplir su función de fundar el dominio: su modo de operación debe depender solo de reglas públicas para cuya operación las peculiaridades de la historia de un detentador en particular o quienes lo antecedieron han de ser irrelevantes. Nada más que las características de la detentación del poseedor actual es necesario para determinar que es

poseedor; y si ha sido poseedor por 10 años, es dueño. Fundar el dominio implica que esta conclusión debe ser tan inatacable como sea posible. Por cierto, puede que el poseedor actual se haga dueño antes de 10 años: por lo que hemos estado discutiendo aquí (porque su posesión continúa una línea posesoria que lleva al dueño antes de sus propios 10 años), o porque su posesión es privilegiada, por ser regular. Eso es posible. Pero no es posible que no sea dueño si ha poseído por 10 años.

§ 26 *La noción de título posesorio y la relación preservativa del dominio.* Es importante distinguir la relación preservativa del dominio de la noción de título posesorio. Al considerar *e* uno podría sentirse tentado a decir que ambas cosas se confunden, porque después de todo *e* (Caso 13: E hurta la cosa a D) no sirve de título a E, y la posesión de E no está vinculada a la de D por una relación preservativa del dominio. Esto sería un error. Para apreciar por qué, obsérvese la otra anomalía que aparece en la Figura 4, *c* (Caso 2: la venta hecha por el usurpador M a C). En principio, *c* es título posesorio para C, pero no establece una relación preservativa del dominio con B. Es decir, se trata de conceptos diferenciados, porque cumplen finalidades distintas.

En efecto, la noción de título cumple la finalidad de diferenciar una posesión que descansa en la sola facticidad de la detentación de una que descansa en un antecedente jurídico que al menos en principio justifica el ánimo posesorio²⁹. Que la posesión tenga título quiere decir que el *animus* del poseedor no descansa en la sola facticidad, y por eso la ley le da a la posesión con título un tratamiento privilegiado (posesión regular)³⁰. La distinción entre anomalías y normalidades, y con ella la relación preservativa del dominio y la emergencia de líneas posesorias, cumple la finalidad de separar posesiones según sus pretensiones de dominio, es decir, según la fuente independiente o no de sus ánimos.

La posesión inscrita

Posesión de muebles y de inmuebles, posesión inscrita y no inscrita

§ 27 *Posesión de muebles y posesión de inmuebles. Posesión inscrita.* Todo lo dicho hasta ahora ha tenido como referencia lo que podríamos llamar el “régimen general” de la posesión en el Código Civil. Ese régimen se caracteriza porque en él la posesión es lo que está definido en el artículo 700: la detentación material de una cosa con ánimo de dueño. Ahora bien, en su tratamiento del tema los manuales suelen distinguir, después de haber analizado la posesión en general, dos regímenes posesorios: el de los bienes muebles y el de los bienes inmuebles³¹.

²⁹ Esto es discutido monográficamente en ATRIA (2017d).

³⁰ No se me escapa, por cierto, que la posesión regular exige también buena fe (art. 702 inc. 2º). Pero para pensar sistemáticamente en la posesión regular es mejor entender que ella es simplemente la posesión que tiene justo título, y que la exigencia de buena fe es solo una adición moralista orientada a permitir al dueño perjudicado por la prescripción ordinaria del poseedor que la impida probando lo que es difícil de probar, la mala fe del poseedor. Lo que muestra que la mala fe en este caso no es una nota estructural de la posesión regular sino una suerte de reconocimiento al dueño de una última posibilidad de defensa es que, a diferencia de todo el resto del Código Civil, aquí la mala fe es mala fe “subjetiva” (art. 706). Al mirar las cosas con detención, surge claramente que no tendría sentido exigir adicionalmente buena fe en sentido objetivo, porque eso es precisamente la función que cumple el justo título. Esto es discutido con más detención en ATRIA (2017d).

³¹ Véase ALESSANDRI, SOMARRIVA *et al.* (1998), §§736, 743; ALESSANDRI (1940) pp. 141-174; PESCIO (1978) p. __; PEÑAILILLO (2006) pp. 369-388; RUZ (2011) pp. 142-148; BARCIA (2008) p. __; KIVERSTEIN H (2006) pp. 165-181. Luis Claro Solar no divide el tema de este modo: véase (1979) pp. 471-515. Tampoco lo hace ROZAS (1998).

En general, la distinción entre bienes muebles e inmuebles es por cierto relevante en el derecho de las cosas, y de hecho está considerablemente subteorizada³². Pero en el caso de los regímenes posesorios no es la distinción importante. En principio, la posesión de las cosas muebles y de las cosas inmuebles (*qua* inmuebles) es lo mismo, eso que está definido en el artículo 700 del Código Civil. Se adquiere del mismo modo (comenzando a detentar como dueño) y se conserva y pierde del mismo modo (mientras y hasta se mantenga la detentación como dueño).

Lo que sí supone una transformación del concepto de posesión es la posesión inscrita. Es decir, la diferencia relevante en cuanto a los regímenes posesorios no es entre bienes muebles e inmuebles, sino entre bienes muebles e inmuebles no inscritos y bienes inmuebles inscritos. Esto es lo que será explicado en esta última sección de este artículo, cuya finalidad no es, por cierto, hacer una exposición completa de la posesión inscrita, sino solo mostrar cómo y por qué ella supone una transformación del concepto de posesión de modo que, como notó Moisés Lagos, la posesión de inmuebles inscritos en Chile se diferencia “de la posesión en el derecho universal” (LAGOS, 1926: 559). Al explicar este concepto alternativo de posesión, notaremos que se trata de un concepto normativizado. Y por ello nos servirá para ratificar el argumento central de este artículo, que era que en el sistema del Código Civil solo un concepto fáctico de posesión puede estabilizar el régimen del dominio. Si esta última tesis es correcta, deberíamos esperar que al introducir un concepto normativizado de posesión se introduce inestabilidad al régimen del dominio. Y efectivamente eso es lo que encontraremos.

El sistema registral del Código Civil

§ 28 *Registros y catastros*. Para entender la peculiaridad de nuestro sistema registral y en particular por qué implica una transformación del concepto de posesión es útil comenzar ubicándolo en una tipología más amplia de registros, distinguiendo *registros de catastros*, y luego *registros de documentos (o: de títulos)* de *registros de derechos*³³.

Un catastro inmobiliario es un inventario de los bienes inmuebles existentes en un determinado territorio, realizado por la administración pública, con la finalidad de reunir y mantener información sobre la propiedad inmobiliaria en el territorio respectivo. El sentido del catastro es una finalidad pública, típicamente la de identificar y permitir determinar el impuesto territorial. Un registro, por su parte, es un archivo en el que consta información sobre la propiedad inmobiliaria, orientado a dar publicidad y certeza a los derechos constituidos en éstos y a los actos sobre ellos. La distinción entre catastro y registro es importante porque en el caso del catastro hay un interés del Estado en la mantención y actualización de la información ahí contenida. El catastro no puede descansar únicamente en la información que, en promoción de sus propios intereses, los titulares de derechos inmuebles están dispuestos a entregar; en el caso de un registro,

³² Solo para mencionar un ejemplo, nótese que los muebles tienen una identidad anterior al derecho, pero no así los inmuebles. En efecto las cosas inmuebles son constituidas como cosas susceptibles de ser objeto de derechos por el propio derecho. La inscripción de un automóvil en el registro de vehículos motorizados no cumple la función de dar identidad a la cosa en tanto automóvil, sino la supone. El registro en el Conservador de Bienes Raíces, por su parte, no solo especifica a nombre de quién está inscrito: también lo determina, en el sentido de que lo define en tanto objeto susceptible de apropiación. Antes de los deslindes solo había territorio. Es decir, los bienes inmuebles son hechos (cosas) institucionales, mientras los bienes muebles son hechos (cosas) brutos. Al respecto, véase por ahora SMITH Y ZAIBERT (2001a), SMITH Y ZAIBERT (2001b).

³³ Sobre los registros en general, véase BOSTICK (1987), COOKE (2003), STEIN (1983), ARRUÑADA (2004), ARRUÑADA (2005), ARRUÑADA (2013b), ARRUÑADA (2013a), CLARKE Y KOHLER (2005), FUEYO (1982).

por su parte, aunque por cierto puede decirse que hay un interés público en su constante actualización y en la corrección y completitud de la información que contiene, dicha finalidad pública se obtiene a través de la información provista por los propios titulares de derechos, que lo harán buscando la protección de sus derechos que el registro de los mismos les ofrece. Por esto, los catastros son esencialmente públicos, mientras los registros pueden ser públicos o privados³⁴.

§ 29 *Registros de títulos y de derechos*. En principio, la regla fundamental de los sistemas registrales es que el registro no puede acreditar ninguna información que no haya ingresado al registro. Por consiguiente, ellos pueden distinguirse según el tipo de realidad que ellos acreditan y la correlativa información que es necesaria para lograr un asiento registral. Los registros de derechos acreditan inmediatamente la existencia de derechos. Por ello, lo que debe registrarse es un derecho existente. Esto implica que el procedimiento de registro está orientado a establecer la realidad del derecho como condición para el registro.

Un registro de títulos, por otro lado, no pretende acreditar la realidad de los derechos respectivos, sino la sola existencia de títulos que se refieren al surgimiento, modificación o extinción de derechos sobre inmuebles. El hecho de que un título esté registrado no acredita su validez ni la realidad del derecho al que se refiere, sino solamente su existencia. Por consiguiente para obtener el registro el interesado no necesita probar la realidad del derecho ni la validez del título, sino solo su existencia³⁵.

§ 30 *El momento de la depuración*. Hay mucho más que decir sobre la diferencia entre catastros y registros, por un lado, y entre registros de títulos y registros de documentos, por el otro. Aquí solo mencionaremos una cuestión. La distinción entre estos dos tipos de registros sirve porque responde la pregunta por el momento y el modo de la depuración de los títulos. Por “depuración” entiendo la cuestión de identificar y solucionar las controversias que surjan entre diversas pretensiones respecto de los derechos de los que los títulos dan cuenta o derechos incompatibles con ellos. En principio, un registro de derechos exige depuración *previa* de los títulos: como el asiento registral una vez logrado acreditará la existencia concreta del derecho real de que se trata, es necesario que antes de proceder a la inscripción las pretensiones contradictorias sean escuchadas y decididas. Un registro de títulos, por otra parte, supone normalmente depuración *posterior* de los títulos: la sola existencia de una pretensión contraria a un título registrado, o sobre la validez del título registrado, no es normalmente un impedimento para el registro, y la inscripción no la afecta. Cuando ella sea planteada del modo que formalmente corresponde, será decidida (y el título depurado), en sede típicamente judicial, sin que el hecho de estar el título registrado sea decisivo.

§ 31 *El Conservador de Bienes Raíces*. Es evidente que se trata de un registro, no de un catastro. En Chile hoy (no en 1855) existe un catastro, pero es un catastro para fines

³⁴ {Arruñada, 2013 #2959@98-104}.

³⁵ Hay un sentido (que podríamos llamar “kelseniano”, ya que Kelsen entendía por validez “la existencia específica de una norma”: véase KELSEN (1991) pp. 23, 270n) en el que la validez del título es su existencia. El sentido de validez utilizado en el texto principal no es ese. Un título existe cuando éste es aparentemente válido, es decir, cuando de un examen formal del mismo no aparece ningún vicio de validez. Así, el art. 57 del reglamento del registro Conservatorio de Bienes Raíces dispone que “para llevar a cabo la inscripción, se exhibirá al conservador copia auténtica del título respectivo o de la sentencia o decreto judicial; en este caso, con certificación al pie del respectivo escribano que acredite ser ejecutorios”. La copia auténtica debidamente certificada no acredita la validez del título en el sentido kelseniano, porque podría ser nulo a pesar de eso.

tributarios y no tiene efectos directos en materia civil³⁶. Ahora bien, se trata de un registro de títulos. En efecto, lo que se registra es un título traslativo, sin que para inscribir sea necesario acreditar ni la validez del título ni la realidad de los derechos que transfiere. Sin embargo, el efecto de la inscripción es que ella eventualmente acreditará la realidad del derecho respectivo. Esto parece infringir la regla fundamental de los registros, que era, como se recordará, que *solo puede obtenerse de ellos lo que antes ya se ha puesto ahí*.

La cuestión es explícitamente discutida en el mensaje del Código Civil, en el cual Andrés Bello explica con lucidez (aunque por cierto sin usar estas mismas palabras) la distinción entre un registro de documentos y un registro de derechos, reconociendo que, aunque un registro de derechos parece ser una mejor opción, en el Código Civil se optó por un registro de títulos: “En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión, sino de la propiedad”. Pero un registro de derecho supone, como lo hemos visto, depuración previa de los títulos,

mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración.

Para evitar estos problemas, el registro no sería un registro de derechos, sino de títulos, en el que podría inscribirse cualquier título que fuera formalmente válido (es decir, cualquier título traslativo dado por el titular inscrito mediante escritura pública). El registro funcionaría con depuración posterior de los títulos:

No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente.

Sin embargo, y esto es lo peculiar del registro del Código Civil, el paso del tiempo permitiría que el registro pudiera acreditar lo que no se había puesto ahí, porque permitiría acreditar la realidad de los derechos a los que esos títulos se referían:

Pero como no sólo los actos entre vivos sino las transmisiones hereditarias están sujetas respecto a los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripción, todos los referidos bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontestable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial.

Es decir, con el tiempo el registro operaría como si fuera un registro de derechos, pero sin que para eso fuera necesario organizarlo como un registro de derechos. El resultado sería el mismo, pero sin los problemas que la búsqueda directa de la mejor solución generaría: “la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos”.

La idea era audaz: el registro permitiría probar el dominio sin que para registrar fuera condición la prueba del dominio. Para lograrlo, sin embargo, era necesario alterar el concepto de posesión tratándose de bienes inmuebles inscritos: la posesión ya no sería la detentación de una cosa con ánimo de dueño (art. 700), sino la inscripción. Y esto debía tener serias consecuencias sistemáticas. Porque en los hechos significaba que, tratándose de bienes inmuebles, en el Código Civil la posesión no tiene reconocimiento

³⁶ Sobre el catastro, véase ALVAREZ (2014).

jurídico. Es decir, el Código reconoce y protege algo que *llama* posesión, la inscripción. Pero lo que el propio Código entiende que es la posesión, es decir, la tenencia material de una cosa con ánimo de dueño, no es reconocida en absoluto cuando se trata de un bien inmueble inscrito.

§ 32 *La normativización de la posesión inscrita.* La transformación del concepto de posesión es evidente en la relación entre tradición y posesión. La inscripción cumple, dice Bello, solo la función de “una simple tradición”, y por eso deja subsistentes todos los derechos de terceros: si la cosa no es del dominio del tradente, el adquirente no adquiere el dominio. Pero aunque no adquiera el dominio la tradición le “confiere” al adquirente la posesión. Esto parece ser una aplicación de la regla del artículo 683, pero al comentar esa regla en general ya hemos notado que la posesión del adquirente no es una consecuencia internamente institucional de la tradición, sino es una consecuencia del hecho de que las condiciones para realizar la tradición (cuando esta es real) son tales que el adquirente reunirá en sí las condiciones del artículo 700 para ser poseedor: tendrá materialmente la cosa (porque se le ha entregado) y la tendrá con ánimo de dueño (porque tiene un título traslativo). Es decir, en términos del artículo 683 el adquirente se hace poseedor de la cosa por el ejercicio de su poder natural de poner la cosa bajo su control, no como consecuencia de ejercicio por el tradente de su poder jurídico de enajenar la cosa. Por eso, como ya hemos visto, el efecto de la tradición de hacer al adquirente dueño no se alcanza inmediatamente en los casos de tradición ficta, porque en esos casos las condiciones para que la ley reconozca el ejercicio adecuado del poder normativo de transferir el dominio no exigen el ejercicio por el adquirente de su poder natural de poner la cosa bajo su control.

Lo que ocurre con la tradición ficta, en que las condiciones para la tradición y para la posesión (del art. 700) se separan, ocurre también en el caso de la tradición por inscripción (que después de todo es un tipo de tradición ficta o, como la llamaba el artículo 825 del proyecto de 1853, “simbólica”). Es decir, el hecho de que la ley reputa la tradición perfecta no implica necesariamente que el adquirente se habrá hecho con el *corpus*. Conforme al artículo 700 habría que decir que la tradición podrá ser perfecta, pero el adquirente no es poseedor mientras no reciba materialmente la cosa. En vez de eso, el sistema registral supone que hecha la tradición por inscripción el adquirente adquiere *inmediatamente* la posesión. Esto implica que la posesión ya no es la detentación material con ánimo de dueño, sino la inscripción. Es decir, la posesión ha devenido un hecho internamente institucional, la consecuencia del ejercicio de un poder normativo, no de un poder fáctico³⁷.

Nótese que esta transformación del concepto de posesión es necesaria para que, como ya observamos, el régimen registral del Código Civil pueda eludir la regla fundamental de los registros y acreditar algo que no se ha puesto en el registro previamente. Esto solo se logra identificando inscripción con posesión, normativizando la segunda.

Consecuencias sistemáticas de la normativización de la posesión inscrita

³⁷ José Claro Vial nota esto cuando explica que “la inscripción en el Registro del Conservador no tiene como fin solo el de representar una forma de tradición simbólica; una vez inscrito un inmueble, su poseedor adquiere otras ventajas y la principal de ella, una garantía absoluta para no ser privado de su posesión” (CLARO VIAL (1938) p. 59). Es evidente que esto no implica una transformación del concepto de tradición, porque en términos de la tradición, estos es solo la creación de una forma ficta de realizarla. Para que en virtud de la tradición el adquirente adquiera inmediatamente “una garantía absoluta de posesión” lo que debe ser transformado, en el sentido de normativizado, es el concepto de posesión.

§ 33 *La posesión inscrita desestabiliza el régimen del dominio*. Si la explicación contenida en este artículo es correcta, el sistema del Código supone, para la estabilización y protección del dominio, un concepto fáctico de posesión. Pero el sistema registral introduce un concepto normativizado de posesión. Ahora bien, el régimen registral fue introducido al Código Civil en la etapa final de la su redacción, cuando éste ya estaba escrito, y sin que esa modificación haya implicado una revisión general ni del régimen de la prescripción ni del régimen de las acciones reales³⁸. Es decir, el régimen registral fue sobreimpuesto en un sistema que descansaba sobre un concepto fáctico de posesión. Si la explicación de la primera parte de este artículo es correcta, entonces, deberíamos esperar ver surgir problemas sistemáticos.

Y eso es efectivamente lo que ocurre. Al explicarlos, este artículo no pretende identificar problemas nuevos, sino cuestiones que han sido tradicionalmente reconocidas como problemáticas en el Código Civil y para las cuales se han propuesto numerosas soluciones. Por consiguiente, cada una de esas cuestiones requeriría, para hacerles justicia, un tratamiento mucho más detallado del que es posible aquí. Tampoco se trata de ofrecer soluciones a estos problemas, algo que supone ese tratamiento más

³⁸ El profesor Bernardino Bravo, refiriéndose al Registro y a la inscripción, explica que Andrés Bello “trabajó en el Código con calma, no en siete meses como en Francia, sino casi durante veinte años. Sopesó cada cosa cuidadosamente, más aun si se trataba de una innovación [...] Como se verá, todas sus consideraciones sobre la inscripción conservatoria giran dentro de este marco” (BRAVO (2015) p. 21). Esto puede bien ser cierto en general respecto del Código Civil, pero no en relación a la inscripción conservatoria. Bravo explica que la decisión de establecer un Registro Conservador “quedó a firme desde ese mismo año 1840, al redactar el actual art. 686 del Código Civil”. Pero todavía en el proyecto de 1853, el actual art. 686 (entonces art. 826) la tradición por inscripción era solo una forma de tradición simbólica. El art. 822 del proyecto de 1853 disponía que “La tradición puede ser real o simbólica”, a lo que seguía el art. 823, que especificaba que “La real de las cosas corporales muebles se hace pasándolas de mano a mano; la de las inmuebles, entrando en ellas el que las recibe, a presencia del que las entrega; manifestándose en el uno la voluntad de trasferir el dominio, i en el otro la de adquirirlo”. Luego, el art. 825 especificaba la forma simbólica de hacer la tradición de las cosas muebles (en una enumeración que corresponde a la del actual art. 684), y luego el art. 826 disponía que “Se podrá tambien efectuar la tradicion de las heredades i casas, registrando la escritura pública de enajenacion en la competente oficina del Conservador de Bienes Raíces i firmando el Conservador la partida, junto con ambas partes o sus Apoderados. / Transferido de este modo el dominio, no podrá pasar a tercero sino de la misma manera”. En el proyecto de 1853, no hay referencia a la inscripción en la regulación de la posesión (arts. 830-875, correspondientes por su temática a los actuales arts. 700-731). Es decir, desde 1840, si hemos de aceptar la explicación del profesor Bravo (lo que por cierto no tenemos por qué no hacer), Andrés Bello consideraba la posibilidad de un Registro Conservador. Pero el registro que el Código consideraba hasta el proyecto de 1853 no innovaba especialmente respecto del derecho precodificado (el Mensaje, de hecho, explica que el del Código propuesto es “un registro semejante al que ahora existe de hipotecas y censos”). La innovación radical aparece después del proyecto de 1853, en el llamado “proyecto inédito”, desde el cual ya puede hablar de lo que ahora se denomina “teoría de la posesión inscrita”. Solo en este proyecto, en efecto, pueden reconocerse por su contenido las reglas centrales al respecto: ha desaparecido el artículo 822, y con él la distinción entre tradición real y tradición simbólica; en cuanto a las formas de hacer la tradición, solo han quedado las dos formas que el desaparecido art. 822 llamaba “simbólicas”: en cuanto a los muebles, el art. 825, correspondiente al actual art. 684 (con la curiosa consecuencia de que la forma principal, que era la que aparecía en el art. 823 del proyecto de 1853, “pasándolas de mano a mano” no es mencionada); y en cuanto a los inmuebles, el art. 826 (actual art. 686), excluyendo la posibilidad de trair inmuebles “entrando en ellas el que las recibe, a presencia del que las entrega”; en los artículos sobre la posesión aparece la posesión inscrita: se ha agregado el actual art. 724 (art. 867a), el actual art. 728 (art. 873a) y ha asumido su contenido actual el art. 729 (art. 874). Se añade al Código el actual art. 2505 (art. 2687b). Ahora bien, el proyecto inédito fue el resultado de la revisión del proyecto de 1853 por una comisión especial nombrada al efecto, que se reunió entre el 24 de junio de 1853 y “poco antes de octubre de 1855” (GUZMÁN BRITO (1982) p. 370). Fue en estos escasos 15 meses de revisión del proyecto completo que, en lo que se refiere a la posesión de bienes inmuebles inscritos, se introdujo un concepto totalmente novedoso de posesión.

profundo que no es posible ahora. Se trata solo de explicar cómo estos problemas son reconducibles a la normativización de la posesión en un sistema que descansa en un concepto fáctico de posesión.

Los problemas son fundamentalmente dos, y se refieren a las dos dimensiones tradicionales de la posesión. La primera es la que estuvo en el centro del argumento de la primera sección, y es la estabilización del dominio: el régimen registral del Código Civil tiene un serio déficit de estabilización, que ha debido de hecho ser suplido por una legislación sobre saneamiento o regularización de la posesión que, desde sus inicios en 1939, avanzó decididamente en la dirección de proteger y reconocer la posesión material en desmedro de la posesión inscrita. La segunda es la protección posesoria, y se expresa en un déficit notorio de coherencia en el sistema de acciones del Código Civil, que ha intentado ser suplido en la práctica por la adopción, hoy prácticamente como una acción fundamental en la protección del dominio, de una acción que no era tal: la de precario.

Inscripciones de papel

§ 34 *Inscripciones de papel*. Estabilizar el dominio quiere decir fundar el régimen de las cosas en la facticidad, de modo de introducir al sistema una tendencia a la correspondencia entre derechos sobre las cosas y detentación material. El concepto fáctico de posesión implica que todo el que tenga la cosa como dueño por 10 años es el dueño, por lo que la separación entre detentación como dueño y propiedad no puede extenderse más allá de ese tiempo. Pero si la posesión deja de ser el hecho material de la detentación como dueño, y pasa a ser la inscripción, entonces la posesión reproduce el problema que pretendía solucionar; ella deja de asegurar la correlación entre normatividad y facticidad, por lo que ahora ambas pueden separarse y mantenerse separadas por tiempo indefinido. En efecto, ahora es posible que la cosa sea indefinidamente detentada por quien la tiene con ánimo de dueño, porque aunque tiene *corpus* y *animus* no tiene posesión.

El problema ha sido discutido por la doctrina como el de "posesiones de papel", usando la formulación original contenida en el artículo fundamental de Leopoldo Urrutia³⁹, y no es de fácil solución. Lo primero que uno podría preguntar es qué, precisamente, es una inscripción de papel. En esto el artículo de Urrutia no ofrece mucha guía, porque no intenta conceptualizar esta noción, sino ofrece un ejemplo:

Doy este nombre a inscripciones de cosas que nunca se han poseído, inscripciones que son frecuentes, según lo manifiesta, entre otros que conozco, el siguiente ejemplo. Se trató de una gran hacienda inscrita con estos límites arcifinios: al norte, una laguna; al sur, un río; al oriente, la Cordillera de la Costa; y al poniente, el mar Pacífico. Dentro de este gran predio existían seis u ocho cuadradas que, desde tiempos inmemoriales, poseían unas familias de pescadores con deslindes de cercas perfectamente notorias. El predio se había transmitido de padres a hijos sin título inscrito, sin haberse producido entre ellos ninguna dificultad, y quienes formaban una reducción de familia (URRUTIA, 1934: 11).

Nótese que el problema surge exactamente porque conforme al régimen registral la posesión no implica posesión material del artículo 700. Urrutia no intenta caracterizar genéricamente una "inscripción de papel", salvo la frase inicial del pasaje citado: "inscripciones de cosas que nunca se han poseído". La fórmula es manifiestamente insuficiente. En efecto, no es claro cuáles de las circunstancias del ejemplo descrito por Urrutia son decisivas. De hecho, el ejemplo parece estar formulado de modo de ilustrar la noción con un caso extremo, en el que cada una de sus notas están exageradas: los

³⁹ URRUTIA (1934).

límites son arcifinios y descuidadamente vagos ("la cordillera de la costa"), el predio es muy grande ("una gran hacienda"), el sector en cuestión pequeño (y "perfectamente delimitado"), transmitido "sin dificultad" (y por "tiempo inmemorial"). Esto cumple la función de convencer al lector de que hay un problema pero no ofrece criterio alguno para identificar inscripciones de papel en casos menos extremos⁴⁰. Y el problema es grave, porque la solución a las inscripciones de papel es precisamente ignorar la inscripción y reconocer la posesión material, lo que por cierto atenta contra la idea fundamental del régimen registral. Esto quiere decir que no puede ser una inscripción de papel toda inscripción que no corresponda a posesión material, porque esto es lo mismo que decir que la inscripción no tiene ninguna resistencia a la posesión material⁴¹. Si siempre que hay contradicción entre posesión material y posesión inscrita prima la primera, el régimen registral pierde parte importante de su sentido.

En el pasaje de Urrutia, el caso de los pescadores se presenta solo como una ilustración del concepto, que es indicado al principio: *inscripciones de cosas que nunca se han poseído*. ¿Quizás este es el concepto que buscábamos? Para que lo fuera tendríamos que construir a partir de él un concepto de inscripción de papel. Intentémoslo, y para comenzar preguntémonos: ¿es la de Urrutia una condición *suficiente* para que una inscripción sea de papel? Es decir, ¿es de papel toda inscripción de una cosa que nunca se ha poseído materialmente? La respuesta evidentemente tiene que ser negativa. Si los pescadores no hubieran estado en el sector del predio que ocupaban, y aunque el poseedor inscrito nunca hubiera hecho en esa parte del predio actos como los referidos en el artículo 925 (actos que dan cuenta de posesión material), la inscripción no sería defectuosa. Si la sola inscripción no es al menos en principio posesión de la cosa, y si siempre para probar posesión fuera necesario probar, además de la inscripción, la posesión material, la inscripción no cumpliría ninguna función independiente.

Si no es una condición suficiente, ¿es la de Urrutia una condición *necesaria* para que una inscripción sea de papel? ¿Basta para que una inscripción esté a salvo de ser calificada como una de papel el hecho de que en algún momento haya correspondido a posesión material? Esto significaría que el hecho de que en una línea posesoria haya habido en algún momento posesión material excluiría la posibilidad de inscripción de papel, lo que deja fuera los casos más relevantes que veremos a continuación.

El déficit en la estabilización del dominio

§ 35 *Las reglas de regularización de la posesión*. Porque el problema de la desestabilización del dominio que Urrutia descubrió no es solo una construcción jurisprudencial. El problema es que, tratándose de la posesión inscrita, no hay en el régimen del Código Civil una tendencia a la convergencia de las líneas dominical y posesoria. Judicialmente, el problema aparece en la forma en que comentaba Urrutia (un

⁴⁰ En esto el argumento tiene una forma típicamente judicial (lo que no es extraño, dado precisamente el contexto del cual el argumento surge), no dogmática: despreocupado por el modo en que su hallazgo (el de las "inscripciones de papel") puede ser incorporado a una reconstrucción dogmática del régimen de posesión inscrita, tiene su foco puesto en convencernos de que *ese caso* lo es.

⁴¹ Por eso nótese que una de las maneras en que esta cuestión ha sido discutida, la de la distinción entre la escuela de la "inscripción-ficción" y la "inscripción garantía", no decide la cuestión, porque incluso los partidarios de la "inscripción-garantía" creen que la pérdida de la posesión material por sí sola no es suficiente para impugnar la posesión inscrita, lo que, por lo demás, es difícil de negar ante lo dispuesto por el art. 712 inc. 2º, o el art. 730 inc. 2º, o el 729 interpretado, como es común (y a mi juicio correcto) hacerlo, *a contrario*. Para una descripción bastante completa de la controversia, véase PESCIO (1978) pp. 348-369.

poseedor material indisputado que se enfrenta al hecho de que su posesión no vale porque el predio está inscrito a nombre de otro). Hay otro modo en que el problema aparece, y es en el caso de quienes viven en general al margen del derecho. Este problema ha sido reconocido al menos desde la ley 6382 de Cooperativas, de 1939, que introdujo en la legislación chilena un procedimiento especial de saneamiento de la posesión de la pequeña propiedad raíz. Después de considerables modificaciones y legislaciones sucesivas, las reglas aplicables hoy están en el DL 2695, de 1979⁴². Como se sabe, esta legislación autoriza al que haya poseído materialmente al menos por cinco años un bien inmueble que constituya, para los efectos de ese decreto ley, "pequeña propiedad raíz" (definida en el art. 1°), a inscribir su posesión. Como hay ciertos casos en los cuales ese poseedor material puede inscribir incluso contra la oposición del poseedor inscrito, del mismo predio, puede verse ahí un reconocimiento legislativo de la categoría de Urrutia, la inscripción de papel.

En efecto, sin perjuicio de otros casos marcados por características como las del ejemplo de Urrutia, es claro que debemos llamar a una inscripción "de papel" en los casos en que la propia ley la declara vencible por una posesión material adversa. Debemos buscar, entonces, en el DL 2695 el caso en que la ley, enfrentada a la disyuntiva entre preferir al poseedor material y al poseedor inscrito, opta por el primero.

Se trata de la regla contenida en el artículo 19 del DL 2695. Este artículo regula los casos en que terceros pueden oponerse a la petición de regularización hecha por el poseedor material. El primer caso de oposición reconocida es precisamente la del poseedor inscrito:

Art. 19. Los terceros que formulen oposición a la solicitud en la oportunidad establecida en el artículo 11° de la presente ley, sólo podrán fundarla en alguna de las causales siguientes:

1. Ser el oponente poseedor inscrito del inmueble o de una porción determinada de él, siempre que su título le otorgue posesión exclusiva (art. 19 DL 2695).

Es decir: en principio, no es posible regularizar la posesión de un predio cuando éste está inscrito a nombre de un tercero. Entre posesión material y posesión inscrita, la ley opta por la posesión material.

La regla recién citada, sin embargo, tiene una importante excepción, descrita en el inciso 2° del N°1, inmediatamente a continuación del pasaje ya citado:

Sin embargo, no podrá invocar esta causal el que [...] por sí o sus antecesores, haya vendido a prometido vender al peticionario o a aquellos de quien o quienes éste derive sus derechos, aunque sea por instrumento privado, el todo o parte del predio y recibido dinero a cuenta del precio (art. 19 N°1 inc. 2° DL 2695).

Esta excepción es extraña: el hecho de que no puede oponerse el poseedor inscrito que por sí o sus antecesores haya incurrido en algunas de esas hipótesis respecto del peticionario o *aquél de quien éste derive sus derechos* indica que lo ocurrido en esas hipótesis tuvo un efecto real, no contractual (en términos contractuales los actos realizados por los antecesores no son oponibles a los sucesores, desde luego). Pero la celebración de contratos traslativos de dominio no tiene efectos reales mientras no se haya realizado la tradición; y en todo caso la promesa no es un título traslativo de dominio. E incluso si lo fuera, si es dada por instrumento privado sería nula absolutamente (art. 1801 inc. 2°).

Pero por supuesto, esto ignora el sentido de la regla ahora comentada. Porque lo que ella pretende hacer es reconocer, a partir de algunos indicios jurídicamente visibles (el pago del precio, el contrato de promesa, aun cuando sea por escritura pública, etc),

⁴² Para una breve descripción de la sucesión de leyes al respecto, véase ATRIA (2005) pp. 78-84. Véase también PEÑAILILLO (1973).

un contrato (en el sentido de una voluntad común de intercambiar) que, aunque jurídicamente defectuoso, en los hechos existió y fue cumplido por las partes de buena fe mediante la entrega material de la cosa. Como en esas circunstancias el poseedor inscrito carece del derecho a oponerse a la regularización, la conclusión ha de ser que carece del *ius possidendi*, del derecho a poseer, lo que quiere decir: del dominio. Y como carece del derecho a poseer y también carece de la posesión material (que la tiene el peticionario), puede concluirse que su inscripción es de papel. Este es el modo en que una posesión inscrita puede devenir una inscripción de papel, y es la razón por la que el criterio de Urrutia tampoco puede ser entendido como una condición necesaria.

Por cierto, desde el punto de vista del Código Civil el contrato que ha dejados estas marcas a las que atiende el artículo 19 N° 1 no tiene el efecto que las partes buscaban, porque no está dado por escritura pública, y en todo caso no sirve para transferir derechos reales, porque no fue inscrito. Pero la vida puede más que las disposiciones jurídicas, lo que aquí quiere decir: la aplicación del régimen registral del Código Civil en casos en los cuales la vida ocurre fuera del derecho, en casos en que los bienes circulan pacíficamente y de buena fe de mano en mano mediante contratos consensuales o escriturados por las partes y cumplidos de hecho mediante la entrega de la cosa, producirá un creciente divorcio entre la normatividad de la posesión inscrita y la facticidad de la posesión material. La solución de la legislación de regularización del dominio es volver a un concepto fáctico de posesión, que entonces puede vencer a la posesión inscrita. La solución no es la mejor, y ha dado espacio considerable para abuso y para desestabilizar la propiedad territorial, y ha forzado a los tribunales a intentar buscar en los hechos del caso algún indicio que les permita distinguir si se trata de un uso genuino o fraudulento de las reglas sobre regularización⁴³.

Hay mucho más que decir sobre el problema de las inscripciones de papel y sobre las reglas de regularización de la pequeña propiedad raíz. Pero ahora no estamos intentando hacer un tratamiento exhaustivo de estos problemas, sino solo mostrando como la normativización de la posesión que implica el régimen registral desestabiliza el dominio, produciendo una progresiva separación entre posesión material y posesión inscrita, que solo puede ser solucionada mediante un régimen especial de regularización. Eso es precisamente lo que hemos encontrado.

El sistema de acciones

§ 36 *El sistema de acciones*. Pero quizás la conclusión del párrafo anterior parezca precipitada. Porque en rigor la posesión inscrita no implica una progresiva separación de posesión material y posesión inscrita, solo significa que el poseedor inscrito estará siempre, con independencia del tiempo transcurrido desde la pérdida de su posesión material, habilitado para recuperar su cosa y de ese modo restablecer la correlación entre normatividad y facticidad. Esto, por cierto, implicaría ignorar la posibilidad de las inscripciones de papel, e ignorar también la vida que discurre fuera de los márgenes del derecho⁴⁴. Quizás, podría decirse, esto es injusto, pero entonces lo que habría que decir

⁴³ Sobre el DL 2695 en general véase SEPÚLVEDA LARROUCAU (2011), BARCIA (2014).

⁴⁴ Implica también una notoria incoherencia, porque el poseedor inscrito que se encuentra en las condiciones del N°1 del art. 19 del DL 2695 ya vistas, y que por tanto carece del derecho a oponerse a la regularización, tiene las de ganar en un juicio al que esas reglas no se aplicarán. Nótese la situación: en las mismas circunstancias de hecho, si las partes se encuentran en un procedimiento de regularización, el poseedor inscrito no tendrá derecho; pero si se encuentran en otro procedimiento (por ejemplo, en el de precario), será el poseedor material el que no tendrá nada que oponer a la pretensión del inscrito. Todo dependerá de quien actúa primero: si el poseedor material actúa primero y las partes se encuentran en la oposición al procedimiento de regularización, el poseedor material ganará y el inscrito carecerá de

es que el régimen de posesión inscrita tiene consecuencias injustas cuando ignora las pretensiones de quienes de buena fe han llegado a detentar como dueños algunos bienes inmuebles. Pero la objeción que estamos considerando no es que el sistema es injusto, sino que es un sistema inestable, en tanto no tiene una tendencia a la convergencia entre posesión fáctica y titularidad normativa. Y es esto lo que podría decirse que es injustificado.

Cuando el problema es analizado con más detención, la cuestión sin embargo es precisamente la contraria. Porque al considerar el sistema de acciones reales del Código Civil a la luz de la posesión inscrita, surge una conclusión sorprendente: en rigor, el poseedor inscrito que ha sido despojado hace más de un año no tiene una acción para recuperar la posesión de su cosa. Y es precisamente la posesión inscrita la que lleva a esta sorprendente conclusión.

Para apreciar con la mayor claridad posible ambas cosas, comencemos 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 por seis meses la querrela de restablecimiento (art. 928). Transcurridos esos seis meses, tendrá todavía seis meses adicionales (o tendrá un año desde el despojo, si éste no fue violento) para intentar la querrela de restitución (art. 926, 920 inc. 2º). Transcurrido un año desde el despojo, el despojado ya no podrá usar interdictos posesorios, que habrán caducado⁴⁵. Pero el plazo para intentar los interdictos habrá caducado precisamente porque la nueva situación creada por el despojo se habrá estabilizado de modo que ahora es reconocida plenamente como posesión, por lo que el poseedor inscrito que ha sido despojado podrá intentar la acción reivindicatoria (art. 889) o, en su caso, la acción publiciana (art. 894: es evidente que el poseedor despojado en este caso tiene “mejor derecho” que el autor del despojo⁴⁶).

§ 37 *El sistema de acciones y la posesión inscrita.* Las cosas cambian considerablemente si se trata de posesión inscrita. Conforme al artículo 728, inciso 2º, el despojo realizado por B no afecta la posesión de A. Esto no crea problemas mientras el despojado tiene a su disposición los interdictos posesorios: si el despojo fue violento, puede todavía ocupar la querrela de restablecimiento durante seis meses, que protege también la mera tenencia (art. 928). Y si no lo fue, tendrá un año contado desde el despojo para intentar otro interdicto posesorio. Aquí ya pueden surgir algunos problemas, porque en rigor el poseedor inscrito que ha sido materialmente despojado no ha sido *privado* de la posesión (art. 728 inc. 2º), y en consecuencia no tiene la querrela de restitución (art. 926). Pero este problema, aunque anuncia el que viene, no es demasiado grave, porque en defecto del interdicto de restitución el despojado podrá utilizar su interdicto de amparo (art. 921). Es claro que el despojo, aunque no lo priva de la posesión (inscrita), ciertamente la turba.

Una vez vencido el año contado desde el despojo, el despojado ya no podrá usar los interdictos posesorios, tal como en el caso de la posesión material. En el caso de un poseedor no inscrito, la razón por la que ya no tiene los interdictos es al mismo tiempo

derecho; si se encuentran en una acción de precario iniciada por el poseedor inscrito, éste prevalecerá. Esta notoria incoherencia ha sido corregida (solo a veces) por los tribunales usando los criterios del N°1 del art. 19 del DL 2695 para determinar que, cuando ellos concurren, la detentación del demandado de precario no es por “ignorancia o mera tolerancia del dueño” (véase LARROUCAU Y ROSTIÓN (2015) pp. 97-99). Sobre esta notoria incoherencia, véase ATRIA (2017c) pp. 82-84.

⁴⁵ El artículo 920 dispone que los interdictos que tienen por objeto recuperar la posesión “prescriben” al cabo de un año, pero no puede tratarse de prescripción, porque las acciones reales no se extinguen por vía directa; debe ser caducidad. Sobre la diferencia entre ambas, véase ATRIA (2017a), pp. 40-45.

⁴⁶ Véase ATRIA (2017b), pp. 179-192.

la razón por la que tiene la acción reivindicatoria o publiciana, en su caso: porque un año después del despojo la situación fáctica configurada por este ha pasado a constituir el nuevo *statu quo* que el derecho reconoce y protege, lo que quiere decir que ahora el que en su momento despojó ya puede reclamar frente al despojado ser poseedor. Y por esto el despojado deberá, si quiere recuperar su cosa, usar la acción que está diseñada para recuperar la posesión, la reivindicatoria o la publiciana, en su caso.

Pero en el caso de la posesión inscrita el despojado no ha perdido la posesión, porque la posesión no es la facticidad de la detentación con ánimo de dueño, sino la inscripción. Y como no ha perdido la posesión no puede usar esas acciones que tienen como presupuesto la pérdida de la posesión. La consecuencia es clara: después de transcurrido un año desde el despojo, el poseedor inscrito que ha sido despojado no tiene acción para recuperar su cosa.

Me apresuro a decir que esta conclusión es sistemáticamente inaceptable. Es decir, no es tolerable una reconstrucción del Código Civil que lleve a la conclusión que el dueño no tiene acción para recuperar su cosa en el caso más claro y evidente de interferencia con su derecho. Pero es la conclusión que se sigue del modo en que está configurado el sistema de acciones, cuando a dicho sistema se le superpone una noción normativizada de posesión. Como es una conclusión inaceptable, la doctrina y la jurisprudencia han debido salir a buscar, en el Código Civil, una acción que pueda ser utilizada por el poseedor inscrito un año después del despojo. Aunque hay otros candidatos, la práctica jurídica se ha asentado en lo que llama la “acción de precario”, que ha sido construida a partir de dos escuetas líneas en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil⁴⁷.

Bibliografía citada

- ALESSANDRI, A. (1940): *De los bienes: Versiones taquigraficas tomadas en la clase de derecho civil por L Gaete* (Santiago, Zamorano y Caperan).
- ALESSANDRI, A., et al. (1941): *Curso De Derecho Civil* (Santiago, Chile, Nascimento).
- ALESSANDRI, A., et al. (1998): *Tratado de los Derechos Reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALVAREZ, L. Catastro de Propiedad en Chile: orígenes y evolución. Universidad de Barcelona, 2014.
- ARRUÑADA, B. (2004): *La Contratación de Derechos de Propiedad: un análisis economico* (Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad).
- ARRUÑADA, B. (2005): "The choice of titling system in land" en *The Journal of Law and Economics* (vol. 48).
- ARRUÑADA, B. (2013a): *Instituciones del Intercambio Impersonal. Teoría y método de los registros públicos* (Madrid, Civitas).
- ARRUÑADA, B. (2013b): "Las instituciones del intercambio impersonal" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (vol. 736), pp. 649-688.
- ATRIA, F. (2002): *On Law and Legal Reasoning* (Oxford, Hart Publishers).
- ATRIA, F. (2004): "Derechos reales" en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* (vol. 1), pp. 21-56.
- ATRIA, F. (2005): "Derechos reales" en *Revista de Dercho de la Universidad Adolfo Ibáñez* (vol. 2), pp. 29-97.
- ATRIA, F. (2017a): "El sistema de acciones reales, parte especial. Los interdictos posesorios", de próxima aparición en *Revista Chilena de Derecho Privado*.

⁴⁷ Sobre la acción de precario en general, véase VERGARA (1991), ROSTIÓN (2013), RAMOS PAZOS (1986), RAMOS PASCUAL (2003), LECAROS (2008), LARROUCAU, et al (2015). Para una explicación de la acción de precario que fluye de las consideraciones anteriores, véase ATRIA (2017c).

- ATRIA, F. (2017b): "El sistema de acciones reales, parte especial: acción reivindicatoria, publiciana y del art. 915" en *Ius et Praxis* (vol. 23, número 2), pp. 147 - 212.
- ATRIA, F. (2017c): "El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario" en *Revista de Derecho de la Universidad Austral* (vol. 30, número 2), pp. 57-856.
- ATRIA, F. (2017d): "Sobre el título en la posesión, las cosas al parecer perdidas y la ocupación", de próxima aparición en A. Schopf y J.C. Marín (eds.): *Libro homenaje a Enrique Barros. Lo público y lo privado en el derecho* (Santiago, Thomson Reuters).
- BARCIA, R. (2008): *Lecciones de Derecho Civil Chileno. De los bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARCIA, R. (2014): "De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce" en *Revista Chilena de Derecho Privado* (vol. 23), pp. 367-390.
- BARROS ERRÁZURIZ, A. (1921): *Curso de Derecho Civil* (Santiago, Imprenta Cervantes).
- BELMAR, E. (2010): "Sobre la utilidad de la posesión viciosa" R. Tavolari (ed.) *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BOSTICK, C. D. (1987): "Land title registration: An English solution to an American problem" en *Ind. LJ* (vol. 63), pp. 55.
- BRAVO, B. (2015): "En busca de los orígenes del Registro Conservatorio en Chile : Bello y el ABGB" M.A. Sepúlvea Larrucault: *Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario* (Santiago, Editorial Metropolitana).
- CLARKE, A. Y P. KOHLER (2005): *Property law: commentary and materials* (Cambridge University Press).
- CLARO SOLAR, L. (1979): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, vol. 3.7. De los bienes (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CLARO VIAL, J. (1938): *La Posesión Inscrita ante la Doctrina y la Jurisprudencia* (Santiago, Imprenta El Imparcial).
- COOKE, E. (2003): *The New Law of Land Registration* (London, Bloomsbury Publishing).
- DUCCI CLARO, C. (1995): *Derecho Civil: Parte General* (Santiago de Chile, Jurídica de Chile).
- FABRES, J. C. (1863): *Instituciones de Derecho Civil Chileno* (Valparaíso, El Universo).
- FIGUEROA, G. (1984): *La asunción de deudas y la cesión de contrato* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FUEYO, F. (1982): *Teoría General de los Registros* (Buenos Aires, Astrea).
- GUZMÁN BRITO, A. (1982): *Andres Bello Codificador: historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, vol. 1 (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile).
- HART, H. L. A. (1951): "The Ascription of Responsibility and Rights" Flew (ed.) *Logic and Language* (Oxford, Basil Blackwell).
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1967): *La Función Social de la Posesión* (Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación).
- IHERING, R. (1998): *El Espíritu del Derecho Romano* (Granada, Comares).
- KELSEN, H. (1991): *Teoría Pura del Derecho* (1960) (traducc. R J Vernengo, México, Porrúa).
- KIVERSTEIN H, A. (2006): *Síntesis Del Derecho Civil: De Los Objetos Del Derecho: Bienes* (Santiago - Chile, La Ley %7 5a. ed).
- KRAMER, M. (2000): *Rights without Trimmings* (Oxford, Oxford University Press).
- LAGOS, M. (1926): "Consideraciones sobre la posesión y especialmente sobre la de los bienes raíces" en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (vol. XXIII), pp. 116 y 135.
- LARROUCAU, J. Y I. ROSTIÓN (2015): "Del juicio de precario" R. Barcia (ed.) *Derechos Reales* (Santiago, Legal Publihsing).
- LECAROS, J. M. (2008): "Algunas consideraciones sobre el precario en la jurisprudencia" en *Ars Boni et Aequi* (vol. 4), pp. 91-100.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2007): *De los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, reimpr. de la 1ª ed. edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PEÑAILILLO, D. (1973): "Saneamiento de títulos de dominio" en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción* (vol. 160), pp. 61-83.
- PEÑAILILLO, D. (2006): *Los Bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PEÑAILILLO, D. (2017): "Derecho real y derecho personal. La frontera difusa" A. Schopf y J.C. Marín (eds.): *Libro homenaje a Enrique Barros. Lo público y lo privado en el derecho*

- (Santiago, Thomson Reuters).
- PENNER, J. (2003): *The Idea of Property in Law* (Oxford, Oxford University Press).
- PESCIO, V. (1950): *Manual de Derecho Civil*, vol. iii. De las personas, de los bienes y de la propiedad (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PESCIO, V. (1978): *Manual de Derecho Civil*, vol. 4. De la copropiedad, de la propiedad horizontal y de la posesión (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RAMOS PASCUAL, G. (2003): *Comodato Precario y Precario* (Valdivia, Universidad Austral).
- RAMOS PAZOS, R. (1986): "El precario" en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (vol. 180), pp. 7-19.
- RAZ, J. (1994): "Legal rights" *Ethics in the Public Domain* (Oxford, Oxford University Press).
- RIGAUD, L. (1928): *El Derecho Real. Historia y teorías; su origen institucional* (Madrid, Editorial Reus).
- RODRÍGUEZ, P. (2006): *De las Posesiones Inútiles en la Legislación Chilena* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROSTIÓ, I. (2013): *El Precario en la Jurisprudencia Chilena* (Santiago, Legal Publishing).
- ROZAS, F. (1998): *Los Bienes* (Santiago, Conosur).
- RUZ, G. (2011): *Explicaciones de derecho Civil. Bienes* (Santiago, Thomson Reuters).
- SEARLE, J. (1995): *The Construction of Social Reality* (London, Allen Lane; The Penguin Press).
- SEPÚLVEDA LARROUCAU, M. A. (2011): *El DL 2695 de 1979 ante la jurisprudencia*, 3a. ed. corregida y aumentada. edición (Santiago, Editorial Metropolitana).
- SMITH, B. Y L. ZAIBERT (2001a): "The metaphysics of real estate" en *Topoi* (vol. 20, número 2).
- SMITH, B. Y L. ZAIBERT (2001b): "Real estate: foundations of the ontology of property" H. Stuckenschmidt, et al. (eds.): *The Ontology and Modelling of Real Estate Transactions* vol. 20 (Aldershot, Ashgate).
- STEIN, R. (1983): "The Principles, Aims and Hopes of Title by Registration" en *Adel. L. Rev.* (vol. 9), pp. 267.
- URRUTIA, L. (1934): "Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno" en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (vol. 31), pp. 5-12.
- VERGARA, S. (1991): *El Comodato Precario y el Simple Precario ante el Derecho y la Jurisprudencia* (Santiago, Conosur).