



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

DE LOS EFECTOS DE LAS POSESIONES VICIOSAS ANÁLISIS DOCTRINARIO

TIARE MUÑOZ PALMA

Memoria presentada a la Escuela de Derecho de la Universidad Finis Terrae para
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Sr. Juan Andrés Orrego Acuña

Santiago, Chile

2014

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES DE LA POSESIÓN.

CAPÍTULO SEGUNDO: POSESIÓN REGULAR E IRREGULAR.

1. Posesión regular
 - 1.1 Justo título
 - 1.1.1 Títulos injustos en la posesión
 - 1.2 Buena fe inicial
 - 1.3 Ventajas de la posesión regular
2. Posesión irregular
 - 2.1 Ventajas de la posesión regular

CAPÍTULO TERCERO: POSESIONES VICIOSAS.

1. Posesión violenta
 - 1.1 Posesión violenta en relación a los sujetos
 - 1.1.1 Sujeto pasivo
 - 1.1.2 Sujeto activo
 - 1.2 Temporalidad de la posesión violenta
 - 1.3 Relatividad de la posesión violenta
2. Posesión clandestina
 - 2.1 Temporalidad de la posesión clandestina
 - 2.2 Relatividad de la posesión clandestina

CAPÍTULO CUARTO: DE LOS EFECTOS DE LAS POSESIONES VICIOSAS.

1. Efectos menores

1.1 Defensa de las posesiones viciosas

1. 2 Prestaciones mutuas en las posesiones viciosas

1.2.1 Respecto de los frutos

1.2.2 Respecto de los deterioros

1.2.3 Respecto de las mejoras

1.3 Derecho del poseedor vicioso a demandar una eventual indemnización de perjuicios

1.4 Caso del artículo 2183 en el comodato

1.5 Caso del artículo 2390 en la prenda

2. Las posesiones viciosas y la prescripción.

2.1 Opinión de don Luis Claro Solar

2.2 Opinión de don Eduardo Belmar

2.3 Opinión de don Pablo Rodríguez

2.4 Opinión de don Víctor Vial

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Dentro del derecho de los bienes, donde se estudia, entre otras materias, el derecho real de dominio y los modos que nos permiten adquirirlo, encontramos la posesión.

La posesión representa, sin duda, uno de los hechos jurídicos de mayor relevancia en el derecho civil, como también de una infinita aplicación práctica. Una de las principales razones está dada por la dificultad que representa en la práctica la prueba del dominio. Por regla general, las cosas se adquieren por el modo de adquirir tradición y para que la tradición sea eficaz, esto es, que logre transferir el dominio, es requisito que el tradente sea dueño de la cosa; y para que el tradente sea dueño es, asimismo, requisito que quien le haya hecho la tradición a él haya sido también dueño de la cosa y así sucesivamente. Dicho en otras palabras, para que el tradente sea dueño es necesario demostrar que todos los antecesores también lo hayan sido, lo que dificulta inmensamente la prueba del dominio cuando se alega el modo de adquirir tradición. Pues bien, esto implica que la manera más viable de acreditar el dominio que se tiene sobre una cosa sea alegando la prescripción. La prescripción termina siendo prácticamente la única forma que tenemos de acreditarlo. Y uno de los presupuestos de la prescripción es la posesión. Agregando que toda vez que un modo de adquirir no haya sido eficaz por no haberse cumplido con todos sus requisitos va a ser necesario recurrir a la prescripción para poder alcanzar el dominio.

Por lo tanto, es requisito ser poseedor para poder adquirir el dominio por la prescripción. Y para determinar por qué tipo de prescripción se va a adquirir es necesario establecer el tipo de posesión que se ostenta.

La posesión se clasifica por una parte en regular e irregular; y por otra, en viciosa y no viciosa. Son posesiones viciosas la violenta y la clandestina. Como encontramos diversos tipos de posesión es lógico preguntarse ¿Toda posesión permite llegar al dominio por la prescripción adquisitiva? Más aun considerando que la posesión puede estar viciada.

Al respecto nuestro Código Civil establece que el poseedor regular va a llegar a adquirir el dominio por la prescripción adquisitiva ordinaria; y que el poseedor irregular adquirirá por prescripción extraordinaria. Pero nada dice respecto de las posesiones viciosas.

Si el legislador no señaló expresamente el efecto que producen las posesiones viciosas ¿eso quiere decir que si permiten llegar al dominio por la prescripción?

Lamentablemente la respuesta a esa pregunta no logra satisfacerse durante la cátedra de derecho civil, a consecuencia de la gran cantidad de materias que deben tratarse al estudiar los bienes. Normalmente, se suelen señalar las posturas que existen al respecto, sin poder profundizar en el tema. De esta manera, se señala que para un sector de la doctrina las posesiones viciosas son inútiles, es decir, que no permiten llegar al dominio por la prescripción; y, que, para otros, las posesiones viciosas son útiles para prescribir, ya que no existe ninguna disposición legal que le niegue ese derecho al poseedor vicioso.

Dicho esto, parece interesante conocer y estudiar los argumentos en que se basan los autores para concluir que las posesiones viciosas no permiten llegar a la prescripción, puesto que la ley no lo señala.

Debemos sumar a esta gran interrogante, el hecho de que existen otras preguntas y discusiones respecto de las posesiones viciosas: ¿Pueden sanearse las posesiones viciosas? ¿A quiénes afecta el vicio? ¿Producen algún otro efecto? ¿Cuál es la finalidad de la regulación de las posesiones viciosas?

Como puede apreciarse, existen muchas interrogantes en torno a las posesiones viciosas. Todos estos temas serán analizados en el transcurso de este trabajo, tratando de abordar a las posesiones viciosas con la mayor precisión posible.

Es importante hacer presente que se trata de un estudio en extremo específico. No nos haremos cargo de la posesión en su totalidad, sino que sólo lo relativo a las posesiones viciosas. En consecuencia, se requiere un conocimiento

del derecho de los bienes y de la posesión para su total comprensión. No obstante lo anterior, es menester tratar algunas ideas generales en materia de posesión, principalmente lo relativo a la posesión regular e irregular.

Comenzaremos con el estudio de los aspectos generales para terminar con el tratamiento específico de los efectos que producen las posesiones viciosas en el Código Civil chileno.

CAPÍTULO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES DE LA POSESIÓN

La posesión se encuentra definida en el artículo 700 del Código Civil como *“La tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por si mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”* Y termina señalando que *“El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”*

Del concepto podemos desprender importantes características de la posesión:

1. Que en toda posesión van a existir dos elementos: un elemento objetivo, la tenencia de la cosa, que se denomina *Corpus*; y un elemento subjetivo, el ánimo de señor y dueño, que se denomina *Animus*.

El corpus consiste en la manifestación de un poder de dominación; es la exteriorización del derecho de propiedad, el hecho de conducirse respecto a la cosa como lo haría el propietario.¹ Como señalaba Savigny, no supone necesariamente el contacto inmediato del hombre con la cosa, consiste en la posibilidad física de disponer materialmente de la cosa, en forma directa e inmediata, con exclusión de toda intromisión de extraños.

Se desprende, a su vez, que el corpus no sólo existe cuando la tenencia de la cosa se tiene por sí mismo, sino que también cuando la tiene otra persona a nombre y en lugar del dueño o del poseedor. Así, por ejemplo, si el poseedor de la cosa la entrega en virtud de un título de mera tenencia, mientras la cosa permanezca en manos del mero tenedor el poseedor sigue teniendo corpus, puesto que la tiene un tercero pero a nombre y en lugar de él. El poseedor no tiene la cosa por si mismo, pero si detenta la posibilidad de acceder a ella.

En relación al animus, mucho se ha dicho en doctrina cuando existe el ánimo de señor y dueño.

¹ ROZAS, Fernando, Los Bienes, Santiago, Chile, Editorial Juridica Conosur Ltda., 1998, p 210.

Para algunos consiste en la intención de comportarse como propietario, como señor o dueño de una cosa; para otros, implica sentirse dueño. Nosotros coincidimos con Víctor Vial del Río, el que señala que “es indispensable para que una persona pueda darse por dueño de una cosa, que la tenga en su poder por un título que justifique la posesión, esto es, un título posesorio, teniendo tal calidad los modos de adquirir el dominio que establece la ley. El título posesorio permite presumir que quien tiene la cosa por dicho título lo hace con ánimo de señor y dueño”² Para determinar la existencia del elemento subjetivo de la posesión, no podemos atender a circunstancias que pertenecen al fuero interno o psiquis del individuo, es indispensable objetivarlo de alguna manera. Por ello concluimos que el poseedor tiene ánimo de señor y dueño porque el título lo habilita para ello, es el título el que se lo permite.

2. Que la posesión debe recaer sobre cosas determinadas. Esto quiere decir que no se pueden poseer cosas genéricas.

¿Qué cosas se pueden poseer?

De acuerdo a la acepción gramatical de la palabra tenencia (ocupación corporal de un cosa) y del verbo tener (asir o mantener asida), pareciese que la posesión esta referida a las cosas corporales, puesto que son éstas las que se pueden tener asida y ocupada corporalmente. Pero el artículo 715 consigna que *“la posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal”*.

Por lo tanto, son susceptibles de posesión tanto las cosas corporales como las incorporales³ se pueden poseer, siempre que éstas, además, sean susceptibles de ser apropiadas. En consecuencia no pueden poseerse: las cosas comunes por su naturaleza, los bienes nacionales de uso público, las cosas consagradas para el culto divino y, en general, las cosas inenajenables.

² VIAL Víctor, La Tradición y la Prescripción Adquisitiva como Modo de Adquirir el Dominio, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1999, 84 p.

³ Sin embargo, es importante hacer presente, que respecto de los derechos personales existe discusión en la doctrina en cuanto a si son o no susceptibles de posesión.

3. Que el Código no separa la posesión del dominio. Lo que nos da las siguientes posibilidades: se puede ser dueño y poseedor al mismo tiempo; puede darse la situación de que el dueño no tenga la posesión; y, además, se puede ser poseedor con prescindencia del dominio.

En relación a la primera hipótesis, ser dueño y poseedor, representa, en principio, la normalidad de las cosas, recordando que el dueño es poseedor cuando detenta la tenencia material de la cosa por sí mismo y también cuando la tenga otra persona en lugar y a nombre de él. Si el dueño pierde la posesión de la cosa (lo que ocurrirá, a modo de ejemplo, cuando otra persona entra en posesión de la misma cosa) éste se encuentra protegido por la acción reivindicatoria para recuperarla.

Pero es la tercera hipótesis, ser poseedor y no dueño, la que tiene una mayor importancia en términos prácticos y la perspectiva desde que se encuentra tratada en el Código Civil. Se tiene la posesión de una cosa desprovista del dominio cuando el modo de adquirir que operó no cumplió con todos sus requisitos para ser eficaz, es decir, para que operara su efecto propio, esto es, originar, transferir o transmitir el dominio. En consecuencia, no va a servir como modo de adquirir el dominio pero sí como título posesorio. Por ejemplo, si se efectúa la tradición de una cosa de la cual el tradente no es dueño, esa tradición no va a dejar al adquirente como dueño sino que como poseedor.

Y es ésta la situación que tiene mayor relevancia porque está íntimamente vinculada con la utilidad de la posesión: la posesión permite llegar al dominio a través de la prescripción adquisitiva. Por lo tanto, un poseedor que no es dueño puede llegar al dominio y convertirse en dueño si cumple con los requisitos de la prescripción adquisitiva. La posesión se consolida en dominio por la prescripción.

Y, además, siendo la posesión uno de los hechos jurídicos de mayor relevancia y trascendencia para el derecho, es que el legislador se vio en la necesidad de protegerla con acciones. Para estos efectos, el poseedor cuenta con las acciones posesorias, destinadas a amparar y recuperar la posesión que se

tiene sobre bienes inmuebles; y, además, con la acción publiciana, que es una especie de acción reivindicatoria, cuyo titular es el poseedor regular que se halla en el caso de poder adquirir el dominio por prescripción.

4. Que el poseedor cuenta con una presunción de dominio a su favor. El poseedor se presume dueño mientras otra persona no justifique serlo.

Sin lugar a dudas se trata de una de las presunciones más importantes consagradas en el Código Civil, basada en la generalidad de las cosas. Como señala el profesor Pablo Rodríguez: “la presunción consagrada en el artículo 700 no hace otra cosa que recoger una realidad cotidiana que todos, en mayor o en menor medida, damos por establecida. Si esta presunción no existiere, la vida jurídica se haría francamente compleja e ininteligible. Imaginémonos la situación social que se generaría si estuviéramos obligados siempre a acreditar nuestro dominio respecto de todos los bienes que están en nuestro poder”⁴

De esta presunción emana una importante consecuencia, dado que el poseedor es presumido dueño es que cuenta con las facultades que concede el dominio. El poseedor tiene la facultad de usar, gozar y disponer de la cosas que tiene en posesión. Reiterando que estas facultades no las concede la posesión, puesto que al tratarse de un hecho jurídico no otorga facultades, sino que emanan de la apariencia de dueño, de ser el titular del derecho real de dominio.

En suma, la posesión está compuesta por dos elementos; el corpus y el animus y le confiere una serie de ventajas al poseedor; le permite llegar al dominio por la prescripción adquisitiva; cuenta con acciones para proteger su posesión, las acciones posesorias y la acción publiciana; goza de una presunción de dominio a su favor; y consecuencia de esa presunción, es que tiene la facultades de usar, de gozar y de disponer.

⁴ RODRÍGUEZ, Pablo, De las Posesiones Inútiles en la Legislación Chilena, 2ª. Ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995, 17p.

CAPÍTULO SEGUNDO: POSESIÓN REGULAR E IRREGULAR

La clasificación más importante de la posesión, es aquella que distingue entre posesión regular e irregular, consagrada en el inciso primero del artículo 702 del Código Civil que dice: *“La posesión puede ser regular e irregular”*.

1. Posesión regular.

De acuerdo al artículo 702 del Código Civil: *“Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.*

Si el título es translaticio de dominio, es también necesaria la tradición.

La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título”

Como podemos apreciar el código no define la posesión regular, sino que señala cuales son los requisitos que deben cumplirse para que sea regular la posesión.

Los requisitos de la posesión regular son:

1. Justo título
2. Buena fe inicial
3. Tradición, si el título que se invoca es translaticio de dominio

Estos tres requisitos son señalados de manera expresa por el Código Civil. Sin embargo, encontramos una opinión muy interesante en relación al requisito tradición. El profesor Víctor Vial estima que el Código incurre en un error al agregar como requisito de la posesión regular la tradición si el título es translaticio de dominio. Señala que esto “resulta de no tener presente que en el caso de los títulos translaticios –con la sola excepción del mutuo que se perfecciona por la entrega- el contrato translaticio no otorga, por si solo, la

tenencia de la cosa indispensable para poseer, siendo menester para ello la tradición. En consecuencia si el título es translaticio de dominio, mientras no se haga la tradición la parte que tiene el derecho personal para exigirla no puede adquirir la posesión, porque esta requiere la tenencia material de la cosa. En consecuencia, la tradición no es un requisito para adquirir la posesión regular cuando el título es translaticio de dominio, sino que es un requisito imprescindible cuando el título es translaticio para que se pueda adquirir la posesión, sea ésta regular o irregular o de la clase que fuere. Es importante tener en cuenta lo anterior si se considera que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 708 la posesión es irregular cuando carece de uno o más de los requisitos señalados por el artículo 702. Lo que lleva a inferir, interpretando estrictamente la ley de acuerdo con su tenor literal, que si faltara el requisito tradición se adquiere posesión irregular. A nuestro juicio, sin tradición no es que no se adquiera posesión regular, sino que peor aún: no se adquiere posesión irregular ni de ninguna clase. Aceptar que se adquiere posesión, aunque sea irregular sobre la cosa, en circunstancias de que no se ha hecho la tradición, implica suponer que el sólo título translaticio es título posesorio, lo que pugna abierta y manifiestamente con los principios generales en materia de posesión, en virtud de los cuales el título posesorio es un modo de adquirir. Por último, si nos ponemos en el caso de que el poseedor adquiera la tenencia material de la cosa por sus propios medios o por otros medios, cabe tener presente que según el mismo artículo 702 la posesión de la cosa a ciencia y paciencia del dueño, como dice la norma, o lo que es lo mismo, en conocimiento y sin oposición de éste, hace presumir la tradición. Con lo cual, el propio artículo ratifica que el título posesorio no es el contrato, sino que la tradición que la ley presume. Por otra parte, tratándose de la adquisición de la posesión de bienes inmuebles, también es evidente que el sólo contrato no hace nacer la posesión, a la luz de lo dispuesto en el artículo 724, que expresamente señala que si la cosa es de aquellas para cuya tradición se requiere inscripción, nadie puede adquirir la posesión sino por este medio”⁵

⁵ VIAL Víctor, Op. Cit., pp. 95 y 96.

Si bien esta postura se opone al texto expreso de la ley, resulta de interpretar la norma armónicamente con los principios de la adquisición de la posesión. Sabido es que para adquirir la posesión de una cosa es necesario que concurren sus dos elementos, tanto el corpus como el animus. Y resulta improbable tener el corpus, en circunstancias de que no se ha efectuado la tradición de la cosa, cuando el título es translaticio de dominio. De esta manera, pareciere que cuando el título es translaticio de dominio, la tradición es un requisito para entrar en posesión más que para tener una posesión regular.

A continuación, analizaremos en qué consiste cada uno de estos requisitos, con prescindencia de la tradición, la que se encuentra regulada a partir del artículo 670 del Código Civil, y que no es materia de estudio de este trabajo.

1.1. Justo título.

Antes de precisar cuándo un título es o no justo, es menester señalar qué debemos entender por título.

En materia posesoria, título es el antecedente que justifica o habilita la adquisición de la posesión.

Pero la palabra título también la encontramos en la ley con otras acepciones: como el antecedente que permite o posibilita la adquisición del dominio por un modo de adquirir; y una que atiende netamente a lo material; como el documento escrito que deja constancia de un derecho.

El justo título, como antecedente de la posesión regular, se encuentra regulado en los artículos 703, 704 y 705 del Código Civil. Sin embargo, el artículo 703 contiene reglas de aplicación general en relación a los títulos que es necesario analizar detalladamente, puesto que el tenor literal de la norma puede llevar a confusión.

El artículo 703 establece que *“El justo título es constitutivo o translaticio de dominio.*

Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción. Son translaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos.

Pertenecen esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición. Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión.

Las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; pero en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo”

De la norma se desprende:

- Que los justos títulos en materia posesoria se clasifican en constitutivos y translaticios.
- Que son títulos constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción. Precisando que la prescripción no puede servir como título a la posesión anterior del prescribiente, ésta debe justificarse en un título distinto. Sólo una vez que ha operado la adquisición del dominio, la posesión posterior se podrá apoyar en la prescripción como título posesorio.
- Que son títulos translaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. La norma pone como ejemplo de títulos translaticios que habilitan para poseer, a contratos translaticios. En consecuencia, de la sola lectura de la norma se podría concluir que el sólo contrato habilita para poseer, en circunstancias de que el título posesorio es el modo de adquirir. En este punto compartimos la interpretación de Víctor Vial, quien sostiene que el legislador al referirse a los títulos translaticios lo hace pensando en el título como antecedente necesario para que opere el modo de adquirir y no como antecedente de la posesión. Y desarrolla, de manera muy ilustrativa para el estudio de la posesión, que el

alcance que debe darse al artículo 703 es el siguiente: “Toda posesión necesita un título, entendiendo cabalmente éste como el antecedente jurídico que la ley considera idóneo para que la posesión nazca. El título posesorio es un modo de adquirir el dominio, sea este originario o derivativo. El modo de adquirir puede o no operar el nacimiento o el traspaso del dominio, ello dependerá de si se cumplen o no los requisitos que establece la ley para que se produzca el efecto propio del modo de adquirir el dominio. Sin perjuicio de lo anterior, el modo de adquirir siempre constituye un título posesorio, porque el adquirente en virtud de aquel adquiere jurídicamente la relación de posesión sobre una cosa. Tal como lo dice el artículo 703, son títulos posesorios la ocupación, la accesión y la prescripción. Los otros títulos posesorios son la ley, por una parte, y la tradición y la sucesión por causa de muerte, por otra. Para que la tradición pueda operar sus efectos, tanto como modo de adquirir el dominio, cuanto como título posesorio, es menester que se efectúe como consecuencia, por lo general, de la celebración de un contrato translativo que impone a una de las partes la obligación de hacer la tradición. Reiterando que el sólo contrato translativo nunca puede constituir un título posesorio”⁶ En el mismo orden de cosas, para Fernando Rozas el artículo 703 es confuso, ya que, aunque debía referirse a los títulos de la posesión, clasifica los títulos desde el punto de vista del dominio⁷.

- Que pertenecen a esta clase [títulos translativos, según la norma] las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición. A este respecto la doctrina está conteste en que dichos títulos son meramente declarativos de dominio, puesto que se limitan a declarar o reconocer un derecho preexistente.

⁶ VIAL Víctor, Op. Cit., pp 102 y 103.

⁷ ROZAS Fernando, Op. Cit., p 214.

- Que las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión. Esa posesión, tanto la anterior como la posterior a la declaración de la sentencia, encuentra su fundamento en el modo de adquirir el dominio que operó con anterioridad. Por lo tanto, es dicho modo de adquirir el que constituye el título posesorio y no la sentencia judicial.
- Que las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título. Señala la ley que la transacción en cuanto se refiere a una cosa no disputada no forma nuevo título. Esto debemos entenderlo, en el sentido de que no constituye el título posesorio. Al igual que en el caso anterior, dicha posesión se funda en el modo de adquirir que operó con anterioridad a la transacción y aquel será el título posesorio para la posesión anterior y posterior a la transacción. En consecuencia, en este caso la transacción constituye un título meramente declarativo.
- Que las transacciones en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo. La transacción en relación a una cosa no disputada constituye un título translativo de dominio y éste otorgará a una de las partes el derecho personal para exigir la entrega de la cosa, es decir, que se le haga la tradición. Por lo tanto, en este caso, la transacción traerá como consecuencia que se efectúe una tradición y será ésta el título posesorio. La tradición es el nuevo título posesorio que permitirá a la parte que recibe la cosa entrar en posesión de la misma.

1.1.1. Títulos injustos en la posesión.

Como vimos, el artículo 703 no define lo que es un justo título en materia posesoria. Y el artículo 704 lo que hace es señalar que títulos no son justos.

Dice el artículo 704 *“No es justo título:*

1º El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende;

2º El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo;

3º El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido; y

4º El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc.

Sin embargo, el heredero putativo a quien por decreto judicial o resolución administrativa se haya otorgado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto o resolución; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido legalmente ejecutado”

De esto se puede desprender que para que el título sea justo debe ser real, válido y verdadero.

Por lo tanto, podemos definir al justo título como aquel, constitutivo o translaticio de dominio, que cumple copulativamente con ser real, válido y verdadero.

1.2. Buena fe inicial.

La buena fe se encuentra definida en el artículo 706 como “*La conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. Así en los títulos translaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.*

Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe.

Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”

Como primera apreciación debemos destacar que la buena fe no es la conciencia de haber adquirido la posesión por medios legítimos, sino que el dominio. Lo que, según Víctor Vial, necesariamente implica que tiene que haber concurrido un modo de adquirir el dominio y corrobora que sólo los modos de adquirir el dominio pueden constituir un título posesorio.⁸

El concepto del artículo 706 se aplica a todos los modos de adquirir el dominio, pero tratándose de la tradición agrega un requisito adicional, el adquirente debe tener la convicción de que el tradente era el dueño de la cosa. Como señala Pablo Rodríguez “lo que al legislador le interesa es que el poseedor crea, al momento de asumir la tenencia de la cosa, que está adquiriendo el dominio de la cosa. Cuando se invoca un título translativo de dominio, es necesaria la convicción de que se ha adquirido la cosa de su legítimo dueño, que este tenía la facultad de enajenar y de que no ha habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato”⁹

Y de acuerdo a lo que expresamente señala el artículo 702, la buena fe que permite calificar a la posesión de regular es la que existe al momento de adquirirse la posesión. Consecuencia de ello es que la doctrina denomina este requisito como buena fe inicial.

Se es poseedor regular si la posesión ha sido adquirida de buena fe, aunque esta se pierda en un momento posterior.

Por lo tanto, se puede ser poseedor regular y de mala fe; y, por el contrario, ser poseedor irregular y de buena fe. Esto ocurrirá cuando no obstante estar de buena fe el poseedor al momento de adquirirse la posesión no concurren los demás requisitos de la posesión regular o cuando la posesión se inicia de mala fe, pero con posterioridad el poseedor alcanza la buena fe.

⁸ VIAL Víctor, Op. Cit., p 115.

⁹ RODRÍGUEZ Pablo, Op. Cit., pp 27 y 28.

Como la conciencia a la que alude la norma implica un proceso o conocimiento reflexivo interno de las personas, este puede estar influenciado por el error, esto es, por la ignorancia o equivocación que se tiene sobre algo. Por lo mismo, el código se pone en esta situación y da dos reglas al respecto:

- Que un justo error en materias de hecho no se opone a la buena fe. Lo que nos lleva a concluir que si se alcanza esta “conciencia” por una equivocación o ignorancia en alguna materia de hecho, ese poseedor es igualmente considerado de buena fe. Pero no basta cualquier error de hecho, sino que la ley señala que este debe ser justo. ¿Cuándo es justo el error? Cuando razonablemente se puede justificar por las circunstancias de hecho del caso concreto.¹⁰ En todo caso, quedará entregado a la prudencia del juez determinar en cada caso si el error de hecho puede calificarse como justo.
- Que el error en materia de derecho hace presumir la mala fe. Presunción que no admite prueba en contrario. Esta regla es una aplicación del artículo 8 del código civil.

1.3. Ventajas de la posesión regular.

Tener una posesión regular constituye la situación mas favorable para el poseedor, es la mejor calidad que se puede tener en materia posesoria.

Consecuencia de ello:

- El poseedor regular puede llegar al dominio por la prescripción ordinaria. Esto implica que el plazo de prescripción va a ser de 2 años tratándose de bienes muebles; y de 5 años tratándose de bienes inmuebles. Se ve beneficiado con plazos menores de prescripción.

¹⁰ VIAL Víctor, Op. Cit., p 116.

- El poseedor regular que se halla en el caso de adquirir el dominio por prescripción es el único titular de la acción publiciana.
- El poseedor regular se hace dueño de los frutos que de la cosa.

2. Posesión Irregular.

De acuerdo al artículo 708 *“posesión irregular es la que carece de uno más de los requisitos señalados en el artículo 702”*

En consecuencia, el poseedor irregular:

- Puede invocar un título injusto. Pero la exigencia es aún menor, puesto que interpretándolo con el artículo 2510 regla 1º, se concluye que no es necesario título alguno. Por lo tanto, el poseedor irregular puede no tener título. Lo único que no puede invocar es un título de mera tenencia ya que este no le permitirá llegar al dominio por la prescripción, con la sola excepción del artículo 2510 regla 3º.
- Puede estar de mala fe, esto es, con la conciencia de que ha adquirido la cosa de quien no es su legítimo dueño o de quien no tiene la facultad de enajenar o de que la adquirió con fraude u otros vicios.
- Puede que no se le haya hecho la tradición a pesar de invocar un título translaticio de dominio. Esto siguiendo el tenor literal de la norma y de los requisitos que expresamente consiga el artículo 702 [pero, como se señaló anteriormente, concordamos con la opinión de que no puede haber posesión sin tradición cuando se invoca un título translaticio de dominio]

Y pueden faltar uno o todos los requisitos de la posesión regular. En el caso de que falten todos los requisitos de la posesión regular ¿qué tiene necesariamente el poseedor irregular? La tenencia material de la cosa, el corpus. Como señala Pablo Rodríguez “en el fondo, el poseedor irregular no tiene más que la cosa, la detenta sin derecho alguno y con la conciencia de no ser dueño. En

definitiva, el animus domine se presume, aun cuando la ley no lo diga expresamente”¹¹

2.1. Ventajas de la posesión irregular.

Es indudable que la irregularidad de la posesión representa una situación más defectuosa que la regular. Pero igualmente produce ciertos efectos:

- El poseedor irregular puede llegar al dominio por la prescripción adquisitiva extraordinaria. Lo que implica un plazo mayor de prescripción. En este caso el plazo es de 10 años sin importar el tipo de bien de que se trate, ya sea un bien mueble o inmueble.
- El poseedor irregular sólo puede ejercer las acciones posesorias, que están destinadas a la protección de la posesión de bienes inmuebles y que además exigen un tiempo mínimo de posesión.

¹¹ RODRÍGUEZ Pablo, Op. Cit., pp 28 y 29.

CAPÍTULO TERCERO: POSESIONES VICIOSAS.

De acuerdo al artículo 709 del Código Civil *“Son posesiones viciosas la violenta y la clandestina”*

La palabra viciosa en su sentido natural y obvio significa “que tiene, padece o causa vicio, error o defecto” Y vicio, por su parte significa “mala calidad, defecto o daño físico en las cosas”

Con ello podemos conceptualizar a las posesiones viciosas como aquellas que tienen mala calidad o defecto. Y como señala la ley, estos defectos son la violencia y la clandestinidad.

1. Posesión violenta.

El artículo 710 del Código Civil define a la posesión violenta como *“Aquella que se adquiere por la fuerza”* Y el inciso segundo agrega que *“la fuerza puede ser actual o inminente”*

Como ya hemos señalado la posesión está compuesta por dos elementos, el corpus y el animus. ¿A cuál de estos dos elementos está relacionada la fuerza? La respuesta debe ser necesariamente al corpus, no se concibe la adquisición del ánimo de señor y dueño por medio de la fuerza. Así, se es poseedor violento cuando se adquiere el corpus, la materialidad física de la cosa por medio de la fuerza.

Por lo tanto, el vicio involucrado en este tipo de posesión es la fuerza. Y dicha fuerza que se emplea para adquirir la tenencia material de la cosa puede ser actual o inminente.

La fuerza es actual cuando se manifiesta en hechos positivos y violentos. Tiene lugar cuando se arrebató la cosa por medios compulsivos que supongan violencia, como por ejemplo, golpes, agresiones físicas, un asalto, etc. La fuerza actual es la que también se denomina fuerza física o compulsiva.

La fuerza es inminente cuando constituye una amenaza cierta a sufrir un mal o daño que trae como consecuencia que el detentador de la cosa la entregue.

Tratándose de la fuerza inminente, gran parte de la doctrina está de acuerdo en que, a falta de una norma que señale como debe medirse este tipo de fuerza, deben aplicarse los mismos parámetros que proporciona la ley en el artículo 1456 del Código Civil respecto de la fuerza como vicio de la voluntad. Dicho esto, entonces, para que la fuerza inminente logre viciar a la posesión ésta debe ser injusta o ilegítima, determinante y grave.

- Es injusta o ilegítima cuando es contraria a derecho.
- Es determinante cuando de no mediar la fuerza no se habría obtenido la materialidad de la cosa. En otras palabras, tiene que ser la fuerza la que despoja al detentador de la cosa de su tenencia material o lo que lo lleva a entregarla; y
- Es grave cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Y se presume que la fuerza es grave cuando infunde en una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

En el mismo orden de cosas el temor reverencial, esto es, el sólo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no es suficiente para viciar la posesión.

Como señala el profesor Luis Claro Solar, se concluye que “el simple hecho de tomar posesión de una cosa sin encontrar obstáculos de parte del propietario o poseedor de ella, aunque constituye una vía de hecho indebida, porque no se ha recurrido a la justicia en amparo o reconocimiento del derecho que se cree tener para emplear tal procedimiento, no constituiría violencia en el sentido que nos ocupa.”¹²

¹² CLARO SOLAR Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, 2º Ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995, volumen III, tomo VII, “de los bienes” p 504.

El artículo 710 limita el ejercicio de la fuerza al momento de la adquisición de la posesión. Pero el artículo 711 del Código Civil agrega que es también poseedor violento *“el que en ausencia del dueño se apodera de la cosa y volviendo el dueño le repele”*. Es decir, incorpora a la posesión violenta el caso en que el corpus se adquiere pacíficamente aprovechándose de la ausencia del dueño, pero que volviendo, éste es repelido por el detentador de la cosa. Aquí la fuerza no se ejerce cuando se adquiere la posesión, sino que en un momento posterior, que tendrá lugar cuando el dueño intente recuperar la cosa.

Creemos que la ley no debió referirse solo al dueño. La situación que contempla el artículo 711 puede tener lugar ya sea que se trate del dueño, del poseedor e incluso del mero tenedor. Si bien la norma alude sólo al dueño, ésta debe interpretarse armónicamente con el artículo 712, en donde se señala expresamente que la víctima de la fuerza puede ser cualquier persona que tenga la cosa en su poder. Podemos complementarlo con el hecho de que el mero tenedor también tiene una acción para recuperar la tenencia de la cosa cuando ha sido despojado de su mera tenencia de manera violenta. El artículo 928 concede esta acción, la denominada querella de restablecimiento, al mero tenedor para el caso en que haya sido víctima de un despojo violento, pero en ningún caso la ley distingue en qué momento se ejerció la fuerza.

Concluimos, entonces, que no existen motivos para limitar la aplicación del artículo 711 sólo al dueño y que es poseedor violento el que se apodera de la cosa en ausencia del dueño, del poseedor o del mero tenedor y que volviendo éste, según sea el caso, le repele. Porque como quedará demostrado más adelante lo que la ley sanciona es la fuerza, siendo irrelevante contra quien se ejerza.

Ahora bien, no hay acuerdo en doctrina respecto a que debe entenderse por acción de repeler.

Para Claro Solar no es necesario que lo haga empleando la violencia física, basta el simple rechazo del dueño y la resistencia a devolver la cosa para

configurar la acción de repeler.¹³ Parecen adherir a esta postura Alessandri, Somarriva y Vodanovic, quienes señalan que se ha entendido que se repele al dueño no sólo cuando se le arroja con violencia, sino también cuando simplemente se le rechaza y se le niega la devolución de la cosa.¹⁴

En cambio, para Víctor Vial la acción de repeler debe necesariamente constituir un acto de fuerza en los términos señalados anteriormente. Para él, el artículo 711 está ubicado dentro de las disposiciones que suponen siempre la fuerza actual o inminente como un hecho real y que en la situación que contempla esta disposición la fuerza sólo podrá advertirse cuando se repele al dueño. De lo contrario, agrega, cabría interpretar que la ley presume la fuerza por el sólo hecho de apoderarse de una cosa en ausencia del dueño, lo que no estima razonable, más si se piensa que no es imposible que la persona que se apodera de la cosa en ausencia del dueño esté de buena fe, en el sentido de creer que la ausencia del dueño se debe a que no tiene interés en la cosa y que la ha abandonado.¹⁵

Compartimos esta última opinión, agregando que no se vislumbra ninguna razón para aplicar parámetros distintos a la fuerza cuando se emplea en un momento posterior, de aquella que opera en la adquisición de la posesión. Creemos que en lo único que difiere el caso del artículo 710 con el del 711 es el momento en que se ejerce la violencia, debiendo en ambos configurarse la fuerza en los términos del artículo 710, es decir, en todo caso debe ser real o inminente.

1.1 Posesión violenta en relación a los sujetos.

Cabe preguntarse contra quién y por quién debe emplearse la fuerza para que ésta vicie la posesión. El artículo 712 del Código Civil nos entrega ambas respuestas.

¹³ CLARO SOLAR Luis, Op. Cit., p 505.

¹⁴ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, Tratado de los Derechos Reales, 5ª. Ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, tomo I, p 390.

¹⁵ VIAL Víctor, Op. Cit., p 119.

1.1.1 Sujeto pasivo.

¿Contra quién se debe ejercer la fuerza?

El inciso primero consigna que existe el vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la poseía sin serlo o contra el que la tenía en lugar o a nombre de otro [mero tenedor]

Por lo tanto, para calificar de violenta a la posesión para la ley es indiferente quien sufra las vías de hecho o las amenazas. De lo que se desprende, como señalan la mayoría de los autores, que lo que le da a la posesión el carácter de violenta es la fuerza empleada para adquirirla y no la persona contra la cual se ejercita.

1.1.2 Sujeto activo.

¿Quién debe ejercer la fuerza?

El inciso segundo, por su parte, señala que es lo mismo que la fuerza se ejecute por una persona o por sus agentes, y que se ejecute con su consentimiento o que después de ejecutada se ratifique expresa o tácitamente.

La norma no hace sino aplicar los principios de la representación en materia posesoria.

Por lo tanto, no es necesario que la fuerza sea ejercida de propia mano por quien adquiere la posesión de la cosa. La fuerza puede provenir de otras personas, ya sea con o sin el consentimiento del poseedor; pero en el caso de que el tercero actúe sin su consentimiento, es necesario que éste lo ratifique en un momento posterior, sea expresa o tácitamente.

Como advierte Pablo Rodríguez, en este punto existe una diferencia importante entre la fuerza como vicio del consentimiento y la fuerza como vicio de la posesión. Ya que según el artículo 1457 para que la fuerza vicie el consentimiento puede ser obra de cualquier persona, sin que sea necesario que el tercero que emplea la fuerza tenga alguna relación con la persona que se aprovecha de ella. En cambio, en materia posesoria, es necesario que exista una

vinculación entre quien emplea la fuerza y quien se beneficia de ella. Esta relación puede ser directa cuando se trata de los agentes de quien adquiere la tenencia de la cosa o cuando se emplea la fuerza por un tercero con consentimiento de quien adquiere el corpus o inclusive ser más remota y la intervención del beneficiado ser posterior a su empleo, pero necesariamente debe haber de parte del que recibe el beneficio un acto de aceptación, una expresión de voluntad destinada a ratificar lo que obró el tercero, aun cuando ella sea tácita.¹⁶

Y, para finalizar este punto, como lo que sanciona la ley es el empleo de la fuerza creemos que en el caso de que quien la ejerza tenga derecho a exigir o reclamar la entrega material de la cosa, el uso de la fuerza igualmente lo transforma en posesión violento.

De lo que se ha expuesto se observa la relación que existe entre la fuerza vicio de la voluntad y la fuerza vicio de la posesión. Como bien señala Pablo Rodríguez: “En el fondo, la fuerza sea vicio del consentimiento o vicio de la posesión, es la misma. Ella consiste en obtener un resultado por vías de hecho o amenazas de tal entidad que hagan que el afectado renuncie a la resistencia que generalmente generan esos actos”¹⁷

Lo dicho se aprecia con mayor claridad tratándose de la fuerza inminente, dado que vicia ambas instituciones.

En este sentido, cabe preguntarse qué sucede en el caso de que producto de unas mismas amenazas se obtenga tanto la manifestación de voluntad de una persona como la entrega material de una cosa; lo que ocurriría, a modo de ejemplo, cuando la fuerza se emplea para lograr la celebración de un contrato translativo. La pregunta dice relación con si esa persona que se valió de las amenazas para obtener la manifestación de voluntad y que con ello también obtuvo la tenencia material de la cosa ¿es un poseedor violento?

¹⁶ RODRÍGUEZ Pablo, Op. Cit., p 36.

¹⁷ Ibíd., p 37.

Sólo Luis Claro Solar hace referencia al tema de manera expresa, y a su juicio si las amenazas se hubieren empleado para obligar al poseedor a enajenar la cosa y este hubiere entregado la cosa al otro contratante en virtud de ese contrato nulo, la posesión del último no sería violenta, sino simplemente irregular por proceder de un título nulo.¹⁸ En consecuencia, según el autor citado, para considerar a ese poseedor como violento sería necesario obtener la materialidad de la cosa por otro acto de fuerza.

Creemos que el punto y la solución dada son discutibles. Dejaremos planteado el problema dado que cobra mayor importancia una vez analizados y establecidos los efectos que producen las posesiones viciosas.

1.2 Temporalidad de la posesión violenta.

Una vez adquirida la posesión por medio de la fuerza ¿ésta tiene siempre la calidad de violenta o, por el contrario, deja de serlo cuando cesa la fuerza?

Si puede o no sanearse la violencia es un tema discutido en doctrina.

Para algunos, la violencia es un vicio temporal, la posesión puede dejar de ser violenta. Dentro de estos se encuentra Luis Claro Solar, para quien la posesión violenta no puede constituir un estado permanente. Señala que la violencia es constituida por actos momentáneos, que por su propia naturaleza son de duración limitada y que mientras los actos de violencia se sucedan unos a otros la posesión será violenta, pero desde que la fuerza cesa esa posesión dejará de ser viciosa. “Desde que el último acto de violencia se produce, el dueño o poseedor violentado puede entablar la acción posesoria correspondiente dentro del año siguiente a ese último acto de fuerza. Si no la entabla, es de presumir que ha intervenido algún acomodo entre él y el que empleó la fuerza y en todo caso, habiendo sido tranquila la posesión y sin acto alguno de violencia la posesión de

¹⁸ CLARO SOLAR Luis, Op. Cit., p 504.

este último durante un año, es él quien tendrá a su favor la acción posesoria para amparar su posesión”¹⁹

Al igual que el autor recién citado, todos quienes sostienen que la violencia es un vicio temporal se apoyan en la prescripción de la acción posesoria de restitución, de acuerdo a lo previsto por el artículo 920. Esta norma establece que la acción de restitución prescribe en el plazo de un año contado, en el caso de la posesión violenta, desde el último acto de violencia. Así, si no se reclama la posesión dentro del plazo legal, el dueño o poseedor quedará desprovisto de acción. Dicho en otras palabras, señalan que la posesión violenta es temporal, deja de ser violenta desde el último acto de violencia, basándose en la ausencia de acción para poder reclamar dicha posesión.

Para otros, en cambio, la posesión violenta nunca deja de ser violenta, es perpetua. Apoyan su postura principalmente en que, de acuerdo al artículo 710, posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza. En consecuencia el vicio existe al momento de adquirirse la posesión y desde entonces queda indeleblemente viciada y no puede sanearse por el transcurso del tiempo o por el hecho de haber cesado la fuerza. Para Pablo Rodríguez, como se adquiere por la fuerza, no se concibe que deje de ser tal por el hecho de que haya cesado la violencia, ni porque se haya extinguido o precluído una acción posesoria. A su juicio, la ausencia de acción posesoria no puede invocarse para mejorar la calidad de la posesión. Agrega que “el poseedor violento será siempre vicioso y que no mejorará su condición de manera alguna, salvo que restituya la cosa –real o fictamente- y la adquiera por medio de un título de su legítimo dueño. Paralelamente esta calidad de la posesión no se transmite ni se transfiere aún en el supuesto de que quien la adquiera tenga conocimiento de su origen [en cuyo caso sólo será poseedor de mala fe] En este aspecto la posesión violenta es personalísima”²⁰. Adherimos a esta última postura.

¹⁹ Ibíd., pp 507, 508 y 509.

²⁰ RODRÍGUEZ Pablo, Op. Cit., p 86.

1.3 Relatividad de la posesión violenta.

¿Qué efecto produce la posesión violenta en cuanto a las personas? ¿La posesión es violenta respecto de todas las personas o, por el contrario, sólo respecto de quien ha sido víctima de la violencia?

En este punto tampoco existe acuerdo en la doctrina nacional.

Para algunos, la posesión violenta es una posesión relativa. Sólo se es poseedor violento respecto de aquella persona contra quien se empleó la fuerza. Para Fernando Rozas, el vicio sólo puede hacerse valer por la víctima de la violencia.²¹ Siguiendo esta postura, si el poseedor actual expulsó a una persona que se pretendía propietario, es evidente que tiene una posesión violenta con respecto a ella; pero si el verdadero propietario es un tercero, a quien los actos violentos no han alcanzado, la posesión estará exenta de violencia en cuanto a él y no podrá alegar la fuerza ejercida contra la persona que pretendía ser dueño.²²

Para otros, en cambio, la posesión violenta es un vicio absoluto. Afecta, en consecuencia, no sólo a la víctima de la violencia sino que a la sociedad entera; se es poseedor violento respecto de todos.

Desarrolla el punto el profesor Pablo Rodríguez²³ que, en síntesis, plantea lo siguiente: el verdadero título del poseedor violento es la fuerza, lo único que causalmente justifica que ella esté en poder del nudo detentador. La fuerza, por su parte, representa un atentado a la sociedad entera, porque ella es, precisamente, lo contrario al derecho, la negación de todo lo jurídico. De ahí, que quien adquiere el corpus por medio de la fuerza es un poseedor vicioso no sólo respecto de quienes son víctimas, sino de la comunidad toda. De lo expuesto se deduce que todos pueden impugnar este tipo de posesión y que si el poseedor violento es despojado de la cosa por cualquier persona, carece de acciones posesorias para poder recuperarla. Estima que es social, ética y jurídicamente

²¹ ROZAS Fernando, Op. Cit., p 228.

²² ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, Op. Cit., pp 391 y 392.

²³ RODRÍGUEZ Pablo, Op. Cit., pp 98 y siguientes.

conveniente entender que la posesión violenta no confiere un título que pueda pugnarse con el correr del tiempo o que sólo afecte a quien ha sufrido la fuerza al ser despojado de la cosa. La fuerza que se ejerce sobre un miembro de la comunidad lesiona, de la misma manera, a todos los integrantes de ella. El poseedor violento que obtiene el corpus por medio de la fuerza, no puede invocar la protección del sistema normativo para amparar su posesión. Si se admitiera que el poseedor violento puede invocar esta posesión contra los terceros que no han sufrido la fuerza para los efectos de usucapir, se estaría dando un reconocimiento de legitimidad a un título que no arranca más que de la violencia [a su juicio, más que de título debería hablarse de causa de la posesión viciosa]

En suma, la posesión violenta es aquella que se adquiere por la fuerza; el vicio de que adolece es la fuerza y ésta puede ser actual o inminente; la fuerza debe ejercerse al momento de adquirirse la posesión o bien en un momento posterior, para el caso en que se repela al dueño habiéndose adquirido la cosa en su ausencia; la fuerza puede ejercerse ya sea contra el dueño, el poseedor o el mero tenedor de la cosa y puede ejercerla el poseedor por sí mismo o por un tercero con su consentimiento, siendo necesaria su ratificación, expresa o tácita, para el caso en que el tercero actúe con prescindencia de su voluntad. Para algunos esta posesión es temporal, deja de ser violenta cuando cesan los actos de violencia; para otros, en cambio, se trata de un vicio perpetuo, la fuerza contamina a la posesión perenne. Y finalmente, para algunos la violencia sólo afecta a la persona que la ha sufrido; por el contrario, otros señalan que se trata de un vicio absoluto.

2. Posesión clandestina.

El artículo 713 define a la posesión clandestina como *“Aquella que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella”*

La posesión clandestina supone un acto de ocultamiento, implica esconder la posesión que se tiene sobre una cosa. ¿qué gana con esto el poseedor clandestino? Que quien tenga derechos sobre la cosa no pueda reclamarla, ya que no sabe en poder de quien se encuentra.

El vicio involucrado en este caso es el dolo del poseedor, en el sentido de ocultar la tenencia de la cosa e impedir que se ejerzan las acciones tendientes a recuperarla.

Como señala Pablo Rodríguez “la gravedad de la clandestinidad reside en que el que tiene derecho a oponerse ignora en mano de quien está la cosa y el transcurso del tiempo puede conducir a una prescripción que el interesado está imposibilitado de interrumpir. La clandestinidad, por lo mismo, deja en la indefensión al que tiene derechos sobre la cosa, porque si la situación se mantiene a través del tiempo, puede verse expuesto a perder sus derechos, ya sea como dueño, poseedor y, aún, mero tenedor”²⁴

Este tipo de posesión, al requerir un acto de ocultamiento, queda prácticamente limitada a la posesión de bienes muebles. Parece quedar descartada la posibilidad de esconder u ocultar un inmueble, por la propia naturaleza de este tipo de bien. Más aún si éste se encuentra inscrito, puesto que la inscripción importa publicidad, lo que se opone, a todas luces, a la clandestinidad.

No obstante lo anterior, en doctrina se suele señalar un caso en que existiría posesión clandestina respecto de un inmueble y es aquel en que se construya a escondidas un subterráneo en la propiedad de otro, por ejemplo, de un vecino. Si bien el ejemplo es rebuscado y de muy improbable ocurrencia en la práctica, se concluye que la clandestinidad respecto de los inmuebles constituye un acontecimiento difícil, pero no imposible.

De las palabras que emplea el Código se advierte una gran diferencia entre la posesión violenta y la clandestina en cuanto al momento en que debe verificarse el vicio.

Tratándose de la posesión violenta la ley atiende al momento de su adquisición. Posesión violenta es la que se adquiere por medio de la fuerza, independiente de que después cese.

²⁴ RODRÍGUEZ Pablo, Op. Cit., p 39.

En cambio, en la posesión clandestina, la ley atiende al momento en que se ejercen los actos posesorios. Se es poseedor clandestino en la medida que se ejerza la posesión ocultándola de quienes tienen derecho a oponerse a ella. Así, si cesa la clandestinidad, si el poseedor deja de ocultarla en las condiciones antedichas, la posesión deja de ser viciosa.

2.1 Temporalidad de la posesión clandestina.

Consecuencia de lo que se acaba de señalar es que existe acuerdo en doctrina de que la clandestinidad es un vicio temporal. Si la posesión se hace ostensible o pública, deja de ser clandestina y consecuentemente, también deja de ser una posesión viciosa.

2.2 Relatividad de la posesión clandestina.

La doctrina también está de acuerdo en que la clandestinidad es un vicio relativo. Esto es, que sólo puede alegarla la persona que tiene derecho a oponerse a ella y respecto de la cual ésta se ocultó. Ello, pues del artículo 713 se desprende que lo que caracteriza esta posesión es que se ejerce ocultándola, pero respecto de aquellas personas que tienen derecho a impugnarla y que sólo respecto de quien se ha ocultado puede alegar en contra del titular esta clase de posesión.

Por lo tanto, la clandestinidad es un vicio relativo y subsanable.

En síntesis, posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola de las personas que tienen derecho a oponerse a ella; el vicio del que adolece es el dolo; y este vicio es temporal, es decir, cesa cuando la posesión se hace pública; y, es un vicio relativo, sólo afecta a determinadas personas, que son aquellas que pueden oponerse a la posesión, y sólo pueden alegarla aquellas respecto de quienes se ocultó.

3. Posesión regular e irregular y posesiones viciosas.

¿Puede una posesión viciosa ser al mismo tiempo regular o irregular?

Para algunos autores, toda posesión viciosa es irregular. La posesión irregular se clasifica en violenta y clandestina. Lo que no quiere decir que ser poseedor irregular es sinónimo de poseedor vicioso, sino que la violencia y la clandestinidad son agravantes de la irregularidad de la posesión.

Para otros, son clasificaciones distintas y cada una cuenta con sus propias reglas y características.

Y finalmente, la postura mayoritaria, cree que se trata de clasificaciones independientes, pero no por ello excluyentes. Un poseedor vicioso puede ser al mismo tiempo regular o irregular. En este sentido, el poseedor violento no puede ser un poseedor regular puesto que nunca cumpliría el requisito de la buena fe inicial, ya que ha habido fuerza al adquirirse. De lo que se colige que el poseedor violento será siempre un poseedor irregular. Por el contrario, el poseedor clandestino puede ser poseedor regular o irregular. Será poseedor regular y clandestino: cuando se ha enterado en un momento posterior al de su adquisición que aquél de quien recibió la cosa no era su legítimo dueño o de que existen personas que pueden oponerse a su posesión y decide ocultarla.

El hecho de que el poseedor clandestino pueda ser al mismo tiempo poseedor regular ha llevado a algunos autores a interpretaciones relacionadas con la utilidad de las posesiones viciosas. Lo que será tratado en el capítulo siguiente, relativo a los efectos de las posesiones viciosas.

CAPÍTULO CUARTO: DE LOS EFECTOS DE LAS POSESIONES VICIOSAS.

Nuestro Código Civil no señaló cuales son los efectos que producen las posesiones viciosas de manera concreta. Pero es de toda lógica pensar que el ordenamiento jurídico no puede otorgar el mismo respaldo, la misma protección, ni conceder todas las ventajas o beneficios a una posesión que adolece de un vicio. Dicho en otras palabras, no puede ser lo mismo para el legislador tener una posesión viciosa que tener una no viciosa.

De algunas normas, en distintas materias, se desprenden algunos efectos menores que producen las posesiones viciosas. Pero lo más importante es determinar si la posesión violenta y la clandestina permiten al poseedor llegar al dominio a través de la prescripción adquisitiva.

En primer lugar, nos haremos cargos de los efectos de menor relevancia para terminar ocupándonos de qué han dicho los autores nacionales respecto de las posesiones viciosas y la prescripción.

1. Efectos menores.

1.1 Defensa de las posesiones viciosas.

El poseedor vicioso no cuenta con los mismos medios para defender su posesión que un poseedor no vicioso, sea éste regular o irregular.

El poseedor vicioso está privado del ejercicio de las acciones posesorias. Al respecto, el artículo 918 señala de manera general que *“No podrá instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo”*

El requisito que establece la ley para poder intentar una acción posesoria es haber tenido una posesión tranquila. Y la doctrina uniformemente ha entendido que no tiene una posesión tranquila el poseedor vicioso. La violencia o clandestinidad son precisamente lo opuesto a ostentar una posesión tranquila.

Así las cosas, si el poseedor vicioso, ya sea violento o clandestino, ve amenazada, turbada o, aún, si es privado de su posesión, no cuenta con ninguna acción posesoria para protegerla o recuperarla.

El artículo 920 trata de la querella de amparo y la querella de restitución. La querella de amparo es aquella que tiene por objeto conservar la posesión; y la querella de restitución es aquella que tiene por objeto recuperar la posesión.

Dice la norma: *“Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella.*

Las que tienen por objeto recuperarla, expiran al cabo de un año completo contado desde que el poseedor anterior la ha perdido.

Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia o desde que haya cesado la clandestinidad”.

Habíamos señalado que esta norma ha llevado a parte de la doctrina a sostener que la posesión violenta tiene el carácter de temporal, ya que transcurrido un año desde el último acto de violencia el poseedor anterior queda desprovisto de acción; otros en cambio, para quienes se trata de un vicio perpetuo que no puede sanearse, señalan que la norma confirma la idea puesto que la acción se va renovando en el tiempo cuando concurre un nuevo acto de violencia. Por ende, para los primeros, prescrita que sea la acción, y habiendo tenido una posesión tranquila durante un año completo desde el último acto de fuerza, será el poseedor violento quien ahora es titular de dichas acciones; en cambio, si se sostiene que una posesión violenta no mejora su calidad por el solo transcurso del tiempo, se concluye que el poseedor violento nunca será titular de acciones posesorias.

La situación es distinta tratándose de la posesión clandestina, respecto de la cual no existe discusión de que se trata de un vicio temporal. La posesión deja de ser viciosa desde que se hace pública; consecuencia de ello, es que el poseedor clandestino sí puede ser titular de estas acciones posesorias.

El artículo 928, por su parte, regula la querella de restablecimiento, que es aquella que tiene por objeto recuperar la posesión o la mera tenencia cuando se ha sido víctima de un despojo violento. Esta acción puede ejercerla el poseedor y, además, el mero tenedor. Este artículo confirma la regla de que carecen de acciones los poseedores viciosos.

Al respecto señala: *“Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas en el estado que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses. Restablecidas las cosas y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan”*.

En consecuencia, el poseedor vicioso, sea violento o clandestino, no puede intentar acción ni aun en el caso de que él mismo ha sido víctima de violencia.

Incluso puede intentarla aquel poseedor que no cumpla con el año de posesión que exige el artículo 918 para intentar acción posesoria, siempre que no se le pueda imputar violencia o clandestinidad. De lo que se colige que la querella de restablecimiento opera también de manera subsidiaria a la querella de amparo o de restitución, es decir, cuando no puedan interponerse por no contar con el plazo de tiempo que exige la ley.

Ya se aprecia que para el legislador no es lo mismo una posesión viciosa a una no viciosa. En primer término, el poseedor vicioso es privado de las acciones posesorias, lo que representa una de las grandes ventajas de la posesión. Como ya hemos señalado, la posesión está protegida por las acciones posesorias, lo que representa una anomalía en el derecho, puesto que son los derechos y no los hechos los que cuentan con los medios o mecanismos para protegerlos. Es innegable que el legislador optó por conceder estas acciones por

la trascendencia e importancia de la posesión. Pero no protege todos los tipos de posesión, sino que sólo aquella que no es viciosa.

La situación es clara respecto de la querella de amparo, de restitución y de restablecimiento, porque el artículo 918 exige posesión tranquila. Pero no son las únicas acciones posesorias, existen también las denominadas acciones posesorias especiales (que son: la suspensión de obra nueva, denuncia de obra ruinosa y los interdictos especiales tratados en los artículos 577 y siguientes del Código Civil)

Por lo mismo, es importante determinar si el poseedor vicioso o clandestino puede intentar estas acciones posesorias especiales.

Al respecto creemos que el poseedor vicioso no tiene impedimento en intentarlas, porque no le es aplicable el artículo 918. Llegamos a esta conclusión porque la norma se encuentra en un título del Código Civil distinto al de las acciones posesorias especiales. El artículo 918 se encuentra en el Título XIII “De las Acciones Posesorias”; y las acciones posesorias especiales están tratadas en el Título XIV “De algunas Acciones Posesorias Especiales”. Además, como señala Pablo Rodríguez, las acciones posesorias especiales lo que persiguen es proteger el inmueble más que la posesión, su finalidad es evitar que el inmueble se menoscabe y esto, en definitiva, será un beneficio para quien sea reconocido como dueño o poseedor legítimo.

1.2 Prestaciones mutuas en las posesiones viciosas

En relación a las reglas de las prestaciones mutuas, nada dice la ley respecto de las posesiones viciosas, al menos no de manera expresa. Pero como la mayoría de sus normas se aplican distinguiendo si el poseedor se encuentra de buena o de mala fe, es que podemos emplearlas con un análisis específico en esta materia.

Antes de entrar propiamente en el estudio de las reglas, creemos necesario hacer algunas precisiones:

- Las prestaciones mutuas son las devoluciones o indemnizaciones que recíprocamente se deben el reivindicante y el poseedor, cuando éste ha sido vencido en un juicio reivindicatorio. En consecuencia, tendrán lugar cuando el dueño o un poseedor de mejor derecho hayan interpuesto una acción reivindicatoria o publiciana, según sea el caso, con el objeto de recuperar la posesión que habían perdido y hayan obtenido una sentencia favorable. O dicho en otras palabras, cuando el poseedor, en este caso vicioso, sea condenado a la restitución del bien.
- La situación del poseedor violento es distinta a la del poseedor clandestino. El poseedor violento será siempre un poseedor de mala fe, ya que adquirió la posesión con la conciencia de que existía un vicio. En cambio, el poseedor clandestino podrá estar de buena o de mala fe, dependiendo si se encontraba ejerciendo la posesión de manera ostensible o clandestina, respectivamente. Tomando en cuenta que el artículo 913 consigna que la buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción, y relativamente a las expensas y mejoras, al tiempo que fueron hechas. Por lo tanto, como el poseedor violento será siempre un poseedor de mala fe, se le aplicarán siempre dichas reglas; en cambio, en el caso del poseedor clandestino, habrá que distinguir si éste se encontraba de buena o mala fe, si era clandestina u ostensible su posesión, al momento en que se percibieron los frutos o que se realizaron las expensas y mejoras.

Dicho esto, ahora debemos distinguir:

- 1.2.1 Respecto de los frutos: ¿deben restituirse los frutos que produjo la cosa mientras se encontraba en manos del poseedor vicioso?
 - Poseedor violento: de acuerdo al artículo 907 deberá restituir todos los frutos, sean estos naturales o civiles y no sólo los que se

hubieren percibido, sino que además aquellos que hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad.

- Poseedor clandestino: 1. Si estaba de mala fe se aplicará la regla antedicha. 2. Por el contrario, si los frutos fueron percibidos mientras la posesión era pública no será obligado a su restitución, de acuerdo al inciso tercero del artículo 907.

1.2.2 Respecto de los deterioros que haya sufrido la cosa: ¿el poseedor vicioso debe indemnizar los deterioros que haya sufrido la cosa en su poder?

- Poseedor violento: es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa haya sufrido la cosa, según lo dispone el inciso primero del artículo 906. Esta norma sólo hace referencia al daño que sea imputable al poseedor, en consecuencia, si estos se producen por fuerza mayor o caso fortuito, no deberá indemnizarlos. Salvo, que el poseedor violento haya obtenido la cosa por hurto o robo. Caso en el cual se aplica el artículo 1676 que establece que al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aun de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor (en este caso, dueño o poseedor de mejor derecho) La norma claramente se refiere al caso de destrucción total de la cosa. Para Pablo Rodríguez también debe aplicarse cuando la destrucción sea parcial. El mismo autor plantea la interrogante de si puede el dueño o poseedor de mejor derecho imputarle robo o hurto al poseedor violento o, si por el contrario, para ello se requiere una sentencia condenatoria del respectivo juzgado de garantía. A su juicio, no es necesario dicha declaración y el juez civil está facultado para calificar (civilmente) como ladrón al que se apodera de la cosa violentamente y para el solo efecto de aplicarle el artículo 1676.

- Poseedor clandestino: 1. Si estaba de mala fe responderá de los daños que provengan del hecho o culpa suya. 2. Si estaba de buena fe no será responsable de los deterioros sufridos por la cosa, salvo que de ellos hubiere obtenido un provecho, de acuerdo al inciso segundo del artículo 906.

1.2.3 Respecto de las mejoras que hubiere experimentado la cosa: en este caso la pregunta se invierte ¿el dueño o el poseedor de mejor derecho están obligados a indemnizarle al poseedor vicioso las mejoras que este hubiere introducido en la cosa? Primero debemos distinguir el tipo de mejora de que se trate. Para estos efectos el código las clasifica en: mejoras necesarias, aquellas que se realizan para la conservación de la cosa; mejoras útiles, aquellas que aumentan el valor comercial de la cosa de manera significativa; y en mejoras voluptuarias, aquellas que sin aumentar el valor comercial de la cosa o que lo aumentan en una proporción insignificante, importan introducirle objetos de lujo.

- El poseedor violento tiene derecho a que se abonen las mejoras necesarias, en los términos del artículo 908. Esto es, que si se invirtieron en obras permanentes, se le devolverá lo que valgan las obras al tiempo de la restitución; y, si se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente, serán abonadas en cuanto aprovechen al reivindicador, y se hubieren ejecutado con mediana inteligencia y economía. No tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados, de acuerdo al artículo 910. En consecuencia, respecto de las mejoras útiles, es el demandante quien tiene el derecho a elegir entre pagarle el valor de los materiales u optar porque éste se los lleve.

- El poseedor clandestino: 1. De mala fe, se le aplica las mismas reglas recién señaladas para el poseedor violento. 2. De buena fe, si las mejoras las realiza mientras la posesión era publica, tiene derecho a que se le paguen las mejoras necesarias y las mejores útiles, según lo disponen los artículos 908 y 909. No tiene derecho a que se le abonen las mejoras voluptuarias, pero el artículo 911 le da el mismo derecho que la ley le concede al poseedor de mala fe respecto de las mejoras útiles, esto es, que podrá llevarse los materiales siempre que la separación no cause detrimento a la cosa y que el demandante no haya optado por pagarle el valor de los materiales.

1.3 Derecho del poseedor vicioso a demandar una eventual indemnización de perjuicios.

Si la cosa que está en poder del poseedor vicioso sufre daños por causa de un delito o cuasidelito civil cometido por un tercero ¿puede el poseedor vicioso demandar a dicho tercero por la correspondiente indemnización de perjuicios?

Al respecto, el artículo 2315 del Código Civil establece que: *“Puede pedir esta indemnización no sólo el dueño o el poseedor...”*

De la norma se puede concluir que todo poseedor tiene derecho a que se le indemnicen los daños que sufra la cosa consecuencia de un delito o cuasidelito civil, incluso el poseedor vicioso. “Otra conclusión llevaría al absurdo de que el autor del daño quedaría en la impunidad, como consecuencia de que nadie tendría legitimidad activa para iniciar la demanda en su contra”²⁵

Pablo Rodríguez se hace la siguiente pregunta: ¿Qué destino tiene la indemnización en caso de que sea pagada al poseedor vicioso y éste posteriormente sea obligado a restituir?

²⁵ RODRÍGUEZ Pablo, Op. Cit., p 65.

Y da la siguiente solución aplicando la analogía, los principios generales de la legislación y la equidad natural, ya que al respecto existe un vacío legal: Al respecto debe distinguirse si la indemnización se invierte o no en reparar la cosa que se posee. Si la indemnización se ha invertido en reparar la cosa, nada se debe, puesto que el objeto poseído ha absorbido la indemnización percibida. Pero si ella no se invierte total o parcialmente en la reparación de la cosa poseída, el poseedor con mejor derecho o el dueño deberá reclamar la indemnización para sí. Llega a esta conclusión aplicando el artículo 906, puesto que el deterioro sufrido por la cosa importaría un provecho al poseedor, y en ese caso, está siempre obligado a indemnizar. Y además, el artículo 1677 del Código Civil que estatuye: *“Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor por cuyo hecho o culpa suya haya perecido la cosa”* A juicio del autor, en ambas normas queda de manifiesto que el poseedor vicioso no puede aprovecharse de la indemnización y debe restituirla si no la ha incorporado a la cosa para reparar con ella el daño experimentado.²⁶

1.4 Caso del artículo 2183 en el comodato.

El artículo 2183 del Código Civil concede al comodatario la facultad de suspender la restitución al comodante en que caso de que la cosa haya sido perdida, hurtada o robada a su dueño. Es decir, que si el comodatario toma conocimiento de que la cosa que él recibió en comodato fue perdida, hurtada o robada, la ley lo faculta para no restituirla al comodante, el que va a tener la calidad de poseedor vicioso.

Por lo tanto, esta regla no se aplica a todos los casos que puedan presentarse de posesión viciosa, sino que sólo al caso en que se sea poseedor vicioso porque la cosa fue perdida, hurtada o robada. Que, como puede apreciarse, está más ligado a la posesión violenta que a la clandestina.

²⁶ Id.

Señala además la norma que el comodatario tiene la obligación de denunciar esta circunstancia al dueño y de darle un plazo razonable para reclamarla. Haciéndose responsable de los perjuicios que de la restitución le sigan al dueño en caso de incumplimiento.

Y si el dueño no la reclama oportunamente, podrá hacerse la restitución al comodante.

El dueño por su parte tampoco podrá exigir la restitución sin el consentimiento del comodante, o sin decreto del juez.

1.5 Caso del artículo 2390 en la prenda.

Establece el artículo 2390 del Código Civil que *“Si la prenda no pertenece al que la constituye, sino a un tercero que no ha consentido en el empeño, subsiste sin embargo el contrato, mientras no la reclama su dueño; a menos que el acreedor sepa sido hurtada, o tomada por fuerza, o perdida, en cuyo caso se aplicará a la prenda lo prevenido en el artículo 2183”*.

Por lo tanto, se refiere al caso en que se da en prenda una cosa que ha sido hurtada, tomada por la fuerza o perdida y el acreedor lo sabe. En cuyo caso, se aplica la regla antes tratada del artículo 2183.

2. Las Posesiones viciosas y la prescripción.

La prescripción o mejor dicho el poder adquirir el dominio por la prescripción constituye, sin duda alguna, la mayor y más importante ventaja de la posesión. Entre la posesión y el dominio existe una relación de causa efecto que se logra a través de la prescripción adquisitiva. Es éste el efecto mas trascendente de la posesión.

Pero ¿todas las posesiones conducen a la prescripción? ¿puede el poseedor vicioso convertirse en dueño por la prescripción?

En torno a estas interrogantes es que se suele agregar una tercera clasificación de la posesión que distingue entre posesiones útiles y posesiones inútiles, siendo el criterio de distinción el si la posesión permite llegar al dominio

por la prescripción. Así, es útil la posesión que permite llegar al dominio por la prescripción; e, inútil, aquella que no permite llegar al dominio por la prescripción, una posesión es inútil porque no se va a consolidar en el derecho real de dominio.

El problema surge porque nuestro Código Civil no señaló de manera concreta cual es el efecto de las posesiones viciosas. Como es de toda lógica, en doctrina han surgido básicamente dos posturas; unos que sostienen que no existen las posesiones inútiles en nuestra legislación civil; y otros, que defienden la existencia de las posesiones inútiles en el Código Civil.

Cabe hacer presente que no se trata de un tema que haya sido objeto de grandes estudios por los autores nacionales. Tanto es así, que la mayoría de los autores se limita a señalar la existencia de ambas posturas. Algunos de ellos toman partido por una u otra, pero son aun menores los que dan argumentos para sostener su interpretación.

A continuación señalaremos las principales opiniones y los argumentos que han dado los autores que se han referido al tema.

2.1 Opinión de don Luis Claro Solar:²⁷

Para el autor la posesión solo se clasifica en regular e irregular, y sostiene que la posesión irregular se califica de viciosa cuando es violenta o clandestina.

Se apoya en lo siguiente:

El artículo 846 del Proyecto de 1853 decía *“la posesión natural puede además ser viciosa en cuanto violenta o clandestina”* Y como el proyecto llamaba posesión natural a la que el Código Civil llama posesión irregular, la calificación de viciosa no es más que una agravación de la irregularidad que existe en éstas dos clases de posesión, la violenta y la clandestina.

Señala que la idea expresada por la palabra irregular, según el artículo 708, comprende también los vicios de violencia y clandestinidad, que son las más

²⁷ CLARO Solar Luis, Op. Cit., pp 502 y siguientes.

graves en que puede incurrirse en la posesión de una cosa, la irregularidad mayor de que esta puede adolecer.

A la inversa, el término “viciosa”, que el código aplica a la posesión violenta y a la clandestina, no puede correctamente aplicarse a toda clase de posesión irregular, porque aunque defectuosa y, en este sentido general, viciosa, toda posesión irregular, el poseedor estando de buena fe, y ésta se presume, hace suyos los frutos de la cosa y tiene derecho al abono de mejoras, y pasados 30 años²⁸, aunque no tenga título alguno para invocar, se le presume de derecho poseedor de buena fe y adquiere el dominio por la prescripción extraordinaria.

Sostiene que por lo demás, la clasificación de la posesión en que el Código innovó abandonando los términos de posesión civil y natural, está precisada por el legislador mismo en el Mensaje del Código: *“Pero la posesión puede ser regular e irregular, aquella adquirida sin violencia ni clandestinidad, con justo título y buena fe; la segundo, sin alguno de estos requisitos. Toda posesión es amparada por la ley; pero solo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva”* (postulando que aquí el legislador hace referencia aquí a la prescripción ordinaria)

Para él tal es el sistema del proyecto; que sus definiciones señalan límites precisos a cada uno de las dos especies de posesión, conservando siempre una y otra el carácter general que consiste en la investidura de un derecho real.

Hay, según su opinión, sólo dos clases de posesión, la regular y la irregular. A esta ultima clase pertenecen la posesión violenta y la posesión clandestina, que son las más irregulares de todas y que por eso son calificadas de viciosas.

Por lo tanto, de acuerdo a lo que señala el autor, la primera conclusión que podemos sacar es que difiere en cuanto a la clasificación de las posesiones.

²⁸ Hoy el plazo de la prescripción adquisitiva extraordinaria es de 10 años.

Para él la posesión sólo se clasifica en regular e irregular, en donde las posesiones viciosas son una clase de posesión irregular, la situación más grave que puede presentar la irregularidad. Sostiene que cuando el Mensaje señala que sólo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción, lo que esta haciendo es simplemente aludir a la prescripción ordinaria y que la posesión irregular llega al dominio por la prescripción extraordinaria.

En relación a los efectos no señala nada de manera expresa. Pero si, a su juicio, toda posesión viciosa es irregular, podríamos concluir que toma partido por la utilidad de las posesiones viciosas. Sin embargo, alude al tema indirectamente al tratar de la temporalidad de la posesión violenta. Afirma que la violencia es un vicio temporal y al respecto señala: mientras los actos de fuerza se sucedan unos a otros, la posesión será violenta y como posesión viciosa no servirá al poseedor para prescribir (artículo 2510); pero desde que la fuerza cesa, por injusta que la posesión haya sido, dejará de ser viciosa y la posesión será útil para el poseedor. Lo que nos lleva a la conclusión contraria, que, por lo menos la posesión violenta en la medida que no hayan cesado los actos de fuerza, es inútil para prescribir.

Al tratar la posesión clandestina no se menciona nada en relación a sus efectos.

Es curioso que a las posesiones viciosas les de el carácter de posesión irregular y señale que sean inútiles para prescribir (por lo menos el caso de la posesión violenta) Además, no entrega ningún argumento de por qué es inútil en ese caso la posesión.

2.2 Opinión de don Eduardo Belmar:²⁹

Comienza su trabajo analizando el Proyecto del Código Civil de 1853 y sus posteriores modificaciones, para quien implican un cambio de sistema y no sólo de redacción.

El Proyecto de 1853 clasificaba a la posesión en civil y natural. La posesión civil es la que hoy corresponde a la posesión regular y la posesión natural, es la que hoy conocemos como posesión irregular.

El artículo 843 que aludía a la posesión civil exigía buena fe no sólo al momento de adquirirla, sino durante todo el tiempo necesario para prescribir, so pena de que la posesión dejara de ser civil y se transformara en posesión natural.

A su vez, el artículo 846 consignaba que la posesión natural podía además ser violenta o clandestina. Pero en el proyecto inédito se modificó dicho precepto y se dijo: *“la posesión puede además ser viciosa en cuanto a violenta o clandestina”*. De modo que los vicios de la posesión pasaron a afectar a toda posesión y no sólo a la irregular.

El Proyecto de 1853 definía a la posesión clandestina como aquella que se adquiría por vías clandestinas. De modo que el que adquiría clandestinamente nada ganaba con hacer posteriormente ostensible su posesión y, a la inversa, el que después de adquirida la posesión sin clandestinidad la ocultaba, no era un poseedor vicioso. Pero en el proyecto inédito esto cambió y la posesión clandestina pasó a ser *“aquella que se ejerce ocultándola...”* Con esto, pasaron a ser compatibles la posesión regular y la clandestina, que es evidentemente una posesión de mala fe.

La última modificación la sufrió el artículo 835, que en el Proyecto de 1853 decía que se llama posesión civil la que procede de justo título y es acompañada de buena fe. Por su parte, el artículo 843 agregaba que no bastaba

²⁹ BELMAR Cuevas Eduardo, citado por RODRÍGUEZ, Pablo, Sobre la Utilidad de la Posesión Viciosa, Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1948, tomo XLV, sección Derecho, pp 27 y siguientes.

la buena fe inicial, sino que era necesario que ella subsistiera durante todo el tiempo de prescripción. El Proyecto inédito modificó el artículo 835 quedando “*se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe*”. Andrés Bello creyó necesario aclarar dicho precepto, agregándose al artículo: “*Aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.*” Con este agregado fue aprobado por el congreso nacional.

La mala fe subsecuente a la adquisición de la posesión será normalmente la clandestinidad.

Para Belmar demostrado que la clandestinidad puede acompañar a una posesión regular, sería ocioso probar que con mayor razón puede acompañar a una posesión irregular, puesto que por regla general, la posesión viciosa será irregular ab initio.

Agrega que después de lo dicho, no se imagina quien podrá sostener que la posesión clandestina es inútil, ya que en tal caso lo sería, eventualmente, la posesión regular e irregular.

Consigna que en cuanto al vicio de la posesión basado en que fue adquirida por la fuerza, ésta jamás podrá acompañar a una posesión regular, pues la fuerza está reñida con la buena fe inicial que se exige al poseedor regular, y cuando interviene la fuerza no hay tradición, sino rapiña; y el título translaticio, si lo había, no desempeña papel alguno y es lo mismo que si no existiera.

Pero agrega que ello no significa que el poseedor violento no pueda prescribir extraordinariamente: 1. Porque no hay ninguna disposición legal que disponga que el poseedor vicioso, violento o clandestino, no pueda prescribir adquisitivamente; 2. Porque aun cuando se afirmara que el poseedor violento no es poseedor irregular, sino simplemente vicioso, esto es, que las posesiones viciosas formaran un grupo aparte y distinto de la posesión irregular, tampoco podría negársele derecho a prescribir, ya que, cuando menos, no se le podría

negar en nuestro Código la calidad de poseedor; y esto último es fundamental porque para prescribir extraordinariamente no se exige posesión irregular, basta simplemente la posesión sin calificación alguna.

Termina su trabajo Eduardo Belmar con las siguientes conclusiones:

1. Que la clandestinidad puede acompañar a la posesión regular; pero una posesión regular no puede jamás ser clandestina ab initio, porque está reñida con la buena fe;
2. Que la clandestinidad puede acompañar a una posesión irregular;
3. Que la posesión regular no podrá nunca ser violenta; y que, en consecuencia, la posesión violenta será siempre irregular;
4. Que el poseedor violento puede prescribir cuando posee sin título;
5. Que no se concibe un poseedor violento con título;
6. Que el poseedor clandestino puede prescribir: cuando no tiene título y cuando posee en virtud de un título translaticio;
7. Que ni el poseedor violento ni el poseedor clandestino pueden prescribir cuando su tenencia, o mejor, cuando tienen el corpus en virtud de un título de mera tenencia.

El autor advierte que muchas de estas reglas no guardan armonía con la doctrina general de la prescripción adquisitiva y que algunas están lejos de satisfacer la equidad natural. Y que ello ha sido el resultado de las muchas variaciones que en esta parte experimentó el Código en su elaboración.

Como se aprecia de lo recién expuesto, para Belmar las posesiones viciosas son posesiones útiles. Como preveníamos en el capítulo anterior, el hecho de que una posesión viciosa pudiese ser al mismo tiempo regular o irregular podía traer importantes consecuencias en relación a los efectos de este tipo de posesión. Uno de los principales argumentos de este autor está vinculado con ello, al decir que si considerásemos inútil a la posesión viciosa llevaría, consecencialmente a afirmar, que en ciertos casos también lo serían la posesión

regular o irregular. Agregando que no existe ninguna norma legal que les otorgue tal efecto.

2.3 Opinión de don Pablo Rodríguez:

Pablo Rodríguez es, indiscutiblemente, el autor nacional que con más detalle ha tratado y desarrollado el tema de las posesiones viciosas. Consciente de que no existe ninguna disposición legal que de manera expresa señale cual es el efecto de las posesiones viciosas, sostiene y defiende la inutilidad de dichas posesiones con abundantes y admirables argumentos, que demuestran el estudio exhaustivo que realizó de la materia.

A continuación expondremos los argumentos que, a su juicio, permiten sostener que en nuestro Código Civil son inútiles las posesiones viciosas:³⁰

1. En primer lugar, una razón que parece elemental y lógica: ¿por qué el Código reglamentó las posesiones viciosas si éstas no producen efectos, salvo en materia de defensa de la posesión? Es evidente que si se reguló de manera acuciosa la posesión violenta y la posesión clandestina, es porque se les atribuyó un defecto que les impedía cumplir su destino natural y obvio, la prescripción. Si el legislador reglamentó las posesiones viciosas se debe a que quiso evitar un grave daño a quienes son víctimas de la fuerza o del dolo posesorio. De otra manera, esta regulación tendría escasísima importancia y ninguna, desde el punto de vista de la adquisición del dominio.

A este razonamiento se pueden agregar otros argumentos. En el Mensaje del Código, don Andrés Bello dice dos cosas erradas. Dice el Mensaje: *“Así los términos posesión civil, posesión natural, son desconocidos en el proyecto que os someto; las palabras posesión y tenencia contrastan siempre en él; la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno. Pero la posesión puede ser regular o irregular: aquella adquirida sin violencia ni clandestinidad; la segunda sin alguno de estos requisitos. Toda posesión está amparada por la ley; pero sólo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva”*.

³⁰ RODRÍGUEZ Pablo, Op. Cit., pp 42 y siguientes.

En primer término, la posesión clandestina no coincide necesariamente con la posesión irregular, puesto que se puede ser poseedor regular y clandestino, cuando el detentador de la cosa se ha enterado después de adquirida la posesión de que quien lo instaló en ella no es el legítimo dueño de la cosa y la esconde u oculta; pero como ha habido buena fe al adquirirse sigue siendo poseedor regular, pero clandestino. No sucede lo mismo con la posesión violenta, que nunca puede ser regular, ya que ha habido fuerza al adquirirse.

Y en segundo término, que se diga que la posesión irregular no conduce a la prescripción; situación en oposición a lo que previene el artículo 2510 en sus tres reglas.

Pero ambas equivocaciones son indicativas del pensamiento del legislador en esta materia: que sólo la posesión regular ponía al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva [lo cual se explica porque el texto definitivo eliminó tanto la posesión civil –transformándola en regular- como la posesión natural –transformándola en irregular- y sólo conducía a la prescripción la posesión civil]; y que la posesión regular era aquella adquirida sin violencia, ni clandestinidad, con justo título y buena fe [lo cual se explica también por las reformas que sufrió el Proyecto de 1853, según el cual la posesión clandestina era la que “se adquiría” ocultándola a quien tenía derecho a oponerse]

Esto demuestra, que en la mente del redactor del Código subyace siempre la idea de que el poseedor vicioso no adquiere el dominio por prescripción. Si tal sucediera se estaría privilegiando la fuerza y permitiendo que el dolo alcanzara su finalidad maligna al impedir que los afectados pudieran interrumpir la prescripción.

Si se pensara que la distinción entre posesión irregular y viciosa no tiene otro alcance que limitar los medios de que disponen el poseedor violento y el clandestino para defender su posesión, al privárseles de acciones posesorias, esta conclusión sería errada. En efecto, las limitaciones aludidas están contempladas a propósito de las acciones posesorias y estas acciones sólo tienen lugar para amparar, recuperar o restablecer la posesión sobre los bienes raíces. Como el

sistema ideado por Bello se funda en la posesión inscrita, forzoso es concluir que normalmente no puede adquirirse la posesión violenta de los inmuebles –porque no puede ganarse por la fuerza la respectiva inscripción- y que tampoco puede ejercerse la posesión de los inmuebles clandestinamente, porque ellos están registrados en oficios esencialmente públicos. De tal manera que si la distinción regulada en el Código se funda en los diferentes medios o acciones de que dispone el particular para defender su posesión, normalmente, esto no produce efecto alguno.

Por lo tanto, nadie puede pensar con seriedad que la regulación de las posesiones viciosas se hizo en función del ejercicio de las acciones posesorias.

La regulación legal de las posesiones viciosas es, por lo menos, un indicio valioso, si no determinante, para deducir que se trata de posesiones que, por sus defectos, ineptitudes y mala calidad, no sirven al destino natural y fundamental de toda posesión: ganar el dominio por medio de la prescripción.

2. La fuerza y el dolo son severamente sancionados en nuestra ley. No parece admisible, que tratándose de la posesión, a la cual el Código Civil asigna una enorme importancia, no se haya asignado a estos vicios una sanción acorde y en proporción a su importancia y al daño que pueden causar en el patrimonio de una persona.

La fuerza en materia contractual vicia el consentimiento incluso cuando es obra de un tercero. El dolo genera la nulidad del acto o contrato cuando es obra de una de las partes o determina responsabilidades civiles para el tercero, que sin ser parte en el contrato lo fragua, o, aun, para el que sin ser el autor del mismo aprovecha de él. En estas condiciones, es inaceptable sostener que tratándose de la posesión se haya entendido que la fuerza y el dolo carecen de significación e importancia. Axiológicamente nuestra ley no puede sustentar soluciones tan disímiles y encontradas. Si algo caracteriza al Código Civil es la coherencia y armonía de sus instituciones y la elegancia y precisión de su lenguaje. De lo expuesto deducimos que sólo entendiendo que las posesiones viciosas no conducen a la prescripción se armonizan y enlazan las diversas instituciones

racionalmente. Este criterio axiológico o finalista es, desde nuestro punto de vista, la llave para interpretar rectamente la ley, sin perjuicio de advertir, además, que en nuestra interpretación predomina un criterio sistemático que no puede omitirse para estos efectos.

Aceptando que las posesiones viciosas conducen a la prescripción, se llega al absurdo de que la violencia no tiene otra sanción que transformar al poseedor en irregular, y que la clandestinidad, cuando el ocultamiento es posterior a la adquisición de la posesión, carece de todo efecto para usucapir.

3. Algunas disposiciones del Código Civil permiten deducir que no siempre la posesión conduce a la prescripción, sino sólo cuando se ha poseído con las condiciones legales.

El artículo 2498 dispone: “Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y *se ha poseído con las condiciones legales.*” De esta norma se infiere que no todo poseedor adquiere por prescripción, sino aquel que ha poseído con las condiciones legales. Si la ley entendiera que todos los poseedores adquieren por prescripción, ésta última parte del artículo 2498 sería ociosa, tanto más cuanto el artículo 2492 define la prescripción adquisitiva como un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas, por haberse poseído las cosas durante un cierto lapso del tiempo, y *concurriendo los demás requisitos legales.*

No basta, por lo mismo, ser poseedor. Es necesario, además serlo con las condiciones que establece la ley y entre ellas está la ausencia de violencia y clandestinidad.

Concordante con lo ya expuesto, el artículo 683 del código civil, ubicado en el Título “De la Tradición”, dispone: “La tradición da al adquirente, *en los casos y del modo que las leyes señalen*, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho. Se trata de la situación específica que consiste en que el tradente no es dueño, pero hace la tradición de la cosa. En tal caso instala al adquirente en

posesión. De lo cual se desprende que la ley le da el derecho de ganar el dominio por prescripción, y esta presupone existencia de posesión. Pero tal prescripción operará en los casos y del modo que las leyes señalen. En otras palabras, el poseedor no siempre adquirirá por prescripción, sino en los casos y del modo que las leyes señalen. Y entre las situaciones en que no gana por prescripción el dominio de las cosa está, precisamente, el caso sancionado en los artículos 709 y siguientes del Código Civil, cuando el poseedor es vicioso.

La terminología usada por el Código es claramente inductiva a esta conclusión. Lo vicioso es aquello que adolece de un defecto, mala calidad o daño, que hace que la cosa no sirva para su destino natural, y el destino natural de la posesión es la prescripción. En todas estas disposiciones hay un trasfondo perfectamente armónico y coherente que coincide con nuestro planteamiento: las posesiones viciosas no llevan a la prescripción.

4. Agréguese a lo anterior lo previsto en el artículo 894 del Código Civil, ubicado al tratar la acción reivindicatoria y que define a la acción publiciana. Dicha norma establece: “Se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular, *y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción*” Del tenor literal de la norma se llega a la conclusión de que puede darse en nuestra ley el caso de un poseedor regular que no esté en el caso de poderla ganar por prescripción.

Existe esta situación, precisamente, en el caso del poseedor clandestino que puede ser regular, pero vicioso, ya que ha adquirido la posesión de buena fe, ajustándose al artículo 702, pero que en el curso de ella repara en que la ha recibido de quien no es dueño o de quien no tenía la facultad para enajenarla y, en tal caso, la oculta a los que tienen derecho a oponerse a ella. Esta posesión regular no permite ganar el dominio de la cosa por prescripción y el artículo 894 del Código Civil le veda la acción reivindicatoria, no obstante ser un poseedor regular, pero vicioso, en razón de la clandestinidad.

El Código, al conferir al poseedor la acción reivindicatoria, reparó en el hecho de que se podía ser poseedor regular, pero no estar en el camino de la prescripción.

Se ha pensado que esta norma alude al poseedor regular que está en vías de adquirir porque se ha enterado el plazo de prescripción, pero ésta no se ha declarado. No nos parece atendible esta interpretación, ya que es evidente que cumplido el plazo de prescripción el poseedor se transforma en dueño y puede, como tal, deducir acción reivindicatoria. Es cierto que la prescripción debe ser declarada judicialmente, pero opera de pleno derecho, por el sólo ministerio de la ley, cuando se cumple el plazo, si el poseedor está habilitado para ganar el dominio por la prescripción. El juez se limita a declarar la prescripción, mediante una mera constatación de que concurren los presupuestos legales.

Por consiguiente, la norma analizada es clara y alude a un caso específico: tiene acción publiciana el poseedor regular que se halla en situación de poder ganar el dominio por prescripción, lo cual, a contrario sensu, implica deducir que hay poseedores regulares que no pueden ganar el dominio por prescripción, como se ha explicado.

Interpretar el artículo 894 de otro modo importa reprochar al Código una flagrante contradicción, al aludir a poseedores regulares que pueden ganar la cosa por prescripción, en circunstancias de que todos ellos, conforme a la interpretación tradicional, podrían adquirir por prescripción ordinaria.

En la norma comentada queda, además, claramente expresado el propósito de que el poseedor vicioso (clandestino en este caso) carece de acción publiciana. Lo cual nosotros hacemos lógicamente extensivo al poseedor violento, que será siempre de mala fe y, por ende, nunca poseedor regular.

5. Una de las ventajas de la posesión es que el poseedor cuenta con una serie de acciones. Goza de acción publiciana, en el caso del artículo 894 del Código Civil. Y además tiene las acciones posesorias que le permitirán colocarse a resguardo, incluso del dueño de la cosa para mantenerse en posesión. Estas

acciones posesorias se le confieren porque se ha abierto camino a la prescripción, esto es al dominio, y en esta ruta debe amparársele.

Sin embargo, varias disposiciones establecen que estas acciones posesorias no corresponden a los poseedores viciosos, violento y clandestino, los cuales quedan desprotegidos absolutamente.

Si nos preguntamos ¿por qué razón se han negado a los poseedores viciosos estas acciones tan indispensables para mantener la posesión?, la respuesta no puede ser otra que porque ella no conduce a la prescripción, porque es inútil y porque puede transcurrir el tiempo indefinidamente y la situación de hecho no se consolidará en situación de derecho. De allí que el Código no tenga interés ninguno en prestarle amparo.

6. En el artículo 2510 regla tercera del Código Civil el legislador admite que hasta la mera tenencia se transforme en posesión, pero pone un límite a esta interversión, y éste consiste, precisamente en que no se trate de una posesión viciosa. Para que opere la prescripción extraordinaria cuando el que la alega invoca un título de mera tenencia, es necesario haber tenido la cosa durante diez años ininterrumpidamente; que no se haya reconocido expresa ni tácitamente el dominio ajeno, y que no haya habido violencia ni clandestinidad. En otros términos, la violencia y la clandestinidad nunca, ni siquiera en este caso extremo, llevan a la prescripción, a pesar de tratarse de hechos tan significativos y contundentes como los que se expresan en la regla tercera del artículo 2510 del Código Civil.

Esta disposición es una elocuente demostración de que en el espíritu e intención de la ley está claro que el poseedor vicioso no está habilitado para adquirir por prescripción. Se trata, por lo mismo, de posesiones inútiles.

7. El Código Penal sanciona como delito contra la propiedad el robo. El ladrón es, indudablemente un poseedor violento, cuyo título sería, ni más ni menos que la comisión de un delito. El artículo 432 del Código Penal define el robo de la siguiente manera: *“El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se*

apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto”

No cabe duda de que el tipo penal se pone en una hipótesis que será, generalmente, la que corresponde a un poseedor violento, ya que éste por la fuerza, sea compulsiva o mediante la intimidación o amenaza, se apropia –con ánimo de señor y dueño- de una cosa mueble y adquiere la posesión de la misma. De modo que, por lo general, la actitud del poseedor violento coincidirá con la del autor de delito de robo.

El artículo 439 del mismo Código establece: *“Para los efectos del presente párrafo se entenderá por violencia o intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega. Hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público”* De esta norma puede deducirse, a mayor abundamiento, que será muy raro el caso en que el poseedor violento no incurra, paralelamente, en delito, cuando se apropia o adquiere la posesión por medio de la fuerza.

Todavía más, tratándose de bienes inmuebles, el delito de usurpación se encuentra definido en el artículo 457 del Código Penal, que dispone: *“Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente, y al que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto éste le repeliere, además de las penas en que incurra por la violencia que causare, se le aplicara una multa de once a veinte sueldos vitales”*. El inciso segundo, por su parte, señala: *“Si tales actos se ejecutaren por el dueño o poseedor regular contra el que posee o tiene ilegítimamente la cosa, aunque con derecho aparente, la pena será multa de seis a diez sueldos vitales, sin perjuicio de las que correspondieren por la violencia causada”*.

Así las cosas, hay que concordar que el poseedor violento, casi sin excepción, será reo del delito de robo o usurpación y que la consumación de este delito es lo que le permite adquirir la posesión de la cosa robada o usurpada.

¿Cabe pensar en esta hipótesis que se adquiere una posesión idónea para prescribir?

Reflexionemos sobre el hecho de que el legislador ha regulado esta materia de modo de penalizar una conducta. Ello significa que le merece la mayor atención y cuidado la referida situación. No es concebible, por consiguiente, que la legislación civil ponga a este sujeto en situación de adquirir el dominio por el sólo transcurso del tiempo. Es curioso advertir que entre el Código Civil (artículos 710, 711 y 712) y el Código Penal hay una terminología perfectamente similar para calificar los casos y situaciones que configuran la fuerza.

Poniéndose en hipótesis extremas, digamos que, aceptando que el poseedor violento puede llegar a adquirir por prescripción, es posible concebir que éste sea condenado por el delito de robo o usurpación (como consecuencia de que la prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete crimen o simple delito) y pueda alegar la prescripción adquisitiva de la cosa robada (como consecuencia de que por aquellas circunstancias la prescripción civil no se ha interrumpido). Este hecho nos resulta concluyente. No puede interpretarse la ley de manera que lleve a este tipo de absurdos, puesto que se condenaría por robo y, a la vez, se podría invocar el dominio sobre al especie robada.

8. En cabal concordancia con lo expuesto, digamos que el artículo 1676 del Código Civil trata la situación del ladrón a propósito de la extinción de las obligaciones por caso fortuito o fuerza mayor. Dicha disposición expresa: *“Al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aun de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor”*. No hay duda de que esta norma importa una sanción al que ha cometido el delito de robo hurto de la cosa. Con la misma lógica cabe pensar que no ha podido el Código permitir que adquiriera por

prescripción este poseedor que no es digno de los beneficios propios de los poseedores, regulares o irregulares, que tienen carácter de tranquilos.

Como puede observarse, siempre e invariablemente, la ley va dando reglas que implican desmejorar la posición del poseedor vicioso frente a la que corresponde al poseedor no vicioso.

9. El artículo 717 del Código Civil hace una alusión directa a las posesiones viciosas. En efecto, éste expresa: *“Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se le apropia sus calidades y vicios”*. Lo que el legislador ordena en esta disposición es que el poseedor que hace uso de su derecho sobre accesión de posesiones, debe asumir las consecuencias que se siguen de las calidades y vicios de las anteriores. De este modo, ningún poseedor podría agregarse la posesión violenta o clandestina anterior, porque deteriora su derecho. Si la ley habla de “vicios”, explícita y formalmente, es porque entiende que la posesión puede tener diversas calidades (regular e irregular) y puede también tener vicios que la inhabilitan para prescribir (violencia y clandestinidad).

La regularidad e irregularidad son una calidad de la posesión. La violencia y la clandestinidad, un vicio.

10. Que además, si las posesiones viciosas abrieran el camino al poseedor para adquirir el dominio por prescripción, la regulación contenida en los artículos 710, 711 y 712 del Código Civil, relativos a la posesión violenta, carecería de toda importancia para los efectos de la prescripción. Desde luego, la posesión violenta será siempre irregular, puesto que se adquiere de mala fe. El vicio de fuerza no agravaría en nada la situación del poseedor violento y este podría prescribir sin obstrucción alguna. En cuanto a la posesión clandestina, la situación respecto de la prescripción, sería aun más absurda, ya que este poseedor puede ser regular, cuando adquiere la posesión de buena fe pero posteriormente la oculta a los que tienen derecho a oponerse al descubrir que la ha adquirido con algún vicio. En este caso el poseedor clandestino adquiere por prescripción

ordinaria. En el evento de que se adquiriera la posesión con clandestinidad, se trataría de un poseedor irregular que puede ganar el dominio por prescripción extraordinaria.

De todo lo cual se sigue que la única importancia de esta regulación legal se concentraría en lo relativo a la interposición de las acciones posesorias, con la agravante de que si los inmuebles están inscritos (situación que el Código ha considerado normal) no se da el presupuesto de la violencia ni de la clandestinidad.

Estimamos que la ley debe interpretarse sistemáticamente, dando a todas sus partes la debida correspondencia y armonía. Este elemento lleva a la inequívoca conclusión, en principio, de que en la legislación chilena hay posesiones inútiles que no conducen a la prescripción y que estas posesiones son las viciosas a que se refiere el artículo 709 del Código Civil.

11. El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 551, es perfectamente coherente con las conclusiones que hemos propuesto. En su primera parte, esta norma expresa: *“El que intente querrela de amparo expresará en su demanda, a más de las circunstancias enumeradas en el artículo 254, las siguientes: 1ª. Que personalmente o agregando la de sus antecesores, ha estado en posesión tranquila y no interrumpida durante un año completo del derecho en que pretende ser amparado”*. Esta regla no hace más que aplicar el artículo 918 del Código Civil, en cuanto al requisito de que la posesión debe durar a lo menos un año y no puede ser violenta o clandestina, y el artículo 717 del mismo Código, relativo a la accesión de posesiones, que dispone que quien se agrega una posesión anterior debe hacerlo con sus calidades (regular o irregular) y con sus vicios (violencia y clandestinidad). Más adelante, el mismo artículo 551, en sus incisos 4º y 5º, refiriéndose a la querrela de restitución y de restablecimiento, señala: *“Si la querrela es de restitución en lugar de la circunstancia del número 2º de este artículo (se alude a la descripción de las perturbaciones que debe sufrir el que deduce querrela de amparo), expresará que ha sido despojado de la posesión por medio de actos que indicará clara y precisamente”*

El artículo comentado no hace más que aplicar al campo del procedimiento judicial los requisitos consignados en el Código Civil que, como queda demostrado, privan a los poseedores vicioso de las acciones posesorias, sean de amparo, restitución o restablecimiento.

12. Una disposición especial, contenida en el Código de Aguas y que sirve para ilustrar el sentido de la ley al tenor del artículo 22 inciso 2º del Código civil.

De acuerdo con las disposiciones de dicho cuerpo de leyes, que originalmente se hallaban en nuestro Código Civil, las aguas son bienes nacionales de uso público (artículo 5º del Código de Aguas y 595 del Código Civil). Los particulares solo adquieren el “derecho de aprovechamiento” de que trata el artículo 6º del Código de Aguas, el cual faculta para usar, gozar y disponer de las aguas, con los requisitos y en conformidad a la reglas que prescribe dicho Código. Ahora bien, mientras las aguas corren por sus causas naturales son bienes nacionales de uso público, pero desde que se captan o se extraen se desafectan, por el solo ministerio de la ley, y pasan a ser de dominio privado, en un caso para consumirlas o para emplearlas y restituir las al cauce una vez concluido su uso.

Ahora bien, el derecho de aprovechamiento se constituye por acto de autoridad o por medio de la prescripción. A este respecto el artículo 21 del Código mencionado establece: *“...la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente Código”*. Por su parte, el artículo 2º transitorio del Código de Aguas dispone: *“Los derechos de aprovechamientos inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrara en vigencia este Código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes: a) La utilización deberá hacerse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno...”*

Es incuestionable que esta norma especial trata expresamente la situación de los poseedores de derechos de aguas que no tienen inscripción a su favor. En este caso se les abre la posibilidad de adquirir por prescripción, ya que la posesión de dichos derechos está sometida al régimen de inscripción. En tal caso pueden adquirirse por una prescripción especial de cinco años, pero excluyéndose la posesión (“utilización” de las aguas dice el Código del ramo) violenta y clandestina. Esta norma demuestra que el legislador, invariablemente, ha entendido que las posesiones viciosas no conducen a la prescripción, ni siquiera en este caso tan especial, consagrado en una norma transitoria y destinada a regularizar una situación de hecho existente al momento de entrar en vigencia aquel cuerpo legal.

Si el legislador al reglamentar una situación tan particular como la que hemos descrito, ha hecho expresa exclusión de la posesión clandestina y violenta, parece obvio que nunca ella puede invocarse para adquirir por prescripción un determinado bien.

Entre el Código Civil y el Código de Aguas no puede existir una diferencia conceptual tan extrema. Ella surgiría de aceptarse que en el derecho común las posesiones viciosas son irregulares y aun, hasta regular en un caso, para los efectos de la adquisición del dominio por prescripción; en tanto que en el Código de Aguas, para regularizar el dominio, se descarta de plano la utilidad de las posesiones viciosas.

Idéntico criterio se observa en otra ley especial y particularmente expresiva de la voluntad de la norma. El Decreto Ley N° 2.695, publicado en el Diario Oficial del 21 de julio de 1979, fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución de dominio sobre ella.

No parece necesario destacar que se trata, precisamente, de dar una oportunidad a los interesados en sanear sus títulos y que, por lo mismo, se aplican los principios generales o espíritu de nuestra legislación, adaptadas a la situación de excepción que se intenta corregir.

Ahora bien, el artículo 1º de este estatuto legal se refiere a los “poseedores materiales” de determinados bienes raíces (aquellos de cierto valor que se aprecia conforme al avalúo fiscal). Dichos poseedores materiales pueden solicitar que se les reconozca –administrativamente- la calidad de poseedores regulares y habilitarlos así para adquirir por prescripción.

El artículo 2º establece que “para ejercitar el derecho a que se refiere el artículo anterior, el solicitante deberá reunir los siguientes requisitos: 1º. Estar en posesión del inmueble, por si o por otra persona en su nombre, en forma continua y exclusiva, *sin violencia ni clandestinidad*, durante cinco años a lo menos”.

Queda de manifiesto, una vez más, el espíritu del legislador, que veda, también, al poseedor violento y clandestino este beneficio.

Se podría pensar, sin embargo, que la ley trata de sanear la posesión regular y que, por ello se han excluido las posesiones viciosas; pero esto no es así. El beneficio que otorga esta ley consiste en que el “poseedor material” alcance, tratándose de ciertos bienes raíces, la calidad de poseedor inscrito, y, como es lógico, en el evento de cumplirse los requisitos señalados en la ley, pase a ser poseedor regular.

Más aun, el artículo 15 dispone que la resolución del Servicio (Dirección de Tierras y Bienes Nacionales) que acoja la solicitud se considerará como justo título, requisito de la posesión regular. Si la buena fe se presume y las normas de regularización se refieren a la tradición (inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces), la posesión que se constituye o reconoce no puede ser sino regular.

A mayor abundamiento, la oposición que se deduzca a tal pretensión, entre otras causales, puede basarse en que no cumple el solicitante todos o algunos de los requisitos establecidos en el artículo 2º, entre los cuales está el no ser poseedor violento o clandestino. Estos conceptos, ciertamente, están referidos a las normas del Código Civil que regulan estas posesiones viciosas.

13. En el fondo de esta situación hay una raíz moral. No es posible, sin lesionar valores muy caros para la convivencia social, permitir que quien emplea la fuerza para tomar la posesión, pueda invocarla posteriormente para adquirir el dominio. Ello es inmoral y contrario a todo principio jurídico. El ladrón no se hace dueño de las cosas robadas aun cuando transcurra el tiempo y el dueño termine por resignarse. Es un inmenso contrasentido invocar los intereses generales, representados por la estabilidad jurídica, para sostener el dominio del ladrón sobre las especies que ha poseído. Otro tanto puede decirse del poseedor clandestino, este coloca al dueño en la imposibilidad de accionar para recuperar lo que le pertenece. El dolo del poseedor es tan sutil que puede comportarse como tal ante el resto de la comunidad, pero cuidándose de mantener al dueño en la ignorancia, liberándose de las acciones judiciales mediante el ocultamiento. Tras la clandestinidad pueden esconderse el hurto, la deslealtad y la malicia más refinada.

14. Y finalmente, insistir, en que no toda posesión regular o irregular conduce a la prescripción. Aquí está la médula del problema. Esta cuestión no quedo clara dadas las modificaciones experimentadas por el Proyecto de 1853 con relación al Proyecto Inédito y con el que finalmente fue publicado. Pero las modificaciones introducidas tuvieron por objeto, precisamente, darles a las posesiones viciosas un tratamiento distinto al de la posesión regular o irregular. Ya se ha examinado como se modificó el Proyecto de 1853; que en un principio se señalaba que sólo la posesión civil ponía al poseedor en aptitud para adquirir el dominio por prescripción, pero que el proyecto definitivo abandonó los conceptos de posesión civil y natural y los reemplazó por los de posesión regular e irregular, disponiendo que ambas conducían a la prescripción: la primera a la ordinaria y la segunda a la extraordinaria. Precisamente por eso se sacó de esta categoría a la posesión violenta y clandestina, que antes estaba incorporada a la posesión natural que no conducía a la prescripción, dándosele una regulación especial, excepcional y más severa.

¿Qué significa todo esto? Algo sumamente claro. Cuando se abandonó el concepto de posesión natural –que no permitía adquirir por prescripción- y se

reemplazó por el de posesión irregular –que si conduce a la prescripción extraordinaria- se eliminó de esta nueva categoría a las posesiones viciosas. Así se hizo para impedir que éstas llevaran a la prescripción, lo cual no ocurría cuando ellas estaban incorporadas a la posesión natural. El Código aprobado impidió que las posesiones viciosas pudieran culminar en la prescripción al separarlas de la posesión irregular.

Lo confirma la modificación que sufrió el artículo 2498 del Código Civil respecto del proyecto de 1853. Este artículo estaba redactado en la siguiente forma:

“Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que se han poseído sin interrupción el tiempo que las leyes señalan.

No se puede ganar por prescripción el dominio de las cosas que son inapropiables por su naturaleza”

Como se disponía que el poseedor natural (que comprendía al vicioso) no podía adquirir por prescripción, los requisitos de dicho modo de adquirir eran tres: posesión (civil) no interrumpida, el lapso de tiempo que la ley señalaba y que la cosa no fuere inapropiable.

Pero como se eliminaron la posesión natural y la posesión civil y se reemplazaron por la posesión irregular y regular, ninguna de las cuales comprendía las posesiones viciosas, también se modificó el artículo 2498 – artículo 2682 del Proyecto-, el cual quedo redactado de la siguiente manera:

*“Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces y muebles, que están en el comercio humano, **y que han sido poseídas con las condiciones legales**”*

De modo que, en lugar de aludirse a la posesión sin interrupción y por el tiempo que las leyes señalan, se aludió a la posesión con las condiciones legales, lo cual descarta las posesiones viciosas, que si bien son posesiones en el lenguaje del Código, no tienen calidad necesaria para conducir a la prescripción.

Con un concepto moderno de la interpretación puede llegarse a la conclusión inequívoca, dadas estas razones, de que el legislador, al introducir los cambios que hemos analizado, marcó en la ley una voluntad clara y precisa: hacer que las posesiones viciosas, violenta y clandestina, no condujeran a la adquisición del dominio por la prescripción.

Hasta aquí los argumentos que entrega para defender la inutilidad de las posesiones viciosas en el Código Civil Chileno. Que, como fácilmente se aprecia, representan un estudio exhaustivo al Código Civil en su integridad y a distintas normativas y leyes especiales del ordenamiento jurídico. Pero, además de sustentar su postura con sólidos argumentos, también analiza los argumentos del autor que con mayor detalle había tratado el tema hasta ese momento, Eduardo Belmar. Nos haremos cargo brevemente de dicho análisis dado que son igual de ilustrativos para un mayor y mejor entendimiento del tema.

Al respecto Pablo Rodríguez plantea³¹:

1. El hecho de que las posesiones viciosas quedaran con una categoría propia que no esta necesariamente circunscrita a la posesión natural (irregular) no quiere decir forzosamente que el sistema varió, haciendo útiles las posesiones viciosas por el sólo hecho de que una de ellas (la clandestina) pudiese excepcionalmente ser regular. Con las modificaciones del proyecto del Código, no cabe duda, que lo que se hizo fue independizar las posesiones viciosas de la posesión regular e irregular, dejándolas como posesiones de otra categoría. Más aun, se atenuó el rigorismo de la posesión clandestina que, en verdad, es inminentemente relativa, y se extremó el rigorismo de la posesión violenta que no dejaba de ser tal por el hecho de que, después de adquirida, desapareciera la fuerza. Para mayor claridad los vicios de la violencia y la clandestinidad fueron referidos a toda clase de posesiones, no sólo a la irregular.

En síntesis, si cambió el sistema fue en el sentido de que los vicios de la posesión, en cuanto violenta y clandestina, podían acompañar a toda clase de

³¹ RODRÍGUEZ Pablo, Op. Cit., pp 73 y siguientes.

posesión (fuera regular o irregular) y que estas posesiones constituirían una categoría especial, cuyas consecuencias son particulares y exclusivas. El hecho de que un tipo de posesión viciosa (la clandestina) pueda ser simultáneamente regular, no revela una voluntad jurídica en orden a que las posesiones viciosas son útiles para prescribir.

Pero hay más, cuando los vicios de la posesión (fuerza y dolo) estaban referidos exclusivamente a la posesión natural, ello significaba hacer que dichas posesiones fueran inútiles, porque los poseedores naturales, en el Proyecto de 1853, no podían adquirir por prescripción. El hecho de que la posesión natural se transformara en el Proyecto Inédito en posesión irregular y abriera camino a la prescripción, no implica, de modo alguno, que desaparecieran las posesiones inútiles. El sistema se modificó, precisamente, a fin de referir la posesión violenta y la clandestina a todo tipo de posesión y, por lo mismo, mantenerlas como posesiones inútiles, con prescindencia de otras calidades.

2. Si bien es cierto que no existe ninguna disposición que ordene que el poseedor vicioso no puede prescribir adquisitivamente, tampoco hay ninguna disposición que diga que el matrimonio entre personas del mismo sexo es inexistente (para poner un ejemplo extremo). La inutilidad de las posesiones viciosas surge de la recta interpretación de la ley y no de normas expresas que se han omitido porque la inhabilidad está perfectamente configurada. Decir que la posesión violenta será siempre irregular no significa que, en cuanto viciosa, sea idónea para prescribir. Es cierto que la violencia, vicio ab initio, hará que sea en todo caso una posesión de mala fe y, por tanto, irregular. Pero, además de irregular, viciosa, y en esta última condición inepta para prescribir. Finalmente, porque no es suficiente tener la calidad de poseedor para usucapir. A estos efectos es necesario reunir las calidades que la ley establece (artículo 2498 del Código Civil). Si el poseedor no las reúne está inhabilitado para prescribir. A mayor abundamiento, como ha quedado dicho, hay casos (artículo 894 del Código Civil) en que se entiende que un poseedor regular no está en condición de adquirir por prescripción, y este evento sólo puede corresponder al poseedor clandestino

que, adquiriendo de buena fe, la perdió posteriormente y, para defenderse de quien podía oponérsele, resolvió ocultar la cosa mientras transcurría el plazo de prescripción.

3. En cuanto al artículo 2510 regla tercera: el legislador reguló la situación que se produce si un poseedor regular invoca o ha comenzado a detentar la cosa bajo un título de mera tenencia. En este evento la ley dispone que el mero tenedor se transforma en poseedor –lo cual implica una excepción al principio de que la mera tenencia es indeleble- y puede llegar a prescribir, sujeto, empero, a tres condiciones. Ellas consisten en que el mero tenedor no haya reconocido, durante el lapso de tiempo de 10 años, dominio, expresa o tácitamente, al dueño; que el que alega la prescripción haya poseído (este requisito debe entenderse en el sentido de que haya realizado actos de posesión, o sea, de aquellos a que sólo da derecho el dominio) por el mismo plazo; y que no se trate de un poseedor violento o clandestino.

Tal como lo acota Belmar, el mero tenedor “conoce” el dominio ajeno, pero no lo “reconoce”, como sucede con el ladrón que sabe, a ciencia cierta, quien es el dueño, pero no le reconoce su derecho. Agrega que no hay inconveniente en que quien es mero tenedor, llegue mas tarde a poseer si adquiere el ánimo de señor y dueño. En esta parte Belmar olvida lo previsto en el artículo 719 inciso 2º del Código Civil, según el cual *“Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas”*. Esta presunción, simplemente legal, no puede destruirse por una actitud interior del mero tenedor que resuelve, en su fuero interno, transformarse en poseedor, en circunstancias de que ha adquirido el corpus reconociendo dominio ajeno.

Para Belmar el artículo 2510 regla tercero se justifica porque si el mero tenedor ha ganado el corpus por la fuerza o ha ejercido la posesión clandestinamente, agregando el hecho de que comenzó reconociendo dominio ajeno, la ley no puede favorecerlo permitiéndole adquirir por prescripción. Él pone un ejemplo claro: “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, pasa por lo que él dice y no hace mayores averiguaciones. Entre tanto, el amigo ha realizado actos posesorios sobre la cosa; por ejemplo, la ha arrendado o empeñado. Pasan quince años (hoy, diez años). ¿Puede haber algún juez que de lugar a una prescripción que alegue el comodatario que, habiendo ocultado la cosa, la ha poseído clandestinamente? La disposición no puede ser mas equitativa. Un acto que con tanta intensidad viola la buena fe no puede ser confirmado por el legislador”

De modo que Belmar limita la importancia de las posesiones clandestinas a esta mínima expresión. Toda la legislación estudiada no tendría más que escasos objetivos.

Señala que salta a la vista que es dudosa la situación de que un mero tenedor pueda ser poseedor violento, ya que no ha podido adquirir la cosa (aprehenderla) por medio de la fuerza, puesto que ha debido recibirla del dueño o poseedor, mediando entre ambos un título que legitima la aprehensión material de la misma (todo título de mera tenencia supone un acto voluntario de quien traspasa la cosa). Si es poseedor violento porque “se adquiere la posesión” por medio de la fuerza, es obvio que el mero tenedor que se transforma en poseedor no podrá jamás haber “adquirido” la tenencia material de la cosa por medios violentos. La posesión violenta adolece de un vicio ab initio, esto es, al adquirirse el corpus, y el mero tenedor ha debido, necesariamente, adquirirlo del dueño o del poseedor por medio de acto convencional. Así entendido, no podría darse la hipótesis del artículo 2510 regla tercera, número dos, puesto que nunca el mero tenedor podría ser poseedor violento, cuando, por propia decisión, ejecuta actos de poseedor. La sanción de la referida norma quedaría reducida, entonces, al mero tenedor que, dándose por dueño, oculta los actos posesorios a quien tiene derecho a oponerse (quien lo colocó en la mera tenencia)

En consecuencia, para Belmar, el único caso de posesión inútil sería el del mero tenedor que, dándose por dueño, ejecuta actos posesorios con clandestinidad.

No nos parece fácil distinguir cuándo y cómo un mero tenedor se convierte en poseedor por propia decisión. Es obvio que ello sucedería al ejecutar actos posesorios, pero es extremadamente difícil determinar si dichos actos constituyen un abuso del mero tenedor o si son expresión de una determinación interna en orden a comportarse como dueño (vale decir, como poseedor). Recordemos, además, que el artículo 730 inciso 2º del Código Civil –que Belmar justifica porque se refiere a los bienes raíces- establece que si el mero tenedor usurpa la cosa, dándose por dueño, no adquiere la posesión del inmueble inscrito ni pone fin a la posesión anterior, salvo que la enajene a su propio nombre y el adquirente obtenga inscripción a su favor. En este caso, queda de manifiesto el propósito del legislador de mantener al mero tenedor como tal, aun cuando un tercero que adquiere de él, pueda llegar a ser poseedor.

La recta interpretación del artículo 2510 regla tercera del Código Civil, es otra. La ley se ha puesto en el caso de que un mero tenedor, dándose por dueño, mantenga la cosa en su poder durante diez años. Si tal ocurre, puede invocar la prescripción adquisitiva en su favor, siempre que concurren tres requisitos: a) que no haya reconocido dominio ajeno ni expresa ni tácitamente durante los últimos diez años; b) que su posesión no haya sido interrumpida; c) que no haya empleado la fuerza para mantener la cosa en su poder no haya ejecutado los actos posesorios ocultándolos a quien tiene derecho a oponerse. Nótese que la ley habla de que no haya reconocimiento del dominio ajeno “en los últimos diez años”, de lo cual se sigue que la cosa puede haber estado muchísimo mas tiempo en poder del mero tenedor, pero deben haber transcurrido a los menos diez años desde que ejecuta actos propios de poseedor. Los vicios de clandestinidad y fuerza están referidos a este período, lo cual indica claramente que la fuerza no ha debido emplearse para mantener la cosa en poder del mero tenedor, transformado por decisión propia en poseedor. Si el mero tenedor, para mantener bajo su control la cosa, ha recurrido a la fuerza, la ley lo considera poseedor violento y lo inhabilita para prescribir. Lo mismo sucede cuando los actos posesorios se ocultan al que tiene derecho a oponerse.

De todo lo cual se colige que el artículo 2510 regla tercero, número dos, no hace mas que remitirse a los principios generales, conforme a los cuales el poseedor vicioso no puede ganar el dominio de la cosa por medio de la usucapión. Es más, el artículo 2510 del Código Civil es la disposición mas liberal y excepcional de este cuerpo legal en materia posesoria. El hace posible que la usucapión alcance, incluso, al mero tenedor. Esto explica que haya sido necesario agregar expresamente que sus beneficios no alcanzan jamás a los poseedores viciosos.

4. Por último, el argumento de Belmar en cuanto a que la ley sanciona con nulidad relativa la fuerza y el dolo, no es convincente. Tanto la fuerza como el dolo son vicios del consentimiento. En ellos, hay voluntad para realizar el acto jurídico, pero esta voluntad se manifiesta como consecuencia de amenazas o de la inducción al engaño. En ambos casos, a lo menos, hay un germen de voluntad, la aceptación tácita de la víctima de un resultado que en condiciones normales no habría admitido. Por lo mismo, el consentimiento está viciado y la ley invalida el acto restituyendo a las partes a la misma situación en que se hallaban antes de su celebración.

En la posesión violenta no hay consentimiento del dueño, hay sólo violencia, imposición bruta; y en la clandestinidad el engaño no induce a la voluntad a manifestarse en ningún sentido, sino que a dejar de obrar por desconocimiento. No pueden, por lo mismo, asimilarse ambas situaciones. Hay, entonces, diferencias importantes entre los vicios del consentimiento y los vicios de la posesión, que, como miran a su esencia, no pueden comprarse ni asimilarse.

Hasta aquí el análisis de los planteamientos de Belmar.

Por lo tanto, Pablo Rodríguez sostiene que existen las posesiones inútiles en el Código Civil y éstas son las posesiones viciosas. A su juicio las posesiones viciosas no conducen a la adquisición del dominio por la prescripción adquisitiva. Pero advierte que entre la posesión violenta y la posesión clandestina existe una diferencia esencial. Mientras la violenta es posesión de mala fe y viciosa erga omnes, o sea, respecto del dueño, del poseedor, del mero tenedor y

de toda la comunidad, la posesión clandestina puede ser de buena fe (porque no se tiene dolo al iniciarse), limitándose el vicio, exclusivamente, a las personas afectadas, esto es, a quienes tenían derecho a oponerse a la misma. En otras palabras una es siempre irregular y absoluta, la otra puede ser regular o irregular y es siempre relativa.

¿Qué quiere decir esto aplicándolo a los efectos de las posesiones viciosas?

Que la posesión violenta, al ser la fuerza un vicio perpetuo, que no mejora su condición de manera alguna, es, por lo tanto, inútil, perenne. El poseedor violento no llegará nunca al dominio a través de la prescripción.

En cambio, la posesión clandestina es temporal. La clandestinidad supone el ocultamiento actual al que tiene derecho a oponerse. De manera que si se hace ostensible, deja de ser clandestina. Por lo tanto, señala Rodríguez, la clandestinidad constituye una verdadero causal de suspensión de la prescripción, porque su efecto es descontar el tiempo durante el cual la cosa se mantiene oculta de aquellas personas que tenían derecho a oponerse. ¿Qué ocurre con el tiempo de posesión ostensible anterior? La ley nada dice sobre esta materia. Pero, a su juicio, no cabe duda de que el poseedor ostensible que posteriormente oculta la cosa, no pierde el tiempo de posesión ostensible, pero la prescripción se suspende mientras la cosa permanece oculta.

Agrega que lo que interesa es que el verdadero dueño o el poseedor con mejor derecho disponga de todo el plazo de prescripción para interrumpirla y ello se consigue sumando la posesión ostensible anterior con la posesión ostensible posterior, en caso de que entre ambas haya mediado clandestinidad.

Concordamos con el hecho de que al otorgarle a la posesión clandestina el efecto de suspender la prescripción favorece al dueño o al poseedor de mejor derecho. Pero en cuanto al hecho de que no se pierde el tiempo de posesión ostensible anterior, no vemos de que manera esto puede favorecer al dueño o poseedor de mejor derecho. Muy por el contrario, sumando el tiempo de posesión

ostensible anterior con la posesión ostensible posterior al ocultamiento, lo que se logra que es el poseedor clandestino cuente con un mayor tiempo de posesión y, consecuentemente, se encuentre más cerca de la prescripción. A mayor abundamiento, como se ha reiterado, el poseedor clandestino puede ser un poseedor regular y, además, que la clandestinidad es un vicio prácticamente exclusivo de los bienes muebles, en cuyo caso el plazo de prescripción va a ser de 2 años de posesión. Por ende, si se le permite abonar el tiempo de posesión ostensible anterior existe una mayor probabilidad de que haya adquirido el dominio de la cosa. Y el verdadero dueño o poseedor de mejor derecho, al interrumpir civilmente la prescripción, podrían encontrarse con que se haya completado el tiempo necesario para que operara la prescripción, lo que, en modo alguno, los beneficia. En esta oportunidad no estamos cuestionando la solución del autor, sino simplemente la manera en que ésta ha sido planteada. Reiterando, entonces, que el no perder el tiempo de posesión pública anterior al ocultamiento no beneficia ni al dueño, ni al poseedor de mejor derecho; por el contrario, beneficia al poseedor clandestino, que pudiendo adquirir el dominio por prescripción, tendrá a su favor un tiempo mayor de posesión.

Siguiendo con las características de la posesión clandestina, vicio temporal y relativo, confirmando que la clandestinidad se trata de un vicio relativo, Pablo Rodríguez se hace cargo de la siguiente situación: ¿Qué sucede en el evento de que el poseedor clandestino alegue y obtenga que se declare la prescripción adquisitiva contra una persona que no sea de aquellas a las cuales se les ocultó la posesión y que tenían derecho a oponerse a ella?

Al respecto señala que se deben tener presente dos cosas:

- Que la sentencia que declara la prescripción es de efecto relativo, de modo que sólo puede oponerse la cosa juzgada al que fue contraparte en el juicio de dominio respectivo; y
- Que la sentencia no puede afectar los derechos de aquellos a quienes se les ha ocultado la posesión. Hay un principio jurídico inconcuso, según el cual “al impedido de actuar no le corre plazo”.

Si la posesión no ha sido conocida por quien podría impugnarla para recuperar la cosa, el plazo a su respecto no puede haber corrido, generando una verdadera suspensión por el lapso de tiempo en que se mantuvo el ocultamiento.

4. Opinión de don Víctor Vial.

Don Víctor Vial del Río postula interpretaciones bastante innovadoras en lo que al derecho de los bienes respecta. Es, al igual que Pablo Rodríguez, partidario de la inutilidad de las posesiones viciosas, pero con un enfoque y un alcance distinto.

En esta materia señala:³²

La clasificación que distingue entre posesión útil e inútil encuentra asidero en el Código Civil, pues de diversas disposiciones se desprende que no basta el mero hecho de la posesión para adquirir el dominio por la prescripción adquisitiva. No todo poseedor puede llegar a ser dueño por prescripción, de lo que se infiere que la posesión, en este caso será inútil.

Pero en cuanto a su alcance, sostiene, que no toda posesión viciosa es una posesión inútil, posesión viciosa no es sinónimo de posesión inútil. Por el contrario, el concepto de posesión inútil es mucho más amplio y sostiene que la posesión que no lleva a adquirir el dominio por prescripción es aquella que no va aparejada del ejercicio de actos posesorios, es decir, de actos positivos que sólo hubiera tenido derecho a ejecutar el dueño, y que para prescribir debe necesariamente efectuar el poseedor sin pedir el consentimiento o autorización de aquel.

Su interpretación se funda en un hecho indiscutido: que la prescripción supone como elementos esenciales, por una parte, la inactividad e indiferencia del dueño; y, por otra, la actividad del prescribiente, lo que significa que el poseedor no puede limitarse a tener la cosa en su poder con el ánimo de señor y dueño que

³² VIAL Víctor, Op. Cit., pp 93 y siguientes.

presume la ley en el título posesorio, sino que es indispensable que manifieste o exteriorice la voluntad o intención de dueño a través de la ejecución de aquellos actos que sólo el dueño hubiera podido ejecutar. Precisamente tales actos externos y ostensibles son los que permiten a quien pueda oponerse a la prescripción advertir o enterarse de que otra persona posee la cosa y revertir esta situación. Si el poseedor se comporta como si fuera dueño de la cosa y el verdadero dueño no se opone, resulta lógico que la ley privilegie al primero, dándole la posibilidad de adquirir el dominio por prescripción, y que castigue al segundo con la extinción de su derecho de dominio.

La interpretación que postula, en el sentido que la ejecución de actos posesorios es de la esencia de la prescripción, a su juicio, se ve corroborada por lo dispuesto por el N° 1 del artículo 2502, que considera interrupción natural de la prescripción, *“cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios”*

Con mayor razón aun, si el poseedor no ejecuta actos posesorios, no exterioriza su ánimo, no tiene lugar la institución de la prescripción, por lo que su posesión será inútil.

Otro fundamento para la tesis que sustenta se encuentra en el artículo 894 del Código Civil, que establece el tipo de acción reivindicatoria al que la doctrina llama acción publiciana. Dice el artículo: *“Se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción”*, de lo que se infiere que quien entabla esta especie de acción reivindicatoria debe cumplir dos requisitos: haber sido poseedor regular de la cosa cuya posesión perdió; y haberse encontrado en el caso de poderla ganar por prescripción. Este último requisito estaría absolutamente de más si toda posesión y, con mayor razón la posesión regular, que por su mejor calidad es la que privilegia la ley, fuera útil, en el sentido que llevara a prescribir.

En cambio, el requisito en análisis es plenamente concordante con el principio de que no todas las posesiones son útiles, y que no todo poseedor,

aunque sea regular, se halla en el caso de poder ganar la cosa por prescripción. Sólo el poseedor que ha ejercido actos posesorios se halla en el caso de poder ganar el dominio por prescripción.

Cabe hacer presente que la referencia al poseedor que se halla en el caso de ganar el dominio por prescripción ha sido objeto de especial reflexión por la doctrina nacional, dudosa del alcance que corresponde atribuirle. Se ha dicho por algunos que tiene tal calidad el poseedor que habiendo tenido la cosa por el tiempo que establece la ley para ganar su dominio por prescripción, no ha obtenido, sin embargo, la sentencia judicial que declare la prescripción en su favor; lo que otros refutan argumentando que desde el momento que se cumple el tiempo de prescripción, el poseedor adquiere el dominio, pasa a ser dueño, limitándose la sentencia a declarar o reconocer un dominio ya existente, por lo que ya no es un poseedor que se “halla en el caso de ganar el dominio por prescripción”, sino que es dueño. Otros, por su parte, opinan que no se halla en tal caso el poseedor clandestino. En verdad, el alcance que hay que dar a las palabras mencionadas constituye un tradicional obstáculo que no ha podido superar satisfactoriamente la doctrina y plantea que su interpretación puede ayudar a aclarar el verdadero sentido de la norma.

Estima, por otra parte, que sirven como sustento para nuestra tesis el artículo 925 del Código Civil, relativo a la prueba de la posesión de los bienes raíces. Según este artículo: *“Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el conocimiento del que disputa la posesión”*. El artículo 925 guarda perfecta armonía con el principio básico que sustenta a la institución de la prescripción adquisitiva: por una parte, inacción o indiferencia del dueño; y, por otra, actos posesorios del prescribiente, pero con un agregado que estima indispensable y que constituye otro de los requisitos indispensables de la prescripción: ejecutados sin ocultarlos a la persona que tiene derecho a oponerse a ellos.

Dicho que las posesiones inútiles son aquellas que no van aparejadas al ejercicio de actos posesorios, cabe preguntarse si las posesiones viciosas son inútiles para prescribir, asumiendo que el poseedor violento o el clandestino ejecuten actos posesorios.

Al respecto cree que la posesión clandestina no puede llevar a prescribir porque, precisamente el ocultamiento de la posesión es que impide al dueño revertir la situación ejerciendo las acciones legales que le competen. Falta, en consecuencia, uno de los requisitos de la prescripción, el ejercicio de actos posesorios que sean visibles o manifiestos para el dueño o para quien tenga derecho para oponerse a ellos. Resulta, además, incomprensible, desde el punto de vista jurídico que esta posesión hipócrita, sea protegida o favorecida con la prescripción y deje al poseedor en una situación privilegiada frente al dueño, más si se considera que el poseedor ha actuado con dolo, consistente en engañar al dueño sobre la naturaleza de la relación jurídica que el primero tiene sobre la cosa.

En cambio, no ve que estas consideraciones sean valederas para estimar inútil la posesión violenta. En efecto, si el poseedor que adquirió la posesión con violencia, ejerce, no obstante, actos posesorios, sin ocultarlo a quien pueda oponerse a la posesión, en términos tales que esta posesión pública o visible para cualquiera persona puede ser atacada por el dueño, no faltaría el requisito que respecto del ejercicio de actos posesorios supone toda prescripción. Por lo tanto, bajo esta perspectiva la posesión del que la adquiere con fuerza es útil.

Sin embargo, agrega que bajo un enfoque distinto se puede llegar al efecto contrario (que es inútil). Con el razonamiento que el poseedor violento no tiene, en verdad, un título posesorio para fundamentar la posesión, ya que el antecedente de la posesión es la violencia, que no constituye el medio legítimo para adquirir el dominio que supone el título justo ni tampoco la apariencia de legitimidad que debe tener el título injusto, no cabe sino concluir que no tiene jurídicamente la calidad de poseedor, y que sólo la tiene en el hecho, sin título que

la justifique. En estricto derecho el así llamado “poseedor” violento no es más que un mero detentador de la cosa que la ley no puede considerar poseedor ni digno de acogerse a la ventajas o beneficios de la posesión.

Sostiene, por consiguiente, que sólo puede considerársele –en principio- bajo la situación prevista en la regla 3ª del artículo 2510, que permite excepcionalmente y bajo circunstancias muy calificadas, que quien inicialmente no tenía la calidad de poseedor, pueda adquirir el dominio por prescripción, pero siempre que tenga un título posesorio posterior al de la nueva tenencia. Sin embargo, uno de los requisitos que establece la regla tercera es que quien alegue la prescripción debe haber ejercido actos posesorios en los últimos diez años, sin violencia, ni clandestinidad, ni interrupción, con lo que la disposición excepcional no puede aplicarse al que adquirió la posesión con violencia, pues ésta “tiñe” o contamina para siempre su relación con la cosa y bajo ningún respecto podrá llegar a ser dueño de la misma.

Hasta aquí los planteamientos de Vial que postulan una nueva interpretación acerca de los efectos y la inutilidad de las posesiones viciosas.

Como se desprende de lo recién señalado, el autor basa su interpretación en los principios de la prescripción adquisitiva y, por lo mismo, es innovadora. Es de masivo conocimiento que una de las bases de la prescripción adquisitiva es el ejercicio de actos posesorios y que, consecuencia de ello, la ley ha reglamentado una institución exclusiva para el evento en que éstos actos no puedan ejercerse, la interrupción natural de la prescripción. Toda vez que el poseedor se vea impedido de ejecutar actos posesorios su prescripción se interrumpe y esto puede acarrear; sea el no sumar o agregar el tiempo durante el cual se encuentra interrumpida, sea para hacer perder al prescribiente todo el tiempo que llevaba acumulado de posesión. Se colige que, en ambos casos, atenta y dificulta la adquisición del dominio y, en ese sentido, hace a la posesión inútil para prescribir.

CONCLUSIONES

Nuestro Código Civil, desde artículo 709 al 713, regula las posesiones viciosas, que pueden ser violentas o clandestinas. Dicha regulación se efectuó con independencia de la posesión regular o irregular, modificando en este sentido el Proyecto de 1853 para el cual las posesiones viciosas constituían una clasificación de la posesión natural (hoy irregular).

Tanto la posesión violenta como la clandestina comparten la característica de ser viciosas, ambas adolecen de un vicio: la fuerza y el dolo respectivamente. Pero dichos vicios son diferentes en cuanto a sus características y a los efectos que producen.

Al respecto, en nuestra opinión, la violencia es un vicio perpetuo. Creemos que la posesión violenta, al adquirirse por medio de la fuerza, queda indefinidamente contaminada con el vicio y, a consecuencia de ello, no deja de ser violenta por el hecho de haber cesado la fuerza. A nuestro juicio, el mismo argumento dado por algunos autores para sostener que se trata de un vicio temporal, sirve para sustentar la tesis contraria. Nos referimos al hecho de que los actos de fuerza por su propia naturaleza son de duración limitada; teniendo presente que estos deben utilizarse para adquirir la posesión, es muy probable que una vez adquirida los actos de fuerza cesen y, en este sentido ¿qué efecto produciría la posesión violenta? Prácticamente ninguno. Dicho en otras palabras, si para ser violenta la posesión la fuerza debe ejercerse al momento de su adquisición y si una vez adquirida los actos de fuerza cesan, la violencia no produciría ningún efecto. No parece lógico que el Código Civil haya regulado detalladamente un tipo de posesión para que no produzca efecto alguno.

En cuanto a si la violencia es un vicio absoluto o relativo, es más complejo dar una solución. Al respecto, si comparáramos el tratamiento que ha dado el legislador en la fuerza como vicio de la voluntad podríamos sostener que se trata de un vicio relativo, ya que el titular de la acción de nulidad relativa es aquel en cuyo beneficio la ha establecido la ley y, en el caso de la fuerza, es sólo la víctima de la fuerza. Pero también se debe tener presente que la situación del

poseedor violento se asemeja, en la mayoría de los casos, a la del ladrón. Y en ese sentido parecen muy razonables los planteamientos de Pablo Rodríguez en orden a considerar a la violencia un vicio absoluto que afecta a la comunidad toda y que, por lo mismo, podrá ser alegado por cualquier persona. Considerando que el ladrón para nuestro Código Civil es considerado como un poseedor, aunque violento, parece social y moralmente necesario concluir que la violencia es un vicio absoluto.

En cambio, no existe duda de que la clandestinidad constituye un vicio temporal y relativo.

Ahora bien, el objetivo central de este trabajo era determinar si las posesiones viciosas permitían al poseedor llegar al dominio por medio de la prescripción adquisitiva. Como se ha reiterado, nuestro Código Civil no contiene ninguna norma que señale algo al respecto, no lo niega pero tampoco lo permite. Creemos que sostener que las posesiones viciosas son útiles para prescribir por el sólo hecho de que no exista ninguna disposición legal que no lo permita, no es fundamento ni razón suficiente para llegar a esa conclusión. Y esto se aplica a cualquier ámbito o rama del Derecho, es labor del intérprete estudiar las normas pertinentes para poder llegar a una conclusión y a una solución; por lo mismo también el legislador otorgó las normas de interpretación de la ley. Y en este sentido, encontramos argumentos determinantes para sostener que las posesiones viciosas son inútiles para prescribir. Un vicio importa un defecto o una mala calidad y si las posesiones viciosas permitieran llegar al dominio por la prescripción, ese defecto o mala calidad prácticamente carecería de importancia. Concordamos con que no parece lógico que el legislador haya reglamentado en detalle los vicios de que puede adolecer la posesión para el sólo efecto de restringirle sus medios de defensa. En el capítulo anterior tratamos todos los argumentos que entrega don Pablo Rodríguez para sostener la inutilidad de las posesiones viciosas y todos ellos demuestran que la intención del legislador era que las posesiones viciosas no ponían al poseedor en el camino de la prescripción. Dentro de ellos encontramos decisivo el hecho de que las

posiciones viciosas se separaran de la posesión irregular: en el Proyecto de 1853 la posesión se clasificaba en civil y natural y dentro de la posesión natural se encontraban las posesiones viciosas; sólo la posesión civil permitía al poseedor llegar al dominio por la prescripción adquisitiva; esto se modificó y la posesión civil pasó a denominarse posesión regular y la posesión natural a irregular; y ahora ambas, tanto regular como irregular, permiten al poseedor llegar al dominio por la prescripción, pero separó a las posesiones viciosas de la posesión irregular pasando a ser una clasificación distinta de la posesión. Si el legislador hubiese querido que las posesiones viciosas fuesen útiles para prescribir ¿para qué las separó de la posesión irregular? Creemos que la intención del legislador es clara: lo hizo precisamente para impedir que el poseedor vicioso pudiese consolidar su posesión en dominio a través de la prescripción. Porque, además, esa siempre fue su intención al considerar que la posesión natural era inútil para prescribir. Al permitir que la posesión irregular pudiese servir para usucapir, el legislador se vio en la necesidad de separar de ella a las posesiones viciosas y, a nuestro juicio, para que no fuesen útiles para prescribir. Lo mismo se desprende del Mensaje, que si bien comete errores dadas las modificaciones que sufrió el Proyecto en esta materia, queda manifiesta la voluntad de que las posesiones viciosas no permiten llegar al dominio. A esto, evidentemente, se deben agregar los demás argumentos que se han estudiado y que creemos no es necesario volver a repetir.

Establecida la inutilidad de las posesiones viciosas, es ahora menester hacer presente las diferencias entre la posesión violenta y la clandestina.

La posesión violenta, al tratarse la fuerza de un vicio absoluto, no podrá nunca llegar al dominio por la prescripción adquisitiva.

Pero la situación es distinta respecto de la posesión clandestina. La clandestinidad es un vicio temporal, la posesión sólo es viciosa mientras ésta se encuentra ocultándola o escondiéndola de los que tienen derecho a oponerse a ella. Por lo mismo, sólo es inútil mientras permanece oculta y una vez que ésta se hace pública si permite al poseedor llegar al dominio por la prescripción. Así concluimos que la posesión clandestina es inútil mientras permanece oculta y

durante ese periodo se produce la interrupción de la prescripción, una interrupción natural de primera especie, puesto que el poseedor, aunque la posesión no ha pasado a otras manos, no ejecuta actos posesorios. Y la interrupción natural de la primera especie, como señala el artículo 2502 inciso final del Código Civil “*no produce otro efecto que el de descontarse su duración*”. Por lo tanto, todo el tiempo que la posesión se encuentre oculta no servirá al poseedor para adquirir por prescripción, pero le será útil para prescribir todo el tiempo que haya tenido de posesión ostensible, sea ésta anterior o posterior al ocultamiento.

Finalmente, concluimos que la posesión violenta representa una situación más grave que la posesión clandestina. El empleo de la fuerza es más reprochable que el dolo posesorio que, como se dijo, puede ser muy sutil en materia posesoria toda vez que la posesión puede ser pública respecto de la comunidad toda y sólo ocultarla de la persona que tiene derecho a oponerse a ella. Y al constituir la fuerza una situación más grave, esto altera el alcance y los efectos de dicha posesión. En este sentido concordamos con los autores en que mal puede llamarse poseedor a quien ha adquirido la posesión por medio de la fuerza, cuyo título posesorio será la fuerza misma. Más que poseedor nos encontramos frente a un nudo detentador de la cosa que se encuentra en su poder. Pero dado que nuestra legislación lo considera poseedor, conviene extremar la rigurosidad de los efectos y alcances de dicha posesión.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. Tratado de los Derechos Reales. Tomo I. 5ª. Ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1993. 452 p.

BARCIA, Rodrigo. Lecciones de Derecho Civil Chileno, De los bienes. Tomo IV. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2008. 214 p.

CLARO Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. 2ª.ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1995. 403 p.

ORREGO, Juan Andrés. Los bienes. Santiago, Chile, [Fecha de consulta 15-Septiembre-2014]. Disponible en < <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/>>

PEÑAILILLO, Daniel. Los bienes, La propiedad y otros derechos reales. 4ª.ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2006. 259 p.

RODRÍGUEZ, Pablo. De las posesiones inútiles en la legislación chilena. 2ª. ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1995. 209 p.

ROZAS, Fernando. Los Bienes. Santiago, Chile: Jurídica Conosur Ltda., 1998. 469 p.

VIAL, Víctor. La tradición y la Prescripción Adquisitiva como Modo de Adquirir el Dominio. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1999. 208 p.