



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

La Posesión de derechos en el Código Civil chileno

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumno

Ricardo Simón Viteri Montaldo

Profesor Guía

Nicolás Stitchkin López

Santiago, Chile

2014

“No se puede desatar un nudo sin saber cómo está hecho”

(Aristóteles, Metafísica)

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I LOS DERECHOS COMO COSAS INCORPORALES	6
Título I Origen del Concepto de cosa incorporal.....	6
§1. Historia de las cosas incorporales.....	6
§2. Las cosas incorporales en el ordenamiento jurídico chileno	21
Título II Ámbito de aplicación de la categoría de cosa incorporal.....	27
§1. Cosas incorporales y derechos extrapatrimoniales	28
§2. Cosas incorporales y cosas inmateriales	45
§3. Las cosas incorporales y la corporificación de derechos	54
Título III Crítica al concepto de cosa incorporal.....	59
CAPÍTULO II CONCEPTO DE POSESIÓN DE DERECHOS.....	71
Título I Origen y evolución de la posesión de cosas incorporales	71
§1. Historia de la posesión de cosas incorporales	71
§2. Posesión de derechos en el Código Civil chileno.....	83
Título II Marco teórico del estudio de la posesión de derechos	91

§1. Estructura general de la posesión en el Código Civil	91
§2. Aspectos configurativos conceptuales de la posesión de derechos	109
Título III Teorías en torno a la posesión de derechos	115
§1. Teoría de la cuasiposesión	115
§2. Teoría de la posesión de derechos	126
Título IV Noción unitaria de posesión	158
CAPÍTULO III ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA POSESIÓN DE DERECHOS	
.....	174
Título I Antecedentes generales	174
Título II Posesión de derechos patrimoniales	176
§1. Posesión de derechos reales	176
§2. Posesión de derechos personales	190
A. Postura en contra de la poseibilidad de derechos personales	190
B. Postura a favor de la poseibilidad de derechos personales	216
Título III Posesión de derechos extrapatrimoniales	241
CONCLUSIONES	253
BIBLIOGRAFÍA	257

RESUMEN

Este trabajo trata de forma analítica la posesión de derechos regulada en el Código Civil chileno, dilucidando las principales dificultades teóricas que presenta este tema para la doctrina nacional y comparada, en cuanto a la amplitud del concepto de cosa incorporal para el ordenamiento jurídico civil, la conformación de un concepto de posesión de derechos, con sus características y rasgos esenciales, y finalmente la susceptibilidad de posesión de cada categoría de derecho a la luz de los argumentos que se exponen en ella.

Se busca, en primer lugar, y al alero del análisis histórico y reinterpretación de la clasificación de las cosas en corporales e incorporales, establecer aquellos derechos que pueden ser categorizados como cosas incorporales. Ello permite dilucidar no solo la construcción teórica de la posesión de derechos (capítulo II), sino también el ámbito de aplicación de ella (capítulo III). En segundo lugar, y habiéndose realizado el estudio de la posesión en general, se expondrán las dos teorías explicativas del fenómeno de la posesión de derechos, con cada uno de sus elementos característicos y las críticas que se les puedan formular al efecto.

Finalmente, habiendo establecido el marco conceptual de la posesión de derechos, buscará este trabajo responder la pregunta más relevante planteada en la doctrina, a saber, la referida a aquellos derechos susceptibles de posesión, exponiendo al efecto los criterios de inclusión y exclusión de cada uno de ellos.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, versa sobre el tratamiento conceptual y alcance de la posesión de derechos en nuestro ordenamiento jurídico, y en particular en el Código Civil chileno. Para ello, este trabajo pretende ofrecer respuesta a tres interrogantes principales, a saber, (i) qué tipo de derechos pueden ser considerados como cosas incorporales, a la luz de las disposiciones normativas civiles en la materia, (ii) cuál es el concepto de posesión de derechos, y las consecuencias teóricas y prácticas de su aplicación, y (iii) el alcance de la posesión de derechos, en cuanto al objeto de la misma, y referida a la clase de derechos que pueden ser susceptibles de ella.

El inicio de este análisis se fundamenta en lo preceptuado en el artículo 715 del Código Civil, que al tratar de la posesión y sus diversas calidades, señala que “[l]a posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal”. Esta disposición se encuentra reforzada con lo afirmado en el Mensaje del Código Civil, en el que se indica a propósito de la posesión de derechos reales distintos del dominio, que “*como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de*

un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee sólo el usufructo de ella, que es un derecho real y por lo tanto susceptible de posesión”.

De esta forma, nuestro legislador reconoce la posibilidad de que los derechos puedan ser objeto de posesión, señalando además que dicha posesión tendrá las mismas características, calidades y vicios que la posesión de cosas corporales.

Sin embargo, nada se ha señalado respecto de la forma concreta en que dicha disposición se aplica a la posesión de derechos. Menos aún, no existen atisbos de un concepto propio de posesión de derechos más allá de lo reseñado en el inciso 1º del artículo 700 del Código Civil, el que *a priori* pareciera no ser inclusivo de éste. Tampoco se haya tratada sistemáticamente en la doctrina nacional, ni reseñada en nuestra jurisprudencia. Esta omisión, voluntaria o involuntaria, es el conflicto esencial que se intentará analizar y responder a lo largo del presente trabajo.

De esta manera, el tratamiento de cada una de las interrogantes formuladas anteriormente, y que serán tratadas en cada capítulo de este trabajo, obedece a la fórmula anotada de Aristóteles, en el sentido de indagar

acerca de cada uno de los elementos configurativos del problema, para impetrar el análisis correspondiente y encontrar la solución adecuada. Así, el primer capítulo versará sobre los antecedentes de las cosas incorporales, analizando su origen histórico y el desarrollo jurídico efectuado en la época del Derecho Romano, para luego estudiar el ámbito de aplicación de la categoría de cosas incorporales a diversas clases de derechos, en particular a los de orden extrapatrimonial. Adicionalmente, se ofrece un análisis sistémico de la categorización de las cosas, confrontando en ella a las corporales, incorporales e inmateriales o intelectuales. Finaliza este capítulo con un recuento de las críticas doctrinarias formuladas a la categoría de cosas incorporales, con sus respectivas respuestas.

En el segundo capítulo se dará estudio al alcance conceptual de la posesión de derechos, indicando en primer lugar un recuento histórico y legislativo de la posesión de derechos, analizando el origen del concepto de cuasiposesión en el Derecho Romano, y su evolución en la época de los Glosadores, en el periodo de codificación de Francia y su recepción en nuestro ordenamiento jurídico. Luego, se tratará acerca de los principales aspectos estructurales de la posesión en general y que afectan directamente la conformación de una teoría sobre la posesión de derechos, tales como el concepto de posesión, los elementos que concurren en ella, su naturaleza

jurídica y conceptual, el análisis de las ventajas de la posesión de derechos y su relación con el dominio o propiedad.

La exposición continuará con las diversas teorías que se han elaborado en torno al concepto mismo de posesión de derechos y los fundamentos de cada una de ellas, su pertinencia y su aplicación a nuestro ordenamiento jurídico. Como se verá, existen dos posturas claras en la materia: la primera de ellas, que hemos denominado como Teoría de la cuasiposesión de derechos, y según la cual existe *stricto sensu* una cuasiposesión de los derechos, vale decir, un tipo de tenencia de los derechos que no alcanza a cumplir con todos los requisitos necesarios para ser calificada como posesión propiamente tal, pero que ella se adquiere y ejercita en la medida en que se adquiera y ejercite algún grado de tenencia de una cosa corporal. En segundo lugar, esbozaremos los lineamientos de la Teoría de la posesión de derechos, por la cual se reconoce a la posesión de derechos como el ejercicio típico del contenido de un derecho, sin limitación en la existencia de una cosa corporal en la que dicha actividad deba recaer. Finalizaremos el capítulo tratando acerca de la posibilidad de establecer una noción unitaria de posesión en nuestro Código Civil, a la luz de los resultados obtenidos en la exposición teórico conceptual de precedente.

En el capítulo tercero discurriremos acerca del alcance de la posesión de derechos, y que dice relación con las cosas que son susceptibles de ella. Merece un tratamiento especial, consistente y apartado, toda vez que las principales discusiones que se generan en torno a la posesión de derechos se plantean en esta sede, permitiendo su análisis acabado una mejor comprensión de esta institución. Al efecto, se analizará apartadamente qué derechos pueden ser objeto de posesión, e interesa observar si acaso es posible una posesión de derechos de forma amplia, que abarque tanto a los derechos reales y personales, como también a aquellos derechos denominados extrapatrimoniales; o bien si ésta se restringe a cierta clase de derechos subjetivos, en particular a los derechos reales, como tradicionalmente se ha sostenido. El conocimiento y análisis de las distintas posturas que se han hecho valer en esta materia, y la opción que nuestro legislador ha tomado en consideración al momento de regularla, permitirán comprender acabadamente la forma en la que la posesión de derechos puede ser entendida y aplicada a nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS COMO COSAS INCORPORALES

Título I

Origen del concepto de cosa incorporal

§1. Historia de las cosas incorporales

1. Origen filosófico del concepto de cosa incorporal. Desde la antigüedad se ha debatido acerca de la distinción entre lo corpóreo (*corporale*) y lo incorpóreo (*incorporale*)¹, concluyéndose en forma sucinta que lo primero es aquello que cae bajo los sentidos², resultado posteriormente que lo corpóreo es aquello que puede ser “tocado” en sentido amplio, esto es, percibido con cualquier sentido³.

¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho privado romano. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 430.

² GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 2006, p. 19.

³ BIONDI, Biondo. Los bienes. Barcelona, España, Editorial Bosch, 1961, p. 18.

Estas ideas, propias de la filosofía griega, fueron heredadas por los romanos, quienes al efecto afirmaban que ninguna cosa puede tocar o ser tocada a menos que sea un cuerpo⁴. De esta manera, se distingue entre lo corporal y lo incorporeal como parte de un mismo género (el “ser”), consistiendo la diferencia entre ambas especies la cualidad de tocar y ser tocado⁵.

La distinción entre lo corporal y lo incorporeal fue recibida por otras disciplinas del conocimiento, atendida la amplitud de la misma⁶. Así, en el área de la lógica, se indica que habrían dos géneros de definiciones, a saber, (i) uno relativo a las cosas que “son”, correspondientes a aquellas que pueden ser percibidas por los sentidos, y (ii) otras concernientes a las cosas que “no son”, pero que “se entienden”, que no pueden ser señaladas ni tocadas, pero que se perciben intelectualmente, siendo característico de éstas su carencia de cuerpo material. En el área de la retórica, en tanto, se indica que los derechos (*ius*) son cosas incorporeales, dado que no pueden ser aprehendidos con las manos⁷.

2. Las cosas incorporeales en el Derecho Romano clásico. La palabra *res* tiene en el lenguaje jurídico una triple significación. En primer lugar y en sentido

⁴ Vid. VILLEY, Michel. El derecho romano. Buenos Aires, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960 (traducción de Martha Lafitte de Juncal y Julio Angel Juncal), p. 37.

⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las cosas incorporeales en la doctrina y en el derecho positivo (2006), p. 22.

⁶ VILLEY, Michel. Op. Cit., p. 38.

⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las cosas incorporeales en la doctrina y en el derecho positivo (2006), p. 24; GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho privado romano (1996), p. 430.

estricto, denota una cosa corporal, físicamente delimitada y jurídicamente independiente. En segundo lugar y de forma más amplia, implica todo lo que puede ser objeto de un derecho. Incluso, existen ocasiones en que puede referirse al patrimonio concebido como un todo, esto es, un conjunto de cosas que tienen un valor pecuniario⁸.

En la época del Derecho Romano clásico existió una distinción entre cuerpos (*corporas*) y derechos (*iuras*), que en principio es asimilable a la distinción filosófica *corporale – incorporale*. Sin embargo, la utilización del concepto de cosa corporal (*res corporalis*) no hace presumir la existencia de una expresión lógicamente contradictoria, como sería el de cosa incorporal (*res incorporalis*) aplicada a los derechos (*iuras*), dado que se ocupa como un sinónimo de “cuerpo” (*corpus*) más que para definir un tipo de cosa⁹. La comparación entre el binomio jurídico *corpora – iura* y el binomio filosófico *corporale – incorporale*, implica *a priori* que al primero se lo podría hacer coincidir con el segundo, en el sentido de que cuerpo (*corpora*) correspondería a lo corpóreo (*corporale*), mientras que los derechos (*iuras*) corresponde a lo incorpóreo (*incorporale*).

⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho privado romano (1996), p. 429 y ss.

⁹ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo (2006), p. 27.

Con todo, el sentido en el que los juristas romanos ocupaban el término *iura* para contraponerlo al de *corpora* es distinto. Al efecto, el término *corpora* designaba a los objetos sensibles, lo que coincide con el concepto filosófico de *corporale*. Sin embargo, la expresión *iura* no alude a cualquier ser que carezca de la característica de corporeidad o tactibilidad, como supone la expresión filosófica *incorporale*; más bien, aquel se refiere a ciertas creaciones del derecho que, siendo incorporales (entendidas como carentes de tactibilidad), ofrecen además dos rasgos particulares, a saber, (i) su patrimonialidad, y (ii) la traficabilidad. De los objetos jurídicos que presentan estas características señaladas, vemos que se encuentran delimitados, puesto que corresponden a (i) los derechos reales, (ii) los derechos personales u obligaciones, y (iii) la herencia. En consecuencia, la expresión *iura* no tuvo el alcance sistémico pretendido, sino que se limitaba a designar ciertos elementos conformativos del patrimonio y que podían ser objeto de tráfico jurídico, las que eran en definitiva entidades jurídicas. Ello, contrapuesto a otro conjunto formativo del patrimonio que puede ser objeto de tráfico jurídico, constituido por objetos sensibles o tactibles, los que fueron denominados genéricamente con el término de *corpora*.

La distinción *corpora – iura* envuelve una contraposición aparente, dado que la funcionalidad de ella no es separar los conceptos indicados, sino describir en forma unitaria aquello que puede constituir un patrimonio y que está sujeto a traficabilidad jurídica. Vale decir, se trata de una relación

complementaria entre los *corpora* y los *iura*, en función de sus rasgos comunes de patrimonialidad y traficabilidad jurídica, y no de precisar su diferenciación u oposición en atención a su naturaleza o corporalidad que ofrece cada cual. En consecuencia, la distinción jurídica entre *corpora* – *iura* no dice relación con la distinción filosófica entre *corporale* – *incorporale*¹⁰.

Para los juristas romanos clásicos, el término filosófico *incorporale* fue utilizado en función explicativa para ciertas instituciones jurídicas. Así, para el jurista Paulo “las servidumbres de los predios rústicos, aunque accedan a los cuerpos, son, sin embargo, incorporales”¹¹. Con lo cual se quiere decir, que si bien este tipo de *iura* (las servidumbres) acceden a un ente corpóreo (los fundos dominante y sirviente), no dejan por ello de ser incorporales; sin embargo, y nuevamente, podemos observar que la utilización del término *incorporale* se hace para contraponerla al de *corporale* como característica inmanente de las cosas a las que acceden los derechos, y no como una categorización propiamente jurídica de ella. En este mismo sentido, se declara que “pueden ser poseídas las cosas que son corporales”¹², queriendo decir con ello que la posesión, como hecho físico de aprehensión y tenencia con el cuerpo y el entendimiento de dueño (*corpore et animo*), recaería sólo sobre cosas que son corporales (*quae sunt corporalia*), pero que ella misma no es

¹⁰ *Ibíd.*, p. 29.

¹¹ Dig. 8.1.14 pr.

¹² Dig. 41.2.3 pr.

algo corporal. En esta materia, el jurista Ulpiano declara que válidamente se acepta la posesión de los bienes aunque nada corporal haya en la herencia¹³, entendiéndose al efecto que esta “posesión de los bienes hereditarios” (*bonorum possessio*) corresponde a una situación sucesoria universal, independiente del contenido de ella, por lo cual no es extrapolable la característica de corporal a este tipo de posesión.

3. Las cosas incorpóreas según Gayo. La idea de tecnificar una aplicación concreta de la distinción filosófica entre *corporale* e *incorporale* para su utilización en la dogmática jurídica, se encuentra por primera vez en el jurista Gayo¹⁴. En efecto, declara en sus Institutas que “por lo demás, algunas cosas son corporales y algunas incorpóreas. Corporales, las que pueden ser tocadas, como un fundo, un esclavo, la vestimenta, el oro, la plata y en fin otras innumerables. Son incorpóreas las que no pueden ser tocadas, las cuales son aquellas que tienen su fundamento en el derecho, como la herencia, el usufructo, las obligaciones contraídas de cualquier manera”¹⁵.

En consecuencia, el criterio diferenciador corresponde a la tangibilidad o tactibilidad de las cosas de que se trate, distinguiéndolas entre cosas corporales

¹³ Dig. 37.1.3.1.

¹⁴ VILLEY, Michel. Op. Cit., p. 38.

¹⁵ SAMPER POLO, Francisco. Instituciones jurídicas de Gayo. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 90-93.

(*res corporales*) y cosas incorpóreas (*res incorporales*)¹⁶. Siendo las de la segunda categoría, esto es, las cosas incorpóreas, aquellas que tienen su fundamento en el derecho (*iure consistunt*), dado que son creaciones del derecho¹⁷, oponiéndose de esta manera a aquellas cosas que encuentran su fundamento en la naturaleza, vale decir, que no son creaciones del derecho¹⁸. Si bien Gayo señala que las cosas incorpóreas se fundan en el derecho (*iure consistunt*), no indicaría necesariamente que consisten en un derecho mismo (*in iure consistunt*); empero, y dada la enumeración utilizada por dicho jurista romano, resulta que aquellas corresponden siempre a derechos, desde una perspectiva dogmático jurídica¹⁹. Conclusión que, por cierto, resulta consistente con la distinción *corpora – iura* utilizada por los juristas romanos clásicos.

La operación de Gayo consistió, básicamente, en adoptar los conceptos filosóficos de *corporale – incorporale*, y aplicarlos a las nociones jurídico técnicas de *corpora – iura*, dado que aquellas resultaban perfectamente válidas para las nociones jurídicas, desde una perspectiva de la naturaleza táctil de éstas; en efecto, los *corpora* pueden ser tocados, mientras que los *iura* no pueden serlo. De esta manera, la identificación efectuada entre los *incorporale* con los *iura* deriva de la enumeración realizada por este jurista, y no de la

¹⁶ BIONDI, Biondo. Op. Cit., p. 45; EGAÑA, Manuel Simón. Bienes y derechos reales. Caracas, Venezuela, Editorial Criterio, 1964, volumen I, p. 67; GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho privado romano (1996), p. 429.

¹⁷ BIONDI, Biondo. Op. Cit., p. 19; EGAÑA, Manuel Simón. Op. Cit., p. 67.

¹⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo (2006), p. 32.

¹⁹ KASER, Max. Derecho privado romano. Madrid, España, Reus, 5ª edición, 1982, p. 87.

definición integrada por el elemento de la intangibilidad y el de tener fundamento en el derecho. Esta unificación queda de manifiesto con la utilización del término cosa (*res*) para la designación de los *corpora* y los *iura*, puesto que ya no se trataría de *corporale – incorporale* a secas, sino que de cosas corporales (*res corporales*) y de cosas incorpóreas (*res incorpóreas*), lo que implica que se estaría designando a un género mayor, consistente en las cosas (*res*).

Si analizamos cada elemento de los conceptos terminológicos utilizados por Gayo para la designación de las cosas corporales e incorpóreas, observamos que (i) en primer lugar, utiliza el término cosa (*res*) tanto para la designación de un género jurídico, esto es, aquellas cosas que contienen los caracteres de patrimonialidad y traficabilidad jurídica, esto es, aquello que los juristas romanos clásicos entendían en la (aparente) dicotomía *corpora – iura*; y (ii) enseguida, designa a las cosas (*res*) con un adjetivo, sea ellas corporales (*corporale*) o incorpóreas (*incorporale*), lo que implica la utilización de la terminología filosófica entre los seres que se pueden tocar y aquellos que no se pueden tocar, esto es, la (real) dicotomía *corporale – incorporale*.

4. Tecnificación jurídica de las cosas corporales según Gayo. En el pensamiento de Gayo, existen ciertos factores que determinan la tecnificación del concepto de cosa incorpórea (*res incorpórea*) y que pasaremos a revisar a

continuación, a saber, (i) el origen jurídico de las cosas incorpóreas, (ii) naturaleza jurídica real o personal del derecho, y (iii) taxatividad de las cosas incorpóreas. Todos estos elementos podemos describirlos como restricciones jurídicas al concepto de cosa incorpórea, en el sentido de determinar criterios a cumplir para que un *iura*, en el pensamiento de Gayo, pueda ser considerado como *res incorpórea*.

5. (a) Origen jurídico de la cosa incorpórea. La idea de que las cosas incorpóreas tienen su fundamento en el derecho (*in iure consistunt*), con lo cual queda fuera de dicho concepto todo aquello que, si bien tampoco puede ser tocado, no ha recibido su fundamento en el derecho. Así, muchas de las cosas que no pueden ser tocadas, y que en consecuencia desde la perspectiva filosófica pueden ser consideradas como cosas incorpóreas (carentes de cuerpo o materialidad), si son creaciones de la naturaleza, no serán consideradas como cosas incorpóreas en términos jurídicos, toda vez que éstas no serían creaciones del derecho. Esta es, en consecuencia, la primera restricción jurídica al concepto de cosa incorpórea, a saber, que ella debe consistir en un derecho.

6. (b) Naturaleza jurídica real o personal del derecho. Luego, la enumeración que Gayo efectúa al señalar en qué consisten las cosas incorpóreas, promueve una segunda restricción al concepto de cosa incorpórea en el ámbito jurídico, a

saber, que una cosa será incorporal para el derecho en la medida que se enmarque en alguna de las hipótesis planteadas por este jurista romano (la herencia, el usufructo, las servidumbres y las obligaciones). En consecuencia, resultaría que para que una cosa incorporal pueda ser considerada como tal por el derecho, no solo debe carecer de intangibilidad material y tener su fundamento en el derecho, sino que además debe ser enmarcada dentro de los derechos reales (herencia, usufructo, servidumbres, en la enumeración de Gayo) o de los derechos personales (obligaciones en general).

Al respecto, hay que observar que tradicionalmente no se incluye en la doctrina romana clásica al derecho real de dominio (*dominium*) dentro de la categoría de los derechos reales, y, en consecuencia, dentro de las cosas incorporales. Ello se explica en razón de que, en materia de reivindicación, lo que se intenta reivindicar cuando se habla del dominio no es el derecho en sí, sino la cosa misma sobre la que recae el dominio, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los derechos reales que son susceptibles de esta acción, puesto que lo que se vindica es el derecho mismo y no la cosa directamente. Dicho de otra manera, el dueño (titular del dominio) de una cosa no tiene un derecho sobre ella, sino que la cosa le pertenece directamente o potencialmente en plenitud, por lo que la palabra dominio (*dominium*) es un término técnico científico que no designa a un derecho en sí, sino a la situación de pertenencia de una cosa respecto de un sujeto. Esta conclusión, por cierto, no implica que el

dominium, en el entendimiento romano, no se trate de una situación de derecho, ya que se opone naturalmente a la posesión (*possessio*), entendida como una situación de hecho (*res facti*).

7. (c) Taxatividad de las cosas incorporeales. Finalmente, y en concordancia con el punto anterior, de la contraposición conceptual definida por Gayo, resulta que de la enumeración efectuada de las cosas corporales se desprende que hay otras tantas innumerables, mientras que para las cosas incorporeales no se indica que haya otras tantas en esa misma proporción. De lo cual puede deducirse que, respecto de éstas, la enumeración enunciada es taxativa, lo que implica una tercera restricción jurídica, a saber, que una cosa incorporeal para que sea considerada por el derecho como tal, no solo (i) tiene que ser intangible materialmente (restricción filosófica), (ii) tener su fundamento en el derecho (primera restricción jurídica), y (iii) estar enmarcada dentro de los derechos reales o de los derechos personales (segunda restricción jurídica), sino que adicionalmente (iv) todo lo que no se enmarque dentro de los derechos reales o personales, no puede ser considerado cosa corporal por el derecho (tercera restricción jurídica).

Así, muchos conceptos del derecho que pueden ser denominados como derechos (*iuras*), siendo intangibles materialmente y teniendo su fundamento en el derecho, al no enmarcarse en los parámetros de derechos reales o derechos

personales, no pueden ser considerados como cosas incorpóreas por la ciencia jurídica.

De lo descrito anteriormente, observamos que la novedad introducida por Gayo a la distinción clásica *corpora – iura* está en la aplicación del término cosa (*res*) a ella, indicando al efecto que existen “cosas” corpóreas (*“res” corpóreas*) y “cosas” incorpóreas (*“res” incorpóreas*), señalando además que éstas y aquellas pertenecen a un género mayor, a saber, el de las “cosas” (*res*)²⁰. Así, resulta inédito en la tradición jurídica romana la utilización del sustantivo “cosa” para designar a los derechos (*iuras*); sin embargo, la innovación es restringida al ámbito terminológico, toda vez que ya de la distinción clásica *corpora – iura* se desprendía que los derechos (*iuras*) tenían en común con los corpóreos (*corpora*) su patrimonialidad y traficabilidad jurídica. De esta forma, son estas dos características comunes las que permiten a Gayo incluir dentro del género “cosa” (*res*) a los corpóreos (*corpora*) y a los derechos (*iuras*).

8. Recepción y desarrollo de la doctrina gayana de la cosas incorpóreas.

Si bien la obra de Gayo pasó desapercibida durante la época clásica del derecho romano, su principal influencia se genera justamente en la época postclásica; así, es utilizada por Justiniano para la redacción de sus Instituciones y del Digesto. Al efecto, existen variados conceptos dentro de los

²⁰ BIONDI, Biondo. Op. Cit., p. 19.

textos bizantinos que son influencia directa de este jurista, como lo es la noción de derecho incorporal (*ius incorporale*), que si bien el término técnico utilizado por Gayo es el de cosa incorporal (*res incorporal*), los juristas postclásicos adoptaron aquel para contraponerlo al dominio (*dominium*), que era considerado como un derecho corporal (*ius corporale*) puesto que se identificaba éste con la cosa misma en la cual recaía²¹. Adicionalmente, los juristas postclásicos interpretan la clasificación gayana de las cosas incorporales de una forma sutilmente diversa; en efecto, en vez de decir que “[l]as cosas incorporales son las que no se pueden tocar, pues su consistencia proviene del derecho”, señalan en cambio que “[l]as cosas incorporales son las que no se pueden tocar, pues consisten en un derecho”.

La recepción de la dicotomía cosa corporal – cosa incorporal por parte del *Corpus Iuris Civilis*, permitió que ella llegara a constituir un paradigma en la ciencia jurídica medieval y moderna. Sin embargo, esta distinción no tuvo tal acogida en las codificaciones europeas²². Así, el Código Civil francés de 1804 (*Code Civil*) omitió dicha clasificación, pese a que gran parte de su sistema normativo se basó en las instituciones gayano - justinianeas, siendo al efecto la clasificación más importante la que distingue entre bienes muebles e inmuebles. En la doctrina de los codificadores franceses, la utilización de la distinción *res*

²¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo (2006), p. 41.

²² PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 22.

corporale – res incorporale se hace para denotar al derecho corporal (*droit corporel*), que consiste en el dominio, y contraponerlo a un derecho incorporeal (*droit incorporel*), concepto que alude a los otros derechos reales y a los derechos personales²³, aunque varios autores concuerdan en que esta clásica distinción es supuesta por los codificadores²⁴. A esta línea normativa, le siguieron los códigos de Italia y de España. Por otra parte, el Código prusiano de 1794 también había prescindido de la clasificación; el Código Civil alemán de 1900 dice que las cosas, en sentido legal, son solamente objetos corpóreos.

El único cuerpo normativo europeo, de tradición napoleónica, que mantuvo la distinción gayana, fue el Código Civil holandés de 1829, el cual señala en su artículo 559 que “[l]os bienes se dividen en corporales e incorporales”. Por su parte, el Código austriaco de 1811 recoge la distinción, señalando que las cosas corporales son aquellas que caen bajo los sentidos y que, en caso contrario, son incorporales.

En la codificación americana hubo, al menos, dos corrientes respecto a este tema; por un lado, ciertos códigos recogen expresamente la distinción entre cosas corporales e incorporales, volviéndolas parte fundamental de su

²³ Vid. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado práctico de derecho civil francés. La Habana, Cuba, Editorial Cultura S.A., 1946, tomo III (traducción de Mario Díaz Cruz), p. 61; CAPITANT, Henry y COLIN, Ambrosio. Curso elemental de derecho civil. Madrid, España, Editorial Reus S.A., 1923, tomo II, volumen II (traducción de Demófilo de Buen), p. 463.

²⁴ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de derecho civil. Buenos Aires, Argentina, Editorial La Ley, 1967, tomo VI (traducción de Delia García Daireaux), p. 77.

sistema normativo de bienes, muchos de los cuales resultan de la influencia directa que tuvo el Código Civil chileno en la configuración de sus respectivos sistemas normativos nacionales. Así, el Código Civil peruano de 1852 indicaba en su artículo 454 que “[l]as cosas que están bajo el dominio del hombre son corporales e incorporales. Corporales son las que percibimos con los sentidos; las demás son incorporales, como los derechos y acciones”; sin perjuicio que reformas posteriores de dicho cuerpo normativo desconocieran la distinción. También la recogen los códigos de Ecuador (artículos 554 y 565), Colombia (artículos 653 y 664), Uruguay (artículos 460 y 471), Guatemala (artículos 503 y 504) y Costa Rica (artículos 253 y 258).

Por otro lado, algunas legislaciones americanas desconocen totalmente la distinción en comento, siguiendo con ello a la tradición francesa impuesta por el *Code Civil* de 1804, o bien indirectamente a través de la recepción del Código Civil español de 1889, cuyo autor, don Florencio García Goyena, no aceptó la distinción entre cosas corporales e incorporales como categoría general, sin perjuicio de la utilización del concepto de cosa incorporal en algunas disposiciones normativas aisladas (por ejemplo, en materia de compraventa, artículo 1464). Dentro de esta corriente, encontramos los códigos de Brasil de 1917, el de Argentina de 1869, el de Paraguay de 1876, el de Bolivia de 1831 y 1975, y el de México de 1884.

§2. Las cosas incorporales en el ordenamiento jurídico chileno

9. Las cosas incorporales en el Código Civil chileno. En Chile, el artículo 565 de nuestro Código Civil señala que “[l]os bienes consisten en cosas corporales e incorporales”. En el Primer Proyecto de Código Civil, en el artículo 1° del Libro II indicaba que “[l]as cosas que constituyen bienes y forman el haber o patrimonio de cualquier persona se dividen en corporales e incorporales”. Por su parte, el artículo 668 del Proyecto de Código Civil de 1853 mantuvo casi intacta la redacción del Primer Proyecto de Código Civil, indicando al efecto que “[l]as cosas que constituyen bienes y forman parte del haber o patrimonio, se dividen en corporales e incorporales”.

La norma en comento es explicada por don Andrés Bello, quien señala al efecto que las cosas están en nuestros bienes o patrimonio o fuera de él, llamando los romanos a las primeras *pecunia*, como nosotros caudal o haber. Desde dicha perspectiva, el concepto de “cosa” constituye un género, dentro del cual una especie son los “bienes”, los que a su vez constituyen el “patrimonio” o “haber”. En esta materia, Bello recoge la influencia de Johann G. Heineccius²⁵, quien enseñara que el agua, el aire y el mar son cosas, aunque no estén en el

²⁵ Vid. HANISCH, Hugo. Andrés Bello y su obra en derecho romano. Santiago, Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1983, capítulo II.

patrimonio de nadie, y que al contrario, se llaman bienes aquellas cosas que forman parte de nuestro patrimonio²⁶.

10. Estructura de la categorización de las cosas corporales e incorporeales.

El artículo 565 del Código Civil contiene, en consecuencia, una partición de los bienes. Cuando decimos que se trata de una “partición” y no de una “división”, aludimos a lo que en el área de la dialéctica se entiende como la distinción de los elementos componentes de un todo, en contraste con una distinción en género y especies. Por ende, cuando el citado artículo señala que “[l]os bienes consisten en cosas corporales e incorporeales”, quiere significar que la suma de cosas corporales e incorporeales, forman los bienes, lo que implica que no existirían otros bienes que no fueran cosas corporales o incorporeales. Ello, por cierto, no conlleva a deducir *a contrario sensu* que todas las cosas corporales e incorporeales sean necesariamente bienes; basta con mencionar el caso de las cosas sin dueño (*res nullius*) y las cosas abandonadas (*res derelictae*), que siendo cosas corporales, no constituyen bienes.

Ahora bien, en lo concerniente a las producciones del talento y del ingenio, denominadas doctrinariamente como “cosas inmateriales”, puede suponerse que ellas no constituyen cosas corporales ni incorporeales, en los

²⁶ HEINECCIUS, Johann Gottlieb. Recitaciones del derecho civil. Madrid, España, Imprenta de P. Sanz, 1830, libro II, título I, párrafos 310 al 312; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 17.

términos utilizados por el Código Civil, y que en consecuencia no constituirían bienes. Sin embargo, el artículo 584 del Código Civil indica que estas cosas son una propiedad de sus autores, considerándolas al efecto en cuanto derechos y no en cuanto a su objeto mismo (la cosa inmaterial en sí), lo que implica que en esta materia al legislador le interesa acentuar el derecho (cosa incorporal) que recae sobre el objeto (cosa inmaterial), el cual, por cierto, forma parte del patrimonio del autor y consecuentemente es un bien²⁷.

El artículo 565 en su inciso 3° define a las cosas incorporales como aquellas “que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”. Esta disposición encuentra su origen en el artículo 1° inciso 3° del Primer Proyecto de Código Civil, que consignaba al efecto que “(las cosas incorporales son) [l]as que consisten en meros derechos, como los créditos, las acciones y las servidumbres activas”, redacción que fue conservada en el artículo 668 inciso 3° del Proyecto de Código Civil de 1853, pero que en el Proyecto Inédito de Código Civil se suprimió la referencia a las acciones, quedando como se observa actualmente.

De acuerdo con lo indicado por la norma citada, el legislador hace sinónimos los conceptos de cosas incorporales y derechos, lo que implica que se excluye de la consideración jurídica como cosa incorporal a toda otra entidad

²⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo (2006), p. 52.

que, cumpliendo con el carácter de intangibilidad, no sea un derecho²⁸. Ello resulta de la influencia directa que en la materia constituyó la dogmática romana, y en particular, la distinción gayana entre cosa corporal (*res corporal*) y cosa incorporal (*res incorporal*), puesto que hemos señalado al efecto que la categoría jurídica de cosa incorporal (*res incorporal*) para Gayo consistía en una serie de restricciones, a saber, (i) una primera restricción (filosófica o extrajurídica), por la cual la cosa debe ser intangible; (ii) una segunda restricción (primera restricción jurídica), por la cual aquellas cosas que son intangibles, deben tener su fundamento en el derecho (*iure consistunt*); (iii) una tercera restricción (segunda restricción jurídica), en virtud de la cual las cosas que son intangibles y que tienen su fundamento en el derecho, deben además ser enmarcadas dentro de los derechos reales o de los derechos personales (*in iure consistunt*); y (iv) una cuarta restricción (tercera restricción jurídica), por la cual sólo las cosas que sean intangibles, tengan su fundamento en el derecho y se enmarquen dentro de los derechos reales o personales, son consideradas cosas incorporales para el Derecho.

A ello hay que agregar que, para Gayo, la tercera restricción (segunda restricción jurídica) implica que las cosas incorporales deben estar dotadas de los caracteres de patrimonialidad y traficabilidad para ser consideradas como tales por el Derecho; lo que resulta coincidente con la definición de “bienes”

²⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho privado romano (1996), p. 430.

acuñada por la doctrina mayoritaria, la que entiende por tales a las cosas que, pudiendo prestar utilidad al hombre, son susceptibles de apropiación.

Incluso, se observa que la tecnificación del concepto de cosa incorporal fue aumentada por Bello en la disposición normativa en comento, puesto que al definir ésta como “las que consisten en meros derechos” suprime mentalmente (i) la restricción filosófica de intangibilidad de la cosa; (ii) la primera restricción jurídica de que la cosa debe tener su fundamento en el derecho; y (iii) la segunda restricción jurídica, en cuanto la cosa debe enmarcarse dentro de los derechos reales o personales, quedándose al efecto sólo con la tercera restricción jurídica, a saber, que las cosas incorporales “sólo” consisten en derechos, reales o personales. Decimos que se trata de una supresión mental, dado que se observará que esta tercera restricción jurídica comprende o supone, en rigor, a las tres anteriores; en otras palabras, cuando el legislador considera como cosas incorporales sólo a los derechos, significa que éstos, en su naturaleza, son (i) cosas intangibles (desde la perspectiva filosófica); (ii) tienen su fundamento en el Derecho; y (iii) se enmarcan dentro de los derechos reales o personales.

Este análisis encuentra sustento, además, en la definición efectuada por el artículo 565 inciso 2° del Código Civil, que señala como cosas corporales aquellas “que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos”, lo

que lleva a concluir, *a contrario sensu*, que las cosas incorpóreas son aquellas que carecen de esa aptitud para ser percibidas por los sentidos. Pero adicionalmente, vemos que la sinonimia técnica empleada por Bello entre cosa incorpórea y derecho, encuentra su fuente en la versión postclásica de la definición de cosa incorpórea (*res incorporal*) de Gayo, a saber, aquella que señala a las cosas incorpóreas como “las que no se pueden tocar, pues consisten en un derecho”.

Título II

Ámbito de aplicación de la categoría de cosa incorporal

11. Planteamiento del problema: derechos considerados como cosas incorporales. Hemos visto que el Código Civil, siguiendo la tradición jurídica romana, considera como cosas incorporales a los derechos y sólo a los derechos, no pudiendo ser consideradas otras cosas como pertenecientes a esta categoría desde la perspectiva jurídica, aunque ellas sean –filosóficamente hablando- entes incorpóreos o intangibles, o bien que siendo entes intangibles, sean creaciones del Derecho. El artículo 565 inciso 3° del Código Civil descarta dicha opción, pues hace suya las restricciones que al concepto de cosa incorporal definió Gayo, entendidas en el sentido que le dieron los juristas romanos postclásicos como “consistentes en un derecho” (*in iure consistunt*), vale decir, que “son un derecho”.

Ahora bien, se hace necesario analizar la extensión de la afirmación efectuada por el artículo 565 inciso 3° del Código Civil, al decir que las cosas incorporales son las que “consisten en meros derechos”. Al efecto, dentro de esta categoría encontraríamos a los llamados derechos reales, a los derechos personales, y también a otras entidades jurídicas reconocidas como derechos subjetivos, tales como los derechos de la personalidad, los derechos humanos,

y en general, los derechos extrapatrimoniales. En otras palabras, debemos aclarar si dentro del concepto de cosa incorporal, el legislador civil entiende solo a los derechos reales y personales (sentido restringido), o también se incluyen a otras clases de derechos, a los que genéricamente podemos denominar extrapatrimoniales (sentido amplio).

§1. Cosas incorporales y derechos extrapatrimoniales

12. Naturaleza jurídica de los derechos extrapatrimoniales. Hemos señalado que existen una serie de entidades jurídicas reconocidas como “derechos” por el ordenamiento jurídico, tales como los derechos de la personalidad o los derechos humanos. Para los efectos que interesan, podemos agrupar a todas ellas en una categoría general de “derechos extrapatrimoniales”, en el entendido de que todos ellos comparten una característica común, a saber, la carencia de contenido pecuniario²⁹. Lo que debemos analizar es si estos derechos son considerados por el legislador como bienes, y en particular, como cosas incorporales, en los términos del artículo 565 inciso 3° del Código Civil.

²⁹ FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de derecho civil moderno. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 11 y ss.

Al respecto, hay que señalar que estos derechos, en cuanto extrapatrimoniales, no podrían ser considerados bienes, dado que no caben dentro de la definición de éstos, a saber, como aquellas cosas que pudiendo prestar utilidad al hombre, son susceptibles de apropiación; en otras palabras, no cumplen con las características de patrimonialidad ni traficabilidad que son propias de los bienes. Siendo así, y no cumpliendo con las características ya reseñadas, no podrían ser considerados como cosas incorpóreas, en los términos expuestos.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce a estas entidades como “derechos”, por lo que pareciera que nos encontramos ante una hipótesis de derechos que no son cosas incorpóreas, *i.e.*, de derechos que se encuentran fuera del patrimonio. Habría, en consecuencia, una contradicción normativa: puesto que (i) el artículo 565 del Código Civil indica que los bienes consisten en cosas corporales e incorpóreas; a continuación (ii) señala el artículo 565 inciso 3° que las cosas incorpóreas consisten en meros derechos; luego (iii) los bienes, y las cosas incorpóreas en particular, para ser consideradas como tales por el ordenamiento jurídico, tienen que cumplir con los caracteres de patrimonialidad y traficabilidad; y (iv) dado que los llamados “derechos extrapatrimoniales” no cumplen con ninguna de dichas condiciones, esto es, son extrapatrimoniales y no son susceptibles de tráfico jurídico, implica que no

serían ni bienes ni menos cosas incorporales (en los términos del artículo 565 ya mencionado)³⁰.

No obstante lo anterior, el legislador les confiere el carácter de “derechos” a los derechos extrapatrimoniales, no siendo útil discutir al efecto si efectivamente la naturaleza jurídica de éstos sean las de verdaderos derechos. Al efecto, don Luis Claro Solar especifica que “[e]ntendemos por derechos, las facultades o poderes que corresponden a los individuos en sus relaciones recíprocas, con respecto a las cosas del mundo exterior, y que la ley protege, a fin de asegurar su utilización”³¹.

Por consiguiente, nos encontramos ante entidades que, siendo derechos, no son bienes. Queda resolver si ellos pueden ser considerados como cosas incorporales; y la respuesta, aunque parezca extravagante, es la afirmativa, es decir, los derechos extrapatrimoniales deben ser considerados como cosas incorporales, a pesar que no constituyan bienes en su naturaleza jurídica. Para llegar a esta conclusión, hay que tener en cuenta los siguientes argumentos:

13. (a) Primer argumento: cosas incorporales como meros derechos. El artículo 565 inciso 3° define las cosas incorporales como aquellas que

³⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 24.

³¹ CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1979, tomo VI, volumen III, p. 14.

“consisten en meros derechos”, dando al efecto dos casos, a saber, (i) los créditos, y (ii) las servidumbres activas. Según ello, pareciera que sólo los derechos personales (los créditos) y los derechos reales (las servidumbres activas, en este caso) son considerados por esta norma como cosas incorporales.

Sin embargo, el inciso 3° del artículo 565 del Código Civil señala literalmente que “(las cosas) [i]ncorporales (son) las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”. Al decir que “consisten en meros derechos”, nos indica que para el legislador, los “derechos” son tenidos como cosas incorporales para el ordenamiento jurídico, no haciendo distinción entre qué clase de derechos deben ser considerados como cosas incorporales y cuáles no. Así, siendo el sentido de la ley claro, no debemos desatender su tenor literal, cual es justamente indicar que los derechos, sin apelativo posterior, son cosas incorporales. Si ello es cierto, resulta que los derechos extrapatrimoniales, en su calidad de “derechos”, son cosas incorporales.

14. (b) Segundo argumento: enumeración normativa de las cosas incorporales. De la lectura de la disposición en comento, y analizados los casos indicados por el legislador en la misma norma, podría conjeturarse que

las cosas incorporales consisten solo en derechos personales (los créditos) y derechos reales (las servidumbres activas).

Ahora bien, este argumento tampoco parece ser válido, en dos sentidos: (i) en primer lugar, si la disposición hiciera una enumeración taxativa de los derechos que son considerados como cosas incorporales, habría que excluir a casi todos los derechos reales, dado que sólo las servidumbres activas son mencionadas como el caso de derechos reales que serían cosas incorporales, aparte de los créditos, que corresponden en este caso a derechos personales. Luego (ii) la disposición normativa analizada no formula una enumeración taxativa, sino que ejemplificativa, y ello se deduce del uso de la formulación lingüística “como” con anterioridad a la enunciación de los casos de derechos que corresponden a cosas incorporales; dicha fórmula es indicativa de ejemplo, por lo que los derechos que son cosas incorporales no se agotan en los casos planteados por la norma.

15. (c) Tercer argumento: categorización del género “cosas”. La historia jurídica de la disposición, nos llevaría a decir que los derechos reales y personales, y sólo los derechos reales y personales, son considerados como cosas incorporales por el ordenamiento jurídico. Al efecto, entendiendo que en la tradición romana se consideraban como cosas (*res*), siguiendo a Gayo, a aquellas dotadas de los caracteres de patrimonialidad y traficabilidad, y dado

que los derechos reales y personales serían los único que cumplen con dichas características, sólo éstos pueden ser considerados como cosas incorporeales por el Derecho.

Para contrarrestar este argumento (a la postre, el más fundado), hay que tener presente algunas consideraciones. Para empezar, el inciso 1° del artículo 565 del Código Civil señala que “[l]os bienes consisten en cosas corporales e incorporeales”. Ya hemos señalado que, para estos efectos, se entiende que las “cosas” conforman el género, y dentro del cual una especie son los “bienes”, entendidos como aquellas cosas que pudiendo prestar utilidad al hombre son susceptibles de apropiación. Hemos dicho, además, que al señalar el Código Civil que los bienes “consisten” en cosas corporales e incorporeales, lo que hace es una “partición”, vale decir, la distinción de partes componentes de un todo, en oposición a una “división”, la que consiste en distinguir géneros y especies. En consecuencia, la afirmación correcta es aquella que señala que las cosas incorporeales serán consideradas como bienes cuando cumplan con los caracteres de patrimonialidad y traficabilidad.

Como se observa, se parte del género “cosas”, y se distingue una especie de ellas, las “cosas incorporeales”; luego, se la confronta con otra categoría (especie) de las cosas, que son los “bienes”, y se dice que aquellas

serán consideradas como bienes, cuando cumplan con los requisitos para tal efecto, esto es, con los caracteres de patrimonialidad y traficabilidad.

Lo que sostendría la postura que intentamos rebatir, es justamente la afirmación contraria, esto es, es que los bienes serán cosas incorporales cuando consistan en meros derechos, sean personales o reales. Esta afirmación parte de la base que el inciso 1° del artículo 565 del Código Civil realiza una “división”, vale decir, una distinción entre género y especies, siendo el género en este caso los “bienes”, y las especies de bienes, las “cosas corporales” y las “cosas incorporales”; luego, dado que las cosas incorporales son una especie de bienes, resulta que aquellas siempre tendrán los caracteres de patrimonialidad y traficabilidad implícitos, y lo que las distinguiría de las cosas corporales es (i) la intangibilidad material (restricción filosófica), (ii) tener su fundamento en el Derecho (primera restricción jurídica), (iii) estar enmarcadas dentro de la categoría de derechos reales o personales (segunda restricción jurídica), y (iv) consistir sólo en derechos reales o personales (tercera restricción jurídica).

Se aprecia que a afirmación anterior (la que intentamos rebatir) resulta ilógica y falsa, puesto que parte de una premisa errónea. Es (i) ilógica, toda vez que se ha demostrado que la relación existente entre los bienes y las cosas corporales e incorporales es de partes componentes de un todo, y no de género

a especies. En consecuencia, la primera premisa y de la cual inicia su afirmación esta postura, no es lógica, puesto que las cosas corporales e incorporeales no son una especie de los bienes, sino que son una especie del género “cosas”; el cual, a su vez, tiene en otra categoría a la especie “bienes”, que se distingue de los “no-bienes” o “cosas extrapatrimoniales” justamente en los caracteres de patrimonialidad y traficabilidad.

Además, esta afirmación (ii) es falsa, puesto que las cosas, tanto corporales como incorporeales, y atendido lo recientemente expuesto, pueden no prestar utilidad para el hombre (patrimonialidad) y/o ser susceptibles de apropiación (traficabilidad jurídica), y en consecuencia no ser bienes, pero no dejando por ello de ser “cosas”, sea corporales o incorporeales. Sucede, entonces, que esta postura confunde dos categorías de especies distintas de un mismo género, a saber, las categorías de (a) cosas corporales – cosas incorporeales, y (b) bienes – cosas extrapatrimoniales, cada una de las cuales atiende a criterios diversos de distinción; la primera, a la intangibilidad material y a las restricciones jurídicas reseñadas; la segunda, a la patrimonialidad y traficabilidad de las cosas que se trate.

16. (d) Cuarto argumento: operación lógica gayana. La operación lógica observada en Gayo, para fines de definir en qué consisten las cosas incorporeales para el ordenamiento jurídico consiste en cuatro pasos

consecutivos, a saber, (a) una primera restricción, de orden filosófico, dada por la intangibilidad material de la cosa de que se trate; (b) una segunda restricción (primera restricción jurídica), consistente en que la cosa materialmente intangible de que se trate, además debe tener su fundamento en el Derecho; (c) una tercera restricción (segunda restricción jurídica), que señala que la cosa intangible y que tiene su fundamento en el Derecho, adicionalmente debe estar enmarcada en las categorías de derechos reales o personales; y (d) una cuarta restricción (tercera restricción jurídica), indicativa de que aparte de que la cosa de que se trate sea intangible, tenga su fundamento en el Derecho y se enmarque dentro de las categorías de derechos reales o personales, sólo puede tratarse de un derecho real o personal, excluyendo todo otro tipo de derecho.

Es en la tercera restricción (segunda restricción jurídica) y particularmente en la cuarta restricción (tercera restricción jurídica) donde se encuentra la piedra de tope para la consideración de los derechos extrapatrimoniales como cosas incorpóreas, toda vez que ellos, al no enmarcarse dentro de las categorías de los derechos reales o personales, no podrían considerarse por el ordenamiento jurídico como cosas incorpóreas.

En la historia de la distinción entre cosas corporales e incorpóreas, antes de la operación lógico – jurídica efectuada por Gayo, existía en el Derecho

romano clásico una distinción entre cuerpos (*corpora*) y derechos (*iuras*). Como hemos señalado, dicha distinción no atendía al carácter material o táctil de uno u otro, sino que a ciertos elementos comunes a ambos entes, a saber, su patrimonialidad y traficabilidad; en consecuencia, no se trataba de dos especies del género “cosas”, y ni siquiera aún de un supuesto género “bienes”, aunque en efecto, constituye la base para este último. Esta primera conclusión resulta lógica, si atendemos a que *stricto sensu* no existe forma de comparar los objetos de derecho (cuerpos o *corporas*) con los derechos mismos (*iuras*) si no es por ciertas características inmanentes a ambos, consistentes en la pertenencia o posibilidad de pertenencia de ellos a un patrimonio determinado (criterio de patrimonialidad), y a la posibilidad de su tráfico jurídico (criterio de traficabilidad). De lo anterior, resulta que se trataría, por cierto, de una distinción aparente y no real.

A partir de esta comparación entre cuerpos (*corpora*) y derechos (*iuras*), Gayo añade a la ecuación la distinción filosófica entre entes corporales (*corporalia*) y entes incorporeales (*incorporalia*), para lo cual recurre a la creación de un género mayor, a saber, el de las “cosas” (*res*), de las cuales distingue dos especies, (i) las cosas corporales (*res corporales*), y (ii) las cosas incorporeales (*res incorporeales*). Dichas especies del género “cosas”, se distinguen una de otra, por la tangibilidad material de ellas. Aplicado a la comparación clásica entre cuerpos (*corporas*) y derechos (*iuras*), resulta que los primeros se ajustan

a la característica de corporalidad, mientras que los segundos a la de incorporeidad, resultando en consecuencia que los cuerpos (*corporas*) son cosas corporales (*res corporales*), y los derechos (*iuras*) son cosas incorporeales (*res incorporales*).

El resultado obtenido de esta operación, en consecuencia, es que del género “cosas” se destacan dos especies, a saber, las cosas corporales y las cosas incorporeales, las que adicionalmente son “bienes”; luego, las cosas incorporeales constituyen “meros derechos”, como declara el artículo 565 inciso 3° del Código Civil, y suponiendo adicionalmente que toda cosa incorporeal, al ser un “bien”, tiene los caracteres de patrimonialidad y traficabilidad jurídica. Dado lo anterior, resulta que ningún ente jurídico que no sea patrimonial (esto es, que no sea un derecho real o personal) puede considerarse por el ordenamiento jurídico como cosa incorporeal.

Esta es, a grandes rasgos, la argumentación utilizada por un sector importante de la doctrina nacional para negar la posibilidad de considerar a los derechos extrapatrimoniales como cosas incorporeales; la que, como se observará, se basa fuertemente en la tradición romana de la distinción gayana *res corporal – res incorporal*.

Sin embargo, la conclusión anterior resulta errónea.

Sin perjuicio de que en la tradición romana clásica, Gayo haya efectuado una fusión de la comparación cuerpos (*corpora*) – derechos (*iuras*) con la de cosas corporales (*res corporales*) – cosas incorpóreas (*res incorpóreas*), valiéndose al efecto de la creación de un género omnicompreensivo, a saber, el de las “cosas” (*res*), dicha fusión es sólo aparente. En efecto, cada una de estas ecuaciones jurídicas dan cuenta de dos categorías diversas dentro del género “cosas”, y distintas entre sí.

En primer lugar, tenemos la categoría de cuerpos (*corpora*) – derechos (*iuras*), que en la historia fidedigna del Derecho romano clásico, resulta de la indicación de los entes que componen el patrimonio, esto es, de aquellas cosas que tienen los caracteres de patrimonialidad y traficabilidad jurídica; lo que, traducido a nuestra tradición dogmática contemporánea nacional, se refiere a aquellas cosas que componen los bienes, como lo indica el artículo 565 inciso 1° del Código Civil.

En segundo lugar, tenemos la categoría de cosas corporales (*res corporales*) – cosas incorpóreas (*res incorpóreas*), que responde a una distinción en atención a la materialidad o tangibilidad de la cosa en estudio, resultando en que aquellas que tienen un ser material son cosas corporales, y aquellas que carecen de dicha materialidad, son cosas incorpóreas. Esta

categoría, en consecuencia, es la asimilación jurídica de la antigua distinción filosófica entre entes corpóreos (*corporalia*) y entes incorpóreos (*incorporalia*).

17. Corporalidad y patrimonialidad de las cosas. De lo expuesto, resulta que teniendo un mismo género omnicomprendido (el de las “cosas”), tenemos dos categorías de clasificación: (i) la primera, en atención a la patrimonialidad de la cosa que se trate, las divide en “cosas patrimoniales” o “bienes” (cuando la cosa tiene los caracteres de patrimonialidad y traficabilidad, *i.e.*, es susceptible de apropiación y puede prestar utilidad al hombre, según la definición clásica de este tipo de cosas) y en “cosas extrapatrimoniales” o “no-bienes” (cuando la cosa no tiene los caracteres de patrimonialidad ni traficabilidad jurídica, *i.e.*, no es susceptible de apropiación ni presta utilidad al hombre, *a contrario sensu*). Dentro de la primera especie reconocida, esto es, la de los “bienes”, resulta que ella se compone (*a contrario sensu*, no se divide en otras subespecies) de cosas corporales y cosas incorpóreas.

Luego, tenemos (ii) la segunda categoría, en atención a la materialidad o tangibilidad de la cosa que se trate, las divide en “cosas corporales” (cuando la cosa tiene un ser material), y en “cosas incorpóreas” (cuando la cosa no tiene un ser material). Adicionalmente, se agrega que respecto de esta última especie, a saber, las cosas incorpóreas, ellas constituyen “meros derechos” en los términos del artículo 565 inciso 3° del Código Civil. Por lo tanto, al hablar de

cosas incorpóreas, estamos hablando de derechos, sin otra especificación ulterior.

Ahora bien, si una cosa incorpórea (*i.e.*, un derecho) cumple con los caracteres de patrimonialidad y tráfico jurídica, puede ser catalogado como un bien. Si, por el contrario, no cumple con dichas características, será un no-bien o cosa extrapatrimonial. La misma operación es válida para las cosas corpóreas; así, si una cosa corpórea tiene los caracteres de patrimonialidad y tráfico jurídica, será considerado un bien, y si no los cumple, será considerado un no-bien o cosa extrapatrimonial. La particularidad que, al efecto, presentan las cosas incorpóreas (*i.e.*, los derechos) cuando pueden ser catalogados como bienes, es que ellos deben ser derechos reales o derechos personales, pues son las dos clases de derechos que cumplen con los caracteres requeridos para ser considerados bienes por el ordenamiento jurídico.

De esta guisa, *a contrario sensu*, resulta que si un derecho no es real o personal, no tiene los requisitos de patrimonialidad y tráfico jurídica necesarios para ser considerado como bien, y en consecuencia será un no-bien o cosa extrapatrimonial; que, en el caso de los derechos, llamamos

genéricamente “derechos extrapatrimoniales” para señalar, justamente, que se trata de derechos que no son bienes³².

Podemos concluir, *de lege lata*, que nuestro ordenamiento jurídico reconoce al menos dos categorías de cosas, a saber, (i) las cosas patrimoniales (denominadas genéricamente como bienes) – cosas extrapatrimoniales; y (ii) las cosas corporales – cosas incorpóreas (denominadas genéricamente como derechos). Luego, decimos que cuando una cosa incorpórea (derecho) es a su vez una cosa patrimonial (bien), debe corresponder a un derecho real o un derecho personal; y que cuando una cosa incorpórea (derecho) es a su vez una cosa extrapatrimonial, nos encontraremos con un derecho extrapatrimonial.

18. Los derechos extrapatrimoniales como cosas incorpóreas. Resulta, pues, que al considerar el ordenamiento jurídico a los derechos extrapatrimoniales como “derechos”, necesariamente los considera como “cosas incorpóreas”, por tratarse los términos “derecho” y “cosa incorpórea” como sinónimos técnicos en nuestra dogmática jurídica³³.

El razonamiento expuesto es, a su vez, una reinterpretación armónica entre la lógica gayana de las cosas incorpóreas y las consideraciones

³² En este sentido, BIONDI, Biondo. Op. Cit., p. 26.

³³ Vid. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de derecho civil. Barcelona, España, Casa Editorial Bosch, 32ª edición, 1936, tomo III, volumen I (traducción de Blas Pérez González y José Alguer), p. 129; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 24.

dogmático-normativas de ellas, que se adapta de mejor forma a la realidad jurídica nacional. En efecto, para Gayo una cosa será considerada como incorporal por el ordenamiento jurídico cuando (i) sea intangible (restricción filosófica), (ii) tenga su fundamento en el Derecho (primera restricción jurídica); (iii) se enmarque dentro de los derechos reales o personales (segunda restricción jurídica); y (iv) sólo se trate de un derecho real o personal (tercera restricción jurídica). Por otro lado, y de lo que hemos concluido hasta ahora, resulta que para nuestro ordenamiento jurídico, una cosa será considerada como incorporal cuando (i) carezca de tangibilidad material, lo que concuerda con la restricción filosófica gayana; y (ii) por una asimilación técnico-jurídica efectuada por el legislador civil, debe tratarse de un derecho, lo que concuerda con la primera restricción jurídica gayana. Prescinde el Código Civil, en consecuencia, de la segunda y tercera restricción jurídica gayana, esto es, de que el derecho de que se trate se enmarque (segunda restricción jurídica gayana) y sólo sea (tercera restricción jurídica gayana) un derecho real o personal.

Esto resulta posible, como consecuencia de la consideración de las dos categorías de cosas estudiadas, como categorías independientes entre sí. Se observa que, respecto de aquella que atiende a la materialidad de la cosa que se trate, y que las divide en cosas corporales – cosas incorporales, le son aplicables las dos primeras restricciones gayanas. Así, en la distinción misma,

el criterio de diferenciación coincide con la restricción filosófica gayana (*i.e.*, que las cosas sean tangibles o intangibles); luego, al considerar a las cosas incorporales, y dado que el legislador civil las ha hecho sinónimas de derechos, como se prescribe en el artículo 565 inciso 3° del Código Civil, coincide dicha sinonimia técnico-jurídica con la primera restricción jurídica gayana (*i.e.*, que las cosas intangibles tengan su fundamento en el Derecho).

Respecto de las otras restricciones gyanas, esto es, la segunda y tercera jurídicas, resultan aplicables a la categoría de cosas que las distingue, en atención a su patrimonialidad, en bienes y cosas extrapatrimoniales. Así, cuando aplicamos a una cosa incorporal (*i.e.*, un derecho) esta categoría, y resulta que por tener atributos de patrimonialidad es clasificable como un bien, decimos que dicho derecho se enmarca y sólo puede ser un derecho real o personal, dado que son las únicas categorías de derechos patrimoniales; ello, como se observa, coincide tanto con la segunda como con la tercera restricción jurídica gyanas (*i.e.*, que las cosas intangibles y que tienen su fundamento en el Derecho, se enmarquen y sólo sean derechos reales o personales).

Podemos concluir, entonces, que habiendo efectuado una nueva interpretación de la distinción gayana entre cosas corporales (*res corporales*) y cosas incorporales (*res incorporales*) en concordancia con las disposiciones normativas pertinentes de nuestro Código Civil sobre la materia, en particular,

del artículo 565 inciso 1° y 3°, resulta que un derecho extrapatrimonial, al ser considerado como “derecho” por el ordenamiento jurídico, necesariamente es una cosa incorporal, en los términos ya expuestos. El legislador civil entiende el concepto de cosa incorporal en sentido amplio, es decir, como comprensivo tanto de los derechos patrimoniales (derechos reales y personales) como de los derechos extrapatrimoniales.

§2. Cosas incorporales y cosas inmateriales

19. Naturaleza jurídica de las cosas inmateriales. El artículo 584 del Código Civil señala que “[l]as producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores”, agregando que “[e]sta especie de propiedad se regirá por leyes especiales”. En otra terminología, a estos objetos se los llama “cosas inmateriales” o “cosas intelectuales”, las que en nuestro país se encuentran regidas por la Ley N° 17.336 del año 1970 sobre Propiedad Intelectual, y por la Ley N° 19.039 del año 1991 sobre Propiedad Industrial, modificada por la Ley N° 19.996 del año 2005.

Para los efectos de esta investigación, el artículo 584 del Código Civil ofrece el problema de saber si las cosas inmateriales son consideradas por el ordenamiento jurídico civil como cosas incorpóreas.

En la doctrina civil europea, es generalmente aceptado que las cosas inmateriales, en los términos definidos precedentemente, sean consideradas como cosas incorpóreas, lo que implica una ampliación de la noción jurídica romana en esta categoría. Se tiene en vista para operar tal consideración ampliada que las producciones del talento y del ingenio, de la misma forma que los derechos, carecen de materialidad o tangibilidad física, pudiendo ser percibidas únicamente por el intelecto³⁴.

Sin embargo, esta ampliación no es posible aceptarla en nuestra dogmática jurídica, *i.e.*, no cabe dentro de la noción de cosas incorpóreas a las llamadas cosas inmateriales, por dos motivos:

20. (a) Primer argumento: restricciones jurídicas gyanas a las cosas inmateriales. En primer lugar, desde una perspectiva *de lege ferenda* y considerando la tradición histórica de la cual se extrae la noción de cosa incorpórea, hemos dicho que ella es una creación del Derecho romano clásico, y en particular de Gayo, quien al efecto delimitó aquello que el ordenamiento

³⁴ BIONDI, Biondo. Op. Cit., p. 64; EGAÑA, Manuel Simón. Op. Cit., p. 71.

jurídico habría de considerar como cosa incorporeal, a saber, (i) que la cosa de que se tratare fuese intangible materialmente (restricción filosófica); y (ii) que la cosa, además de ser intangible materialmente, tuviese su fundamento en el Derecho (restricción jurídica propiamente tal).

Como se observa, las cosas inmateriales cumplen con la primera condición gayana, vale decir, son intangibles materialmente. Sin embargo, no cumplen con la segunda condición gayana, a saber, tener su fundamento en el Derecho, puesto que ellas no son derechos en sí ni creaciones del mismo, sino que corresponden a creaciones del ingenio del hombre. Por esta razón, las cosas inmateriales no pueden ser consideradas como cosas incorporeales por el ordenamiento jurídico.

21. (b) Segundo argumento: limitación normativa de las cosas inmateriales. En segundo lugar, desde una perspectiva *de lege lata*, tampoco pueden considerarse a las cosas inmateriales como comprendidas por la noción de cosa incorporeal.

En efecto, se ha señalado que el artículo 565 del Código Civil reconoce un género omnicomprendivo, denominado “cosas”, dentro de las cuales una categoría de ellas, que atiende a la materialidad de la cosa que se trate, las distingue en dos especies, a saber, las cosas corporales y las cosas

incorporales. Hasta este punto, pareciera que las cosas inmateriales pueden ser consideradas como cosas incorporales, dado que cumplen con la condición de intangibilidad o inmaterialidad que aplica a esta categoría de cosas. Sin embargo, luego de efectuar la distinción entre cosas corporales e incorporales, señala el legislador en el inciso 3° del artículo 565 del Código Civil que las cosas incorporales consisten en meros derechos, haciendo técnico-jurídicamente sinónimos los conceptos de cosas incorporales y derechos, y en consecuencia, asimilando la restricción jurídica gayana en la materia, a saber, aquella que dice que las cosas, para ser consideradas por el ordenamiento jurídico como incorporales, deben no solo ser intangibles o inmateriales, sino también ser creaciones del Derecho o tener su fundamento en él. Y dado que las cosas inmateriales, como hemos notado, no cumplen con esta condición, toda vez que son creaciones del ingenio o intelecto del hombre y no creaciones del Derecho, resulta que no pueden ser consideradas como cosas incorporales para nuestro Código Civil.

Se aprecia en este punto, que el reconocimiento que realiza la doctrina civil comparada de las cosas inmateriales a la noción de cosas incorporales, se debe a una inadecuada asimilación del concepto filosófico de cosa incorporal con el concepto jurídico de ella. En efecto, se ha mencionado latamente que las cosas incorporales, para la ciencia jurídica de tradición romana, son aquellas que además de ser intangibles materialmente, tienen su fundamento en el

Derecho o son una creación de él, lo que en nuestro ordenamiento jurídico nacional es especialmente válido, atendido lo dispuesto en el artículo 565 inciso 3° del Código Civil.

22. Resistematización de las cosas inmateriales. La doctrina más moderna sobre la materia, ha concluido que las llamadas cosas inmateriales son objetos dotados de autonomía conceptual, que conforman una tercera especie de cosas, junto con las corporales y las incorporales. Ahora bien, creemos que para efectos sistémicos resulta adecuado plantear que lo que hasta ahora hemos llamado “cosas inmateriales” en rigor se tratan de “cosas intelectuales” conceptualmente hablando, y que la noción de “cosas inmateriales” bien puede designar a una de las especies que surge de la distinción en la categoría de materialidad o tangibilidad de la cosa que se trate.

Dicho de otro modo, en el género de las cosas, aquella categoría que distingue a las cosas, atendida la materialidad o tangibilidad de éstas, distinguiría a las cosas materiales y a las cosas inmateriales. Luego, las cosas materiales corresponden a aquellas que están dotadas de un ser material o real, lo que coincide con el concepto de cosas corporales, por lo cual resulta que las “cosas materiales” son conceptualmente sinónimas con las “cosas corporales”. Por otro lado, la especie que hemos denominado “cosas inmateriales”, resultante de aquellas cosas que carecen de un ser material o

real, a su vez se distinguen atendiendo a la fuente de su creación o fundamento; así, existirían las “cosas incorporales” propiamente tales, que son aquellas cosas inmateriales (*i.e.*, que carecen de materialidad o tangibilidad física) que tienen su fundamento en el Derecho o son una creación de éste, y las “cosas intelectuales”, que son aquellas cosas inmateriales que no tienen su fundamento en el Derecho ni son una creación de éste, sino que del ingenio o intelecto del hombre.

Esta suerte de resistemización de las categorías dogmáticas estudiadas en relación a las cosas, no es más que una interpretación conceptual adscrita a la idea de clasificar a éstas atendidos ciertos caracteres comunes en cada tipo de categoría y especie determinada, lo que por cierto no modifica en absoluto ninguna de las conclusiones que a lo largo de este capítulo hemos analizado.

Así, vemos que el primer criterio de categorización empleado por el ordenamiento jurídico a fin de clasificar a las cosas, atiende a su materialidad o tangibilidad. Dicho criterio es extraído de la clasificación romano-gayana entre cosas corporales (*res corporales*) y cosas incorporales (*res incorporales*). Luego, resulta que dicha categoría atiende al aspecto filosófico de materialidad de las cosas, el cual nosotros hemos definido como restricción filosófica en la clasificación gayana. Lo anterior, nos lleva a pensar que *stricto sensu* que en

nuestro lenguaje jurídico contemporáneo, bien podemos decir que esta clasificación, la que distingue entre cosas corporales e incorporales en el lenguaje de la doctrina tradicional, no difiere de decir que identifica a dos especies de cosas, a saber, las “cosas materiales” y las “cosas inmateriales”, correspondiendo las primeras a aquellas que poseen un ser real o tangible, y las segundas, a aquellas que no lo poseen.

Si lo anterior es correcto, resulta que lo que hemos denominado como “cosas materiales” corresponde con lo que tradicionalmente se conoce como “cosas corporales”, dado que coinciden plenamente en su definición técnico-jurídica, produciéndose en consecuencia una sinonimia conceptual.

Luego, el problema principal viene dado por la denominación que hemos dado a la segunda especie de cosas que surge de la división de la categoría que atiende a la materialidad de la cosa: tradicionalmente, esta segunda especie es denominada “cosas incorporales”, la que se caracteriza por la carencia de un ser material de ellas, pero el legislador les agrega una característica adicional a ellas, a saber, que debe tratarse de derechos, lo cual hemos deducido a partir de la sinonimia jurídica que se produce entre los conceptos de “cosa incorporal” y “meros derechos” que realiza el inciso 3° del artículo 565 del Código Civil. Sinonimia conceptual que, por cierto, proviene de la que denominamos como primera restricción jurídica gayana o restricción

jurídica propiamente tal, la que versaba sobre la necesidad de que una cosa, para considerarse cosa incorporal por el ordenamiento jurídico, debía no solo ser intangible, sino que también ser una creación del Derecho o tener su fundamento en él.

Ahora, cuando a esta ecuación jurídica agregamos el factor de las cosas que hemos denominado “intelectuales”, resulta que ellas se asemejan a las cosas incorporales (en sentido jurídico) en su característica de inmaterialidad, pero sólo en ello. Dicha semejanza, resulta compatible sistemáticamente con la división efectuada por la categoría de materialidad del género de las cosas; y a su vez, la diferencia entre ambos tipos de cosas (las incorporales y las intelectuales) implicaría que dentro de una misma especie, definida por la inmaterialidad de la cosa que se trate, se reconociera dos subespecies, a saber, una de aquellas cosas que siendo inmateriales tienen su fundamento en el Derecho (las cosas incorporales propiamente tales), y aquellas que siendo inmateriales tienen su fundamento o son creación del intelecto o ingenio del hombre (las cosas intelectuales). Ello, además, es compatible con la que denominamos restricción jurídica (gayana) propiamente tal, pues distingue las cosas en atención a la fuente de su creación o fundamento.

De esta guisa, resulta que las cosas se dividen, atendida su materialidad, en (a) cosas materiales, que corresponden a las cosas corporales, y

corresponden a aquellas que tienen un ser real tangible; y (b) cosas inmateriales, que son aquellas que carecen de un ser real tangible, las que a su vez se pueden dividir, atendiendo ahora a la fuente de su creación, en (b.1) cosas incorpóreas, que son aquellas cosas inmateriales que tienen su fundamento en el Derecho, y que en el lenguaje del legislador civil consisten en meros derechos; y (b.2) cosas intelectuales, que son aquellas cosas inmateriales que son una creación del ingenio o intelecto del hombre.

23. Naturaleza conceptual de las cosas intelectuales. Queda ahora determinar de qué se tratan conceptualmente las cosas intelectuales.

Podemos decir, como señala la doctrina, que estas cosas intelectuales constituyen materia o movimiento de la materia pensados, y pensados con una forma determinada, reproducible o representable indefinida cantidad de veces con materia o con su movimiento físico³⁵. Luego, la consistencia de estas cosas no está en la corporalidad del soporte material que las representa, sino que en la forma misma concebida por el intelecto o ingenio del creador, que es en consecuencia dada a la materia que sirve de soporte.

Esta reproducción o representación a través de la materia y forma física que admiten las cosas intelectuales, reducidas a la categoría de

³⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo (2006), p. 60.

aprovechamiento, viene a significar el uso de tales cosas. Así lo declara el artículo 17 de la Ley N° 17.336, al señalar que “[e]l derecho patrimonial confiere al titular del derecho de autor las facultades de utilizar (...) la obra”. Para el legislador, en consecuencia, una cosa intelectual puede ser usada, lo que en el lenguaje técnico-jurídico resulta sinónimo de “usar”. En cuanto a otras formas de aprovechamiento de las cosas intelectuales, hay que señalar al efecto que ellas no permiten su goce o disfrute, toda vez que prima facie no generan frutos civiles ni naturales; adicionalmente, no permiten la disposición de ellas, tanto material como jurídica, puesto que su naturaleza las hace inmodificables e indestructibles, no pudiendo a su vez ser alienadas, abandonadas ni gravadas directamente. Finalmente, y atendida la inmaterialidad de las cosas intelectuales, no admiten su tenencia³⁶.

§3. Las cosas incorpóreas y la corporificación de derechos

24. El fenómeno de la corporificación de derechos. El ordenamiento jurídico reconoce la existencia de ciertas entidades patrimoniales en que confluyen íntimamente dos tipos de cosas, a saber, las corpóreas y las incorpóreas, entendiendo estas últimas en sentido jurídico, es decir, como derechos. Este

³⁶ *Ibíd.*, p. 61.

fenómeno de convergencia de tipos o especies de cosas en un mismo ente, se ha denominado como “corporificación de los derechos” o “derechos corporificados”, dentro de los cuales su principal exponente son los títulos de crédito.

Hay que anotar, que en principio las cosas incorpóreas (los derechos) son entidades jurídicas que, si bien por regla general recaen sobre una materia, ellas mismas tienen naturaleza inmaterial. De esta característica deriva que su circulación o traficabilidad en el ámbito jurídico sólo pueda tener lugar mediante actos jurídicos, a diferencia de las cosas corporales, las que pueden circular ya sea (i) jurídicamente, cuando lo que se transfiere o transmite es el dominio que recae sobre ellas y que, *stricto sensu*, tiende a confundirse dicho derecho con la cosa misma en la que recae; ya sea (ii) físicamente, en cuanto son susceptibles de posesión y mera tenencia, entendidas en su sentido más elemental referido a la aprehensión material de la cosa que se trate, y en cuyo caso hablamos de la entrega, ocupación, aprehensión o abandono de la cosa corporal.

Ahora bien, existe el fenómeno de que ciertos derechos (cosas incorpóreas) aparecen representados por una cosa corporal, consistente en un papel escrito o impreso, al que genéricamente se le denomina “documento” o “título”. Luego, si del acto jurídico documentado se sigue algún derecho, éste existe como entidad jurídica extrínseca y trascendente al documento,

subsistiendo con independencia del destino material de la cosa corporal de que se trate; hay que recordar, al efecto, que los documentos o títulos entendido a priori de la manera cómo lo hemos expuesto, tienen al menos dos finalidades, a saber, (i) la de servir de medio de representación de un acto jurídico ocurrido, en cuyo caso cumple la función de prueba, y (ii) como forma externa de ciertos actos jurídicos requeridos por la ley, en cuyo caso cumple la función de solemnidad del acto. Ahora bien, en el supuesto en el cual estamos trabajando, esto es, el del documento como prueba del acto jurídico y del documento como solemnidad del acto, la cosa corporal es a lo sumo una representación del acto de que se trate, pero no del derecho en sí y al cual sirve de soporte material.

A las funciones probatorias y de solemnidad que hemos descrito, se agrega en forma copulativa una tercera función, a saber, la de representar ya no solo un acto jurídico, sino el derecho mismo que emana de dicho acto jurídico, y en dicho supuesto el derecho así representado se hace intrínseco e inmanente al documento que le sirve de soporte material, ligando de esta forma la subsistencia del derecho mismo al destino material de la cosa corporal que lo representa. En especial, el derecho adquiere esta propiedad o cualidad de las cosas corporales, a saber, poder circular de la forma cómo a las cosas corporales les es posible hacerlo, tanto física como jurídicamente, mediante la traslación material del documento, sin perjuicio de poder y tener que, en algunos casos, circular mediante actos jurídicos determinados.

25. Consecuencias de la corporificación de derechos. De esta forma, el fenómeno de la “corporificación de derechos” consiste sintéticamente en la representación de una cosa incorporal por una corporal, que le sirve de sustento material, y en virtud del cual el derecho se vuelve intrínseco con dicho soporte en que consiste el documento, de manera tal que la existencia misma del derecho se sujeta a la existencia del documento. Ahora, hay que aclarar que el fenómeno descrito no significa que el derecho de que se trate sea introducido en el documento que le sirve de soporte, ya que aquel sigue permaneciendo en su estado de cosa incorporal como tal. Lo que acontece es que la perfección del documento hace nacer un derecho distinto, que emanada de la formalidad documental y no del acto causal; dicho de otra forma, la corporificación alude al fenómeno de que un derecho, en vez de nacer extrínseco a una cosa corporal, como es la regla general, en cambio nace representado por ella.

De lo visto, preciso es señalar que el derecho así representado sigue manteniendo su naturaleza de cosa incorporal, dado que (i) en primer lugar, el documento no es el derecho mismo sino una representación de éste, o si se prefiere, un soporte material del derecho; y luego (ii) atendido a que en el ámbito jurídico, el concepto de cosa incorporal no está necesariamente ligada a la sola inmaterialidad de la cosa que se trate, sino que debe tener fundamento

en el Derecho. Por ello, la conclusión es que la corporalidad del documento representativo no hace corporal al derecho representado de esta manera.

Título III

Críticas al concepto de cosa incorporal

26. Crítica jurídica: descripción patrimonial de la categoría corporal – incorporal. En la doctrina civil moderna, existen al menos dos críticas a la noción de cosa incorporal, que para efectos del presente trabajo, señalaremos brevemente.

La primera crítica que se formula es de orden jurídico, e indica que la distinción gayana entre cosa corporal (*res corporal*) y cosa incorporal (*res incorporal*), no hace en sí una clasificación de las cosas, sino que una descripción de la composición del patrimonio; así, no se niega que entre los bienes de una persona se encuentren tanto cosas corporales como incorporales. Sin embargo, fuera de este ámbito patrimonial, la supuesta distinción no se sostendría, como sí ocurre con otras clasificaciones de las cosas corporales, que son previas a la consideración de la cosa misma como integrante de un patrimonio determinado.

27. Respuesta a la crítica jurídica: sistematización de la categorización de las cosas. Esta crítica, así formulada, no es sostenible según la

reinterpretación que hemos efectuado de la distinción gayana entre cosas corporales (*res corporales*) y cosas incorpóreas (*res incorpóreas*).

Hemos visto que, en efecto, el género “cosas” admite una primera clasificación, atendiendo a la materialidad de la cosa de que se trate, en (i) cosas materiales, las que se identifican con las cosas corporales, y que corresponden a aquellas que tienen un ser real y pueden ser percibidas con los sentidos; y (ii) cosas inmateriales, que son aquellas que no tienen un ser real o físico, y sólo pueden percibirse por el intelecto. Luego, las cosas inmateriales admiten una subclasificación, atendiendo el origen de la creación de éstas o su fundamento, en (i) cosas intelectuales, que son aquellas cosas que, careciendo de materialidad, son una creación del intelecto o ingenio humano; y (ii) cosas incorpóreas, que son aquellas cosas que, acreciendo de materialidad, son una creación o tienen su fundamento en el Derecho. Las cosas incorpóreas son, para efectos del legislador, asimiladas a los “derechos”, entendidos en sentido amplio, según lo dispuesto en el artículo 565 inciso 3° del Código Civil.

Enseguida, las cosas incorpóreas (los derechos), admiten una clasificación, atendiendo a la patrimonialidad de ellos, en (i) derechos patrimoniales, que son aquellas cosas que, careciendo de materialidad y siendo una creación del Derecho, tienen carácter patrimonial; y (ii) derecho

extrapatrimoniales, que son aquellas cosas que, careciendo de materialidad y siendo una creación del Derecho, no tienen carácter patrimonial.

De esta última clasificación, observamos que se trata de aplicar la categoría de “bienes” a las cosas incorpóreas, resultando de ello que las cosas incorpóreas (los derechos) patrimoniales, son considerados y denominados por el ordenamiento jurídico como “bienes incorpóreas”, pero no agotan por cierto la especie de las cosas incorpóreas, que comprende además a los derechos extrapatrimoniales. Finalmente, las cosas incorpóreas patrimoniales (o bienes incorpóreas) admiten una subclasificación, atendiendo a la naturaleza misma del derecho patrimonial (bien incorpóreo) que se trate, en (i) derechos reales, que son aquellas cosas que, careciendo de materialidad, siendo una creación del Derecho objetivo, y teniendo carácter patrimonial, consisten en un derecho que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona, según lo declara el artículo 577 del Código Civil; y (ii) derechos personales, que son aquellas cosas que, careciendo de materialidad, siendo una creación del Derecho objetivo, y teniendo carácter patrimonial, consisten en un derecho que sólo puede reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas, según lo prescrito en el artículo 578 del Código Civil.

De la guisa anterior, resulta que la crítica jurídica a la noción de cosa incorporal no encuentra fundamento. La clasificación de las cosas se realiza, en un primer nivel, entre materiales e inmateriales. Luego, en un segundo nivel, dentro de las cosas inmateriales, se las clasifica entre cosas intelectuales y cosas incorporales. Posteriormente, en un tercer nivel, a las cosas incorporales se las clasifica en derechos patrimoniales y derechos extrapatrimoniales. Finalmente, en un cuarto nivel, a los derechos patrimoniales se los clasifica en derechos reales y derechos personales.

La crítica que intentamos refutar confunde dos niveles de categorización distintos, a saber, el primer nivel (correspondiente a la distinción atendida la materialidad de la cosa que se trate) y el tercer nivel (correspondiente a la distinción que atiende a la patrimonialidad de la cosa incorporal de que se trate); esta confusión es concordante, como dijimos en el acápite correspondiente, con la interpretación clásica de la distinción gayana entre cosas corporales (*res corporales*) y cosas incorporales (*res incorporales*), pues indicaría que todo bien es de carácter patrimonial. Al desecharse esta premisa, esto es, que no toda cosa es de carácter patrimonial, y a la vez, aceptándose que las cosas incorporales pueden tener carácter extrapatrimonial, como es el caso de los derechos extrapatrimoniales, la crítica expuesta no se sostiene.

28. Crítica lógica: equiparación entre derechos y objeto de derechos. La segunda crítica formulada a la noción de cosa incorporal, es de carácter lógico. Indica ella que la división efectuada entre cosas corporales e incorporales sitúa en un mismo nivel clasificatorio a dos entidades que en el Derecho ocupan niveles diferentes, pues como las cosas son objetos de los derechos, la relación existente entre éstos y aquéllas es de verticalidad, no pudiendo en consecuencia señalarse que los derechos son “cosas” incorporales, que resultaría en una relación de horizontalidad con las “cosas” corporales³⁷; lo que, adicionalmente, conduce necesariamente al fenómeno de los derechos sobre derechos.

La doctrina tradicional ha rebatido esta crítica, señalando al efecto que, si bien existe un desnivel lógico en la distinción gayana, el verdadero propósito de este jurista romano era meramente sistemático; al incorporar a los derechos (*iuras*) en el género de las cosas (*res*), y consecuentemente nivelar horizontalmente a los derechos (*iuras*) con los entes corporales (*corporas*), lo que hace es asociar la distinción filosófica entre lo corpóreo (*corporalia*) y lo incorpóreo (*incorporalia*) con la descripción romana clásica entre los cuerpos (*corpora*) y los derechos (*iuras*), que se genera al tener como característica común la patrimonialidad de ambos entes. De esta forma, señala esta corriente

³⁷ KIVERSTEIN, Abraham. Síntesis de derecho civil: de los objetos del derecho (bienes). Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 2ª edición, 1984 p. 2; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 61; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 23; BIONDI, Biondo. Op. Cit., p. 52 y ss.

doctrinaria que la distinción en comento se adapta, tanto en su época como en la actualidad, a la realidad del tráfico jurídico, puesto que los derechos (*iuras*) son objeto de ese tráfico mediante actos jurídicos, que los hacen circular de patrimonio en patrimonio³⁸.

Concluye, entonces, que en la práctica los derechos funcionan como las cosas corporales, y ello aunque se desterrara la denominación de “cosa incorporal” del lenguaje jurídico como propia de los derechos, aduciendo que de dicha manera el desnivel lógico en el que incurriría la distinción criticada pasaría a ser meramente lingüística, siendo aconsejable, *oculis conniventibus*, prescindir de dicho desnivel acusado³⁹.

29. Respuesta a la crítica lógica: consideraciones de la calificación de los derechos como cosas corporales. La respuesta dada por la doctrina clásica, empero, pareciera que no se hace cargo del problema de fondo planteado por esta crítica, dejando subsistente y reconociendo la existencia de un desnivel lógico en la comparación entre cosas corporales y cosas incorporales (entendidos como derechos).

Para un adecuado análisis debe considerarse que, en efecto, la distinción gayana efectúa una asimilación entre objetos materiales (cosas corporales) y

³⁸ BIONDI, Biondo. Op. Cit., p. 48.

³⁹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 23.

derechos (cosas incorporales), incluyéndolos dentro de un mismo género denominado “cosas”. Dicha distinción encuentra su fundamento, como lo hemos notado, en la confluencia de (i) la comparación romana clásica entre los cuerpos (*corpora*) y los derechos (*iuras*), la cual atiende a la característica común a éstos y aquéllos consistentes en su patrimonialidad y traficabilidad jurídica; y (ii) la distinción filosófica entre entes corpóreos (*corporalia*) y entes incorpóreos (*incorporalia*), que separa éstos de aquéllos en atención al criterio de materialidad física que tengan.

Desde la perspectiva de nuestra reinterpretación de la distinción gayana, apreciamos que la crítica en comento se concentra en el segundo nivel de distinción, a saber, aquel que clasifica a las cosas inmateriales, atendida la fuente de origen, en cosas intelectuales y cosas incorporales; en particular, la crítica se concentraría en la asimilación legislativa que se hace de las cosas incorporales, esto es, de aquellas cosas que carecen de un ser real y que tienen su fundamento en el Derecho, con los derechos, ya sea que éstos se entiendan en sentido restringido (*i.e.*, derechos patrimoniales) o en sentido amplio (*i.e.*, derechos patrimoniales y extrapatrimoniales), dado que los “derechos” son entidades de naturaleza distinta a las cosas corporales, que son objeto de aquéllos.

La crítica apuntaría, entonces, al hecho de que se considere a los derechos como “cosas”, atendida la naturaleza particular de ellos. Por lo cual, corresponde ver cuál es la razón que tuvo en vista nuestro legislador civil para incluir dentro del género de las “cosas” a los “derechos”; dicha respuesta, por cierto, necesita meditar acerca de las bases mismas del sistema de bienes de nuestro ordenamiento jurídico civil.

A nuestro parecer, el problema radica en una confusión considerativa acerca de lo que se entiende por “cosa”. Hemos planteado a lo largo de este capítulo, que la distinción efectuada por Gayo entre cosas corporales e incorporeales es el resultado de la combinación de dos ecuaciones jurídicas distintas, que son la de origen romano entre *corpora - iuras*, y la filosófica entre *corporalia - incorporalia*. De dicha guisa, resultaron los conceptos de *corporale - incorporale*, a los cuales Gayo agregó un sustantivo que antecedió a cada categoría, a saber, el de “cosa” (*res*), originando en consecuencia a las “cosas” corporales (*res corporales*) y a las “cosas” incorporeales (*res incorporeales*).

Prescindiendo momentáneamente de la utilización del vocablo “cosa” para referirnos a las los entes corporales e incorporeales, debemos acotar que la creación gayana resulta en un género que agrupa a las dos especies descritas, razón que nos lleva a decir que debe poseer al menos una característica común a ambas. Nosotros hemos descartado que dicha característica común entre los

entes corporales y los incorporales sea su patrimonialidad, ya que dicha categoría de distinción conceptual es paralela y diversa de aquella que se refiere a la materialidad del ente que se trate. Siendo así, entonces, otro debe ser el elemento común que permite afirmar la existencia de un género omnicomprensivo de los entes materiales o corporales y de los entes inmateriales, y en específico, de los incorporales (entendidos como derechos).

Ese elemento parece no existir. Ello implica, entonces, que el género denominado “cosas” se determina por exclusión, es decir, debemos averiguar qué entes no son cosas, puesto que todo el resto será considerado como cosa. Siendo así, resulta que “cosa” es todo aquello que no es persona.

Cierto es que la distinción efectuada por Gayo no contempla una definición de cosa, ni lo hacen por cierto los sistemas normativos que se basan en alguna medida en ella. Tampoco lo ha hecho, en forma precisa, gran parte de la doctrina civilística; e incluso, muchos autores definen a la cosa como aquello que tiene existencia física, pero a continuación reconocen que una de las clasificaciones de las cosas es aquella que las distingue entre corporales e incorporales, sin hacerse cargo del hecho que una cosa incorporal, por el hecho de no tener existencia material o física en el mundo, bajo su definición de “cosa”, no podría ser catalogada como tal. Creemos que dicha inconsistencia viene de considerar que el concepto de cosa sería una creación anterior a la

distinción de Gayo, y que correspondería a la comparación efectuada en el Derecho romano clásico entre cuerpos (*corpora*) y derechos (*iuras*), entendiendo que a los primeros los juristas romanos denominaban propiamente “cosas”.

Y este es el punto crucial; el concepto de “cosa” no es previo a Gayo, sino que nace con él. Ello significa que lo que supuestamente los juristas romanos clásicos entendían por cosa (*i.e.*, los cuerpos o *corporas*) no es lo que la dogmática jurídica entiende por cosa. Pero Gayo tampoco definió lo que es una cosa, y no lo hizo porque no era su finalidad hacerlo; el objetivo de la creación teórica del género cosas (*res*) era el poder agrupar a entes materiales y a entes inmateriales, aplicando al efecto la combinación de dos ecuaciones jurídicas ya discutidas. El resultado de ello es, entonces, que al no existir una definición de las cosas, ella debe buscarse en un elemento común a las especies de cosas que Gayo describe, esto es, a las corporales (materiales) y a las incorporales (inmateriales, desde la perspectiva sostenida en este trabajo). Y dado que *stricto sensu* no existe ningún elemento que pueda ser común a ellas (habiendo descartado de antemano que se trate de la patrimonialidad), sólo queda decir que las cosas se definen por exclusión de aquello que no puede ser cosa.

Así, siendo que lo que no puede ser considerado como cosa son las personas y solo las personas, resulta que las cosas son todo lo demás, esto es, todo lo que tenga existencia (material o ideal) en el mundo y que no sea persona.

Nuestro legislador civil parece seguir esta lógica al tratar sobre la materia. Cuando el libro II de nuestro Código Civil regula el sistema normativo de los bienes, utiliza como concepto base el de “cosas”, sin definir las legalmente. Por ello, la doctrina ha entendido por tales a todo lo que tiene existencia en el mundo, y que no sea persona; en otras palabras, se recurre a un criterio omnicomprendivo, que abarca diferentes tipos de entes de las más diversas índoles y tipologías, excluyendo únicamente a las personas de tal consideración normativa. Luego, el rasgo común a todo lo que puede ser entendido como “cosa” es su existencia misma, sin ulterior distinción, lo que coincide plenamente con lo concluido, y es consistente con toda la exposición y sistemática planteada a lo largo de este trabajo.

Podemos aseverar, entonces, que dado que para el ordenamiento jurídico “cosa” es todo aquello que tiene existencia (material o ideal) en el mundo y que no es persona, comprende dentro de ella tanto a los entes corpóreos (cosas materiales) como a los entes incorpóreos (cosas inmateriales), y dentro de éstas, a aquellas que son creación del intelecto

humano (cosas intelectuales) y las que son creación del Derecho (cosas incorpóreas o derechos). Luego, el hecho que la naturaleza de los derechos sea radicalmente diversa de la de las cosas corporales, y que lógicamente se encuentren en niveles distintos desde la perspectiva de la relación jurídica, no quita que ambos sean considerados, para efectos legales, como “cosas”.

CAPÍTULO II

CONCEPTO DE POSESIÓN DE DERECHOS

Título I

Origen y evolución de la posesión de cosas incorporeales

§1. Historia de la posesión de cosas incorporeales

30. Posesión de derechos en el Derecho Romano clásico. En el desarrollo del Derecho romano clásico, la posesión (*possessio*) consistía en una detentación material de una cosa, razón por la cual sólo era posible ser ejercida respecto de cosas corporales (*res corporales*)⁴⁰, lo que es explicado en el Digesto al decir que “[p]ueden poseerse las [cosas] que son corporales”⁴¹.

La explicación de esa regla la encontramos en el desarrollo y comprensión que se tenía en el Derecho Romano clásico del derecho de dominio (*dominium*) sobre las cosas. Al efecto, el dueño de una cosa no tenía

⁴⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho privado romano (1996), p. 479; KASER, Max. Op. Cit., p. 90.

⁴¹ Dig. 41.2.3.

un derecho (*ius*) sobre ella, sino que ésta le pertenecía en plenitud, fuese en forma actual o potencial, y en todos los aspectos; de ahí que el vocablo dominio (*dominium*) era una forma descriptiva utilizada en la jurisprudencia romana para señalar esta situación de pertenencia plena de una cosa corporal a una persona, sin perjuicio que su tratamiento institucional siga perteneciendo al Derecho. De esta manera, el dominio de una cosa se confundía con ella misma, no constituyendo en consecuencia un derecho (*ius*) separado de la cosa objeto de él⁴². El profesor George Ripert explica esta situación, señalando que “el derecho de propiedad, que es el más completo que pueda tener una persona sobre una cosa, se identifica, por decirlo así, con las cosas; se materializa en ellas y aparece como siendo algo corpóreo (...); los derechos distintos del de propiedad son los separados de la cosa con que se relacionan y eso se traduce por la necesidad de emplear un lenguaje más preciso (...). En eso consiste la distinción, heredada del derecho romano, entre los bienes corpóreos y los bienes incorpóreos y que se traduce en una antítesis entre el derecho de propiedad confundido con las cosas, por una parte, y todos los otros derechos, por la otra”⁴³.

⁴² Vid. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 61; GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho privado romano (1996), p. 450; CAPITANT, Henry y COLIN, Ambrosio. Op. Cit., p. 464; GALIANO, José. De las cosas, la posesión y acciones posesorias. Buenos Aires, Argentina, Libreros Editores Jesús Menéndez e Hijo, 1923, p. 12; MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Lecciones de derecho civil. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, tomo II, volumen IV, p. 136; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil. Madrid, España, Editorial Tecnos S.A., 6ª edición, 1998, p. 114-115; KASER, Max. Op. Cit., p. 101 y ss.; CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, tomo VI, volumen III, p. 12.

⁴³ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 78.

Esta regla explica, entonces, que al tratar de la posesión de las cosas, y que constituye en sí una situación de hecho caracterizada por la tenencia de la cosa corporal, lo que busca destacar es el ejercicio del dominio que se tiene (real o aparentemente) sobre dicha cosa corporal⁴⁴. Bajo esa premisa, el pretor amparaba la tenencia de las cosas corporales con apariencia de dominio mediante la dictación de interdictos posesorios.

Pero a su vez, era posible solicitar la dictación de interdictos posesorios denominados “útiles”, los que amparaban la detentación de una cosa corporal que se hacía ya no por su tenencia dominical (real o aparente), sino por la constitución de un usufructo sobre la cosa corporal de que se tratase, o bien por el ejercicio de una servidumbre en un predio sirviente⁴⁵. Se trata, pues, de una situación de mera tenencia de la cosa corporal, fundamentada en la existencia de un derecho no dominical que recaía sobre ella⁴⁶.

En ninguno de los dos casos, a saber, la tenencia de la cosa corporal con apariencia de dominio o su mera tenencia en función de la existencia aparente de un derecho recaído en ella, se examinaba por el pretor la existencia efectiva

⁴⁴ En este sentido, RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 108.

⁴⁵ Vid. MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Op. Cit., p. 136.

⁴⁶ Vid. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. Cit., p. 122; EGAÑA, Manuel Simón. Op. Cit., p. 136; VON IHERING, Rudolf. Tres estudios jurídicos. Buenos Aires, Argentina, Editorial Atalaya, 1947 (traducción de Adolfo González Posada), p. 147; PESCIO, Victorio. Manual de Derecho Civil. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1951, tomo IV, p. 227.

del dominio (*dominium*) o del derecho no dominical sobre la cosa corporal para otorgar la protección jurídica de los interdictos posesorios, sino que se limitaba a verificar la concurrencia de la situación de hecho, esto es, la posesión de la cosa entendida como tenencia material de ella. Esta situación permite, por ende, establecer la base de una analogía entre la tenencia ejercida por el titular de un derecho distinto del dominio sobre la cosa corporal y la posesión de cosas corporales propiamente tal.

Así, Gayo se refirió a esta situación de tenencia de una cosa corporal en ejercicio de un derecho no dominical, como el usufructo o una servidumbre, y que se encontraban protegidos por interdictos posesorios útiles, con el concepto de cuasiposesión (*quasi possessio*)⁴⁷. De esta manera, Gayo constituye un punto de partida para la referencia y tratamiento de la posesión de derechos, al atribuir a la cuasiposesión el mismo significado que la mera tenencia; tendencia que es recogida y desarrollada por otros juristas clásicos como Ulpiano o Papiniano, quienes reconocen la protección interdictal que le asiste a quien de algún modo estuviere en posesión de una cosa en virtud de un usufructo⁴⁸, como asimismo a quien ha perdido la cuasiposesión de este derecho⁴⁹.

⁴⁷ Gai. 4.139.

⁴⁸ Dig. 43.16.3.17.

⁴⁹ Dig. 4.6.23.2.

Por lo visto, en el periodo clásico del Derecho Romano no se alude con la expresión cuasiposesión (*quasi possessio*) a una posesión de derechos propiamente tal, sino que a una situación de hecho referida a una cosa corporal; vale decir, se trataría de lo que en nuestro ordenamiento jurídico se reconoce como “mera tenencia”, ya que versaría sobre la detentación material de una cosa corporal al alero de un derecho no dominical, diferenciándose de la verdadera posesión, caracterizada por ejercerse con título de dominio (*dominium*)⁵⁰. Adicionalmente, la figura de la cuasiposesión del Derecho Romano clásico no adquirió trascendencia a efectos de la usucapión (*usucapio*), por lo cual no se podía adquirir por el transcurso del tiempo la titularidad de los derechos no dominicales que servían como sustento a la tenencia de la cosa corporal de que se tratare⁵¹.

31. Posesión de derechos en el Derecho Romano postclásico. Durante el periodo postclásico se abre la posibilidad de un desarrollo verdadero de la posesión de derechos⁵², que encuentra un tratamiento indistinto como cuasiposesión (*quasi possessio*) o como posesión de derechos (*possessio iuris*), siendo dicha terminología utilizada ya para referirse al derecho de que se

⁵⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho privado romano (1996), p. 504.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 503.

⁵² *Ibíd.*, p. 505.

trate⁵³, o bien distinguiéndola de la posesión de la cosa corporal sobre la que el derecho poseído recae⁵⁴.

Este desarrollo de la posesión de derechos (*possessio iuris*) es una consecuencia de la aplicación de la prescripción de largo tiempo (*longi temporis praescriptio*) a los derechos de usufructo y de servidumbre, que se analizan en paralelo con la usucapión (*usucapio*) del dominio. Al efecto, la usucapión es entendida como un modo de adquirir el dominio de las cosas, reconocida por el Derecho civil romano, y que operaba con efecto inmediato (*ipso iure*); en paralelo, la prescripción de largo tiempo (*longi temporis praescriptio*) es una institución consistente en una excepción mediante la cual el poseedor actual de una cosa, que se encontraba de buena fe y con justo título de tenencia, enervaba la acción del anterior poseedor para recuperar la cosa. De esta manera, la institución de la prescripción de largo tiempo no era entendida como un modo de adquirir el dominio propiamente tal de la cosa poseída, sino que un remedio de orden procesal y relativo, puesto que en su carácter de excepción no necesariamente operaba respecto de otros demandantes.

La prescripción de largo tiempo (*longi temporis praescriptio*) nace en el Derecho Romano de las provincias, puesto que en ellas no se reconoce un derecho de dominio (*dominium*) sobre las cosas, sino que sólo podía ejercerse

⁵³ Dig. 7.6.3., 43.17.4., 8.5.10.

⁵⁴ Dig. 43.26.2.3.

la posesión de éstas. Posteriormente, esta institución fue reconocida y ampliada por el derecho civil romano, sirviendo en forma generalizada tanto para los derechos recaídos sobre cosas corporales (derechos reales) como para los derechos crediticios (derechos personales), aunque en el caso de los derechos personales sólo servía en función extintiva y no adquisitiva del derecho de que se trataba. De esta forma, la excepción de prescripción de largo tiempo podía ser intentada por todo aquel que actualmente ejerciera de hecho el contenido de un derecho determinado, cuando otro negara judicialmente su existencia⁵⁵.

La posibilidad que otorgaba la prescripción adquisitiva de derechos reales distintos del dominio de la cosa, favoreció la idea de que debía existir una suerte de posesión de estos derechos (*iuras*) como un antecedente previo, en manera análoga a cómo la usucapión se fundaba en la posesión de la cosa corporal (*res corporal*). Ahora bien, los juristas romanos entendían que sólo cabía hablar de posesión donde podía haber dominio (*dominium*), y puesto que el dominio sólo podía recaer sobre cosas corporales, resultaba que la posesión en su auténtico significado sólo podía ejercerse sobre cosas corporales. De ello, se sigue que la situación de un titular de un derecho real no dominical respecto de una cosa corporal sobre la que recaía dicho derecho, no podía ser posesoria; y es por esta razón que la prescripción de largo tiempo fue aplicada

⁵⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho privado romano (1996), p. 506.

directamente al derecho de que se tratase, y no a la cosa corporal sobre la que recaía este derecho.

De esta guisa, se obtiene que la terminología de cuasiposesión (*quasi possessio*) no fue aplicada a la tenencia de una cosa corporal en función de un derecho real no dominical, como el usufructo o el ejercicio de una servidumbre, sino que fue referido directamente a la posesión de un derecho, la que no podía constituir directamente posesión (*possessio*) ya que ésta, la verdadera posesión, estaba referida únicamente a la tenencia de cosas corporales. Por esta razón, para los juristas romanos del periodo postclásico lo que se (cuasi)poseía era directamente el derecho, y no la cosa corporal en la cual se ejercía dicho derecho.

En definitiva, para el Derecho Romano la posesión consistía en el ejercicio del contenido del dominio (*dominium*) sobre una cosa, sea que dicho dominio fuese real o aparente. Ello se logra concluir al considerar que, para los juristas romanos, el dominio de una cosa se encontraba indisolublemente ligado a ella, confundiéndose entonces el derecho y la cosa objeto del derecho, y pudiendo en consecuencia saltar el paso lógico entre el ejercicio del contenido del derecho de dominio y la tenencia o aprehensión material de la cosa corporal en la que se ejerce dicho contenido, derivando en una sinonimia atécnica entre ambas premisas, y referirse sin más a la posesión como la tenencia material de

la cosa corporal. Por el contrario, para el caso de que se tratara de un derecho no dominical, no existía dicha sinonimia entre ejercicio del contenido del derecho y tenencia de la cosa sobre la que recae dicho derecho, por lo cual los juristas romanos postclásicos debían entender que la situación del sujeto titular del derecho no dominical respecto de la cosa sobre la que recaía dicho derecho, no era ni podía ser posesoria; así las cosas, resultan dos niveles de análisis, a saber, (i) la situación del sujeto titular del derecho cuyo contenido se ejerce, respecto de la cosa corporal en la que se ejerce dicho contenido, y (ii) la situación del sujeto respecto del derecho cuyo contenido se ejerce.

Respecto de la primera premisa, a saber, la situación del sujeto titular del derecho cuyo contenido se ejerce, respecto de la cosa corporal en la que se ejerce dicho contenido, al no poder ser posesoria por no tratarse de un ejercicio dominical sobre la cosa en cuestión, se generaba una situación de mera tenencia de ella, es decir, se detentaba materialmente la cosa corporal ya no en función de ser o creerse dueño de ella, sino por el ejercicio de otro derecho no dominical que recaía sobre la cosa y que requería de su detentación para ello.

Respecto de la segunda premisa, a saber, la situación del sujeto respecto del derecho cuyo contenido se ejerce, los juristas romanos postclásicos concluyeron que, al no ser una cosa corporal, no se trataría de una verdadera posesión, pero de la aplicación de la prescripción de largo tiempo

(*longi temporis praescriptio*) a estos derechos no dominicales para su adquisición, resultaba que debía haber una situación similar a la posesión existente, por lo que ésta fue tratada como cuasiposesión (*quasi possessio*), la que terminológicamente también fue tratada como posesión de derechos (*possessio iuris*).

32. Las fuentes justinianas y la época de los glosadores. De lo expuesto, resulta claro que para los juristas romanos clásicos la denominada cuasiposesión o posesión de derechos consistía en una situación de hecho con respecto a una cosa corporal, no pudiendo poseerse ni por ende usucapirse los derechos no dominicales, ya que técnicamente corresponderían a cosas incorpóreas (*res incorporales*). Por otro lado, para los juristas romanos del periodo postclásico se afianza la idea de que existe una especie de “tenencia” del derecho no dominical mismo, lo que se fundaría en la aplicación de la prescripción de largo tiempo para la adquisición de éstos. Todo lo anterior, basados en la creencia uniforme de confundir e integrar al derecho de dominio con la cosa objeto de éste, entendiendo que la tenencia del derecho de dominio y el ejercicio de su contenido era la tenencia de la cosa corporal misma.

En el periodo justiniano, estas ideas antagónicas se entremezclan sin que se haya podido unificar un criterio en la materia. Sin embargo, en la época medieval operó por defecto una generalización de carácter lingüístico. Así, si

bien en el *Corpus Iuris Civilis* se consigna la idea de que la posesión de derechos estaba referida a la posesión del derecho de usufructo, de las servidumbres y de las herencias, dicha noción fue ampliada para abarcar ahora a todas las cosas incorporales (*res incorporales*) en general.

No obstante aquello, la aplicación técnica del concepto del posesión de derechos fue reservada para los derechos reales. Señalan los autores de dicho periodo que “la posesión es la detentación de una cosa corporal, habiendo concurrido el cuerpo y el entendimiento lo mismo que el apoyo del derecho (...) porque las cosas incorporales no pueden ser poseídas, ni usucapidas ni entregadas, pero se dicen cuasiposeerse y cuasientregarse por paciencia y uso, y en virtud de esta cuasiposesión se dan interdictos”⁵⁶, y que en definitiva “no hay verdadera posesión en las cosas incorporales”⁵⁷; de manera más específica, se señala que “las cosas incorporales, como las servidumbres, impropriamente se las dice poseer”⁵⁸, agregando que “más impropriamente aún (se dice que) el acreedor (posee) el derecho que tiene en la deuda (...) e impropísimamente cuando se dice que el deudor mismo posee este derecho de deuda”⁵⁹.

⁵⁶ C.I. 7.3.

⁵⁷ Gl. Possessor ad Dig. 8.5.6.1.

⁵⁸ Gl. Ius ad Dig. 5.3.9.

⁵⁹ *Ibíd.*

33. Recepción de la posesión de derechos en el Derecho Común. El concepto de posesión de derechos, como noción incubada en la época romana y tecnicada en el periodo de los glosadores, fue recogida por el jurista francés Robert J. Pothier, quien señala al efecto que solo las cosas corporales son susceptibles de posesión; y sin embargo agrega que las cosas incorporales, es decir, aquellas que consisten en derechos, no siendo susceptibles de una verdadera posesión, lo son empero de una cuasiposesión. Para Pothier, esta cuasiposesión de un derecho consiste en el goce que de él tiene aquel al que pertenece, y si bien dicha denominación técnica pareciera omnicomprendiva de todo tipo de derechos subjetivos⁶⁰, los restringe a los derechos reales.

La noción de cuasiposesión desarrollada por Pothier informó a la mayor parte de las legislaciones modernas. Así, el Código Civil francés señala en su artículo 2228 que la posesión consiste en la detentación de una cosa o el goce de un derecho⁶¹; el Código Civil austriaco en su párrafo 311 indica que todos los bienes corporales e incorporales que son objeto de comercio jurídico pueden ser poseídos; el artículo 430 del Código Civil español, al distinguir entre la posesión natural y civil, señala respecto de la primera que se trata de la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona, y respecto de la segunda, como esa misma tenencia o disfrute, unida a la intención de haber la cosa o el derecho como suyo; el artículo 1140 del Código Civil italiano

⁶⁰ Vid. PESCIO, Victorio. Op. Cit., p. 228.

⁶¹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 145.

señala que la posesión es un poder ejercido sobre la cosa y que se manifiesta en una actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad o de otro derecho real. Por el contrario, el Código Civil alemán (Libro III, sección 1ª, párrafos 854 y siguientes) desconoce la posesión de derechos, pues su teoría posesoria considera como cosas sólo a las corporales⁶². En nuestro continente, destaca el artículo 3833 del Proyecto de Código Civil del profesor Freitas, para quien solo las cosas corporales son susceptibles de posesión propiamente dicha, mientras que las cosas incorpóreas no son susceptibles de una verdadera posesión, más sí de una cuasiposesión⁶³. La misma doctrina fue seguida por Vélez Sársfield en Argentina⁶⁴.

§2. Posesión de derechos en el Código Civil chileno

34. La posesión de derechos en el Proyecto de Código Civil de 1853. El concepto de posesión de derechos, en nuestro ordenamiento jurídico, es tratado originalmente en el Proyecto de Código Civil de 1853, el cual señalaba

⁶² Vid. WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter. Derechos reales. Madrid, España, Fundación Cultural del Notariado, 7ª edición, 1998, volumen I (traducción de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez-Rosado), p. 289 y ss.; PAZ, Jesús H. Op. Cit., p. 35.

⁶³ Vid. PAZ, Jesús H. La posesión en el proyecto de reforma del Código Civil. Buenos Aires, Argentina, Investigaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1941, p. 33.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 34.

en su artículo 858 que “[s]olo las cosas corporales son susceptibles de verdadera posesión. Las cosas incorporeales, sin embargo, admiten una cuasi posesión, que es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión propiamente dicha”.

Este artículo contiene dos marcadas influencias doctrinarias. Por un lado, don Andrés Bello señala respecto de las cosas incorporeales que como éstas no pueden tocarse, tampoco pueden propiamente poseerse, y sólo serían, en el lenguaje de los jurisconsultos romanos, de cuasiposesión. Dicha afirmación tiene su antecedente directo en la obra de don Johann G. Heineccius, quien a propósito de las cosas incorporeales, indica que no pudiendo tocarse éstas, se sigue que propiamente no se poseen, sino que se cuasi poseen. De esta manera, este autor manifiesta que las cosas incorporeales no están en dominio, pues habiendo definido a éste como un derecho en cosa corporal, no podría decirse que otros derechos, como el de prenda, de servidumbre, o bien una obligación están en el dominio de un sujeto; y sin embargo, como los derechos y las obligaciones nos hacen más ricos y no están destituidos de precio, y siguiendo en esta parte el ideario de Gayo al efecto, concluye que se dice que éstos están en nuestros bienes⁶⁵.

⁶⁵ HEINECCIUS, Johann Gottlieb. Elementos de Derecho Romano según el orden de las Instituciones. Madrid, España, Imprenta de don Pedro Sanz, 1830 (traducción de José Vicente), párr. 359.

Por otro lado, se reconoce la influencia de la obra de Pothier en la redacción del artículo en comento, al decir de este autor que la cuasiposesión es susceptible de las mismas cualidades y de los mismos vicios que la verdadera posesión.

Para don Andrés Bello, siguiendo en esta materia la tradición romana, la verdadera posesión es aquella que se ejerce respecto de cosas corporales; mientras que las cosas incorpóreas, esto es, los derechos, son objeto de una cuasiposesión, toda vez que no pueden poseerse por falta del elemento material en ellas⁶⁶.

35. Reforma en el Proyecto Inédito de Código Civil. En el Proyecto Inédito de Código Civil, en tanto, la disposición original contenida en su artículo 856 quedó redactada a como la vemos hoy en el artículo 715, a saber, señalando que “[l]a posesión de las cosas incorpóreas es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal”. La modificación que al efecto operó en el Proyecto Inédito de Código Civil consistió en la supresión de la referencia hecha por don Andrés Bello a que sobre las cosas incorpóreas no existía una verdadera posesión, eliminando de esta manera la referencia a la “cuasiposesión” y en su lugar adoptar la formulación de “posesión de cosas

⁶⁶ Vid. BIONDI, Biondo. Op. Cit., p. 48 y ss.

incorporales”, volviendo omnicomprensiva la noción de posesión tanto para las cosas corporales como para las incorporales.

De lo anterior, pareciera que la intención del legislador a la hora de regular la posesión de derechos, fue asimilar su contenido y alcance con la posesión de cosas corporales, comprendiendo bajo el instituto de la posesión tratado en el título VII del Libro II del Código Civil, tanto a la posesión propiamente tal (de cosas corporales) del Derecho Romano clásico, como a la posesión de derechos, para lo cual no existiría en principio una diferenciación conceptual con la tenencia de una cosa corporal. También se explica, tal como ocurrió con el legislador civil francés del *Code Civil*, que la indistinción del uso del término posesión para referirse tanto a la de cosas corporales como de cosas incorporales, al hecho de que sus efectos prácticos son los mismos; situación que, por cierto, encuentra su origen remoto en la clasificación de las cosas efectuada por Gayo, la que, como vimos, en realidad pretendía agrupar en un género común a las cosas corporales y a los derechos, por su característica de patrimonialidad y traficabilidad jurídica.

36. Posesión de derechos en el Código Civil. Nuestro legislador civil, al tratar sobre la posesión en el párrafo 1° del Título VII del Libro II del Código Civil, nada indica acerca de la posesión de derechos más que lo establecido en el artículo 715, señalando que “[l]a posesión de las cosas incorporales es

susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal”. Luego, existen disposiciones dispersas que tratan asistemáticamente de la posesión de derechos, entre otros, los artículos 1576 inciso 2°, que trata sobre el pago hecho al poseedor del crédito; artículo 1907, sobre cesión de derechos; y el artículo 310 y siguientes, que tratan de la posesión del estado civil.

Esta ausencia en el tratamiento normativo de la posesión de derechos, pareciera ser suplida ideológicamente en el Mensaje del Código Civil, el que nos señala al efecto que “[t]oda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio; no es poseedor de una finca sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella. Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee sólo el usufructo de ella, que es un derecho real y por consiguiente susceptible de posesión. Pero el arrendatario de una finca nada posee, no goza más que de una acción personal para la conservación de los derechos que le ha conferido el contrato”. El tratamiento que en esta parte del Mensaje del

Código Civil se hace de la posesión de derechos, puede ser dividido en cinco secciones, cada una con una conclusión particular.

En primer lugar, se nos señala una característica esencial de la posesión, a saber, la realidad o apariencia de dominio. Implica lo anterior, y siguiendo en la materia a la doctrina clásica del Derecho Romano, que quien posee una cosa requiere hacerlo a título dominical, independiente de la existencia o inexistencia del derecho de dominio sobre la cosa poseída.

En segundo lugar, se nos indica que no se es poseedor de una cosa sino el que la tiene como suya, sea que la tenga materialmente aprehendida en su poder, o bien que la tenga otra persona en su poder y que lo reconozca como dueño de ella. Bajo esta premisa, lo que reconoce el legislador es que la tenencia de una cosa no necesita ser efectiva (aprehensión material de la cosa) para constituir posesión, sino que basta con una potencialidad de aprehensión, que en este caso está singularizada en el supuesto de un tercero que tiene la cosa y que reconoce en el sujeto su calidad de dueño, vale decir, la tiene en lugar y a nombre de él.

En tercer lugar, se señala que dado que existen otros derechos reales, quien no es poseedor del derecho de dominio, puede serlo de otros derechos reales. Con ello, el legislador estaría reconociendo la posibilidad de poseer

derechos, pero limitados a los derechos reales que enumera, *i.e.*, el usufructo, el uso y la habitación, el derecho real de herencia, el derecho de prenda, el derecho de hipoteca, y el derecho de servidumbre; todos ellos enumerados en su calidad de tales por el artículo 577 inciso 1° del Código Civil. En ello, nuevamente se sigue la tradición heredada del Derecho Romano, donde se limitaba la posibilidad de poseer un derecho (*iura*) a aquellos de carácter no dominical que recayeren sobre una cosa corporal (*res corporal*), y que el legislador chileno los asimila a los derechos reales ya mencionados.

En cuarto lugar, manifiesta el mensaje la forma en cómo se entiende la operatividad de la posesión de derechos, utilizando como ejemplo el caso del usufructo. Al efecto, indica primeramente que el usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; con ello, marca una notable diferencia entre la posesión del derecho real de dominio y la posesión de otros derechos reales, puesto que la tenencia de una cosa invistiendo real u ostensiblemente el dominio de ella, constituye para el legislador la posesión propiamente dicha, mientras que la tenencia de una cosa a título no dominical no constituye posesión de ella, sino que sería una mera tenencia de ésta. A continuación, señala que el usufructuario posee sólo el usufructo de la cosa sobre la que recae éste, que es un derecho real y por consiguiente susceptible de posesión; con lo que se entiende que lo que es el objeto de la posesión de derechos es, perdonando la redundancia, el derecho

mismo y no la cosa sobre la que éste recae. Por último, no es menor la indicación hecha al final de esta parte, en la cual se menciona que el usufructo, por el hecho de ser un derecho real, es susceptible de posesión, con lo que mostraría su tendencia a considerar, a priori, que sólo los derechos reales son susceptibles de posesión, sin explicar empero las razones de dicha opción.

Finalmente, en quinto lugar, nuestro legislador acota en el Mensaje que los derechos personales no son susceptibles de posesión, utilizando para ello el ejemplo del arrendatario de una finca, del cual dice que nada posee, y que sólo goza de una acción personal para la conservación de los derechos que le ha conferido el contrato respectivo.

De esta guisa, nuestra doctrina ha entendido agotado el tratamiento de la posesión de derechos, argumentando mayoritariamente que ésta es reconocida por nuestro legislador a la luz de lo expuesto en el artículo 715 del Código Civil, y que ella se limitaría a los derechos reales en razón de lo expuesto en el Mensaje del Código Civil.

Título II

Marco teórico del estudio de la posesión de derechos

§1. Estructura general de la posesión en el Código Civil

37. Concepto de posesión. Como pocas materias dentro del Derecho Civil patrimonial, la posesión es una de las más controvertidas doctrinariamente partiendo, desde el ámbito jurídico, por su concepto, naturaleza, elementos configurativos, fundamento de protección y relación con otras instituciones del Derecho Civil, fundamentalmente con la prescripción adquisitiva, entre otras⁶⁷. Sin ir más lejos, el Código Civil la define en su artículo 700 inciso 1° diciendo que “[l]a posesión es 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 sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”⁶⁸.

Etimológicamente, el término posesión viene del latín *possessio*, que a su vez se descompone en los sufijos *possí*, proveniente de *potis* (capaz) y

⁶⁷ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 324.

⁶⁸ De este concepto, parte de nuestra doctrina nacional concluye que en la materia el legislador civil sigue una concepción subjetiva de la posesión. Al respecto, vid. *Ibíd.*, p. 328; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Tratado de los derechos reales: bienes. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 6ª edición, 2005, tomo I, p. 359; CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado (1992), p. 415 y ss.

sedere (sentarse)⁶⁹; este significado ya lo encontramos en el periodo clásico del Derecho Romano, al decir del jurista Marco Antistio Labeón que la palabra “posesión” viene de “*sede*”, como si se dijera “posición”, porque la tiene naturalmente el que se instala en ella, lo que los griegos llaman *hatoche* (o retención)⁷⁰. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua lo define como “tener derecho al uso y disposición de una cosa, y por extensión, gozar del uso y disposición de una cosa, aunque no se tenga el derecho legal sobre la misma”. Para un sector de la doctrina, etimológicamente la posesión significaría asentarse, fijarse, o instalarse en la cosa, lo que conllevaría en el concepto la idea de poder o potencia⁷¹; así, morfológica y fonéticamente la voz posesión (*possessio*) implica la afirmación de “sentirse como señor”⁷².

38. Elementos configurativos de la posesión. En cuanto a los elementos que configuran la posesión, existen dos corrientes predominantes que han llegado a constituirse como las teorías clásicas en la materia. Por un lado, la llamada “concepción subjetiva”, desarrollada por el profesor Friedrich K. von Savigny⁷³, que con base en las fuentes romanas concibe a la posesión con la concurrencia copulativa de dos elementos, la tenencia de la cosa (*corpus*) y el ánimo de

⁶⁹ Vid. EGAÑA, Manuel Simón. Op. Cit., p. 131; GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho privado romano (1996), p. 479; OVEJERO, Daniel. La posesión. Buenos Aires, Argentina, Compañía Impresora Argentina S.A., 1942, p. 10 y ss.; KASER, Max. Op. Cit., p. 11; PEÑAHERRERA, Víctor Manuel. La posesión. Quito, Ecuador, Editorial Universitaria, 1965, p. 34.

⁷⁰ Dig. 41.2.1.

⁷¹ OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 10.

⁷² *Ibíd.*, p. 11.

⁷³ Vid. SAVIGNY, M. tratado de la posesión. Madrid, España, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845.

dueño (*animus*). Respecto del primero, indica que se trataría de la aprehensión o contacto físico con la cosa y en cuya virtud se dispone materialmente de ella; aunque bien, en el desarrollo doctrinario de este elemento se ha aceptado que puede consistir en la posibilidad de disponer de la cosa, aun cuando no se tenga contacto físico directo con ella. Ello ha llevado a parte de los autores a proponer que la configuración del elemento material lo constituye un poder de dominación sobre la cosa, de carácter jurídico, el que puede adoptar diversas variantes. En cuanto al segundo elemento, *i.e.*, el ánimo de dueño (*animus*), se dice que se trata de un elemento de orden intelectual o psíquico, consistente en tener la cosa a título de dueño de ella, precisándose que no es necesario el convencimiento de ser efectivamente titular del derecho de dominio sobre ella, sino que solamente el comportarse externamente como dueño⁷⁴.

Por otro lado, la denominada “concepción objetiva”, sustentada por el profesor Rudolf von Ihering⁷⁵, considera suficiente para configurar la posesión solamente el elemento material (*corpus*), el cual incluye siempre un elemento subjetivo⁷⁶, consistente en la intención de poseer; es decir, existiría posesión siempre que se verifique una relación de hecho entre el sujeto y la cosa, unida a

⁷⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 325; RODRÍGUEZ BARRIOS, Federico. Posesión en la legislación civil colombiana. Cartagena, Colombia, Editorial Semanario Popular, 1936, p. 9.

⁷⁵ Vid. VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., pp. 91 y ss.

⁷⁶ En este sentido, OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 13.

la voluntad de querer conservar dicha relación al querer servirse de la cosa⁷⁷. De esta forma, el hecho de detentar una cosa implica poseerla, y la calificación como tal no estará determinada por el ánimo de dueño (*animus domini*), sino que por la declaración que al efecto haga el legislador en la que fije aquellas situaciones que constituirán posesión, en contraste con aquellas que serán calificadas como mera tenencia⁷⁸. En su desarrollo posterior, autores como Raymond Saleilles han sostenido que el legislador no es quien debe hacer la exclusión de la calificación de ciertas situaciones de detentación como posesorias, sino que estarían determinados por un factor económico, traducido en el empleo de la cosa detentada con independencia económica, es decir, y a *contrario sensu*, que posea no como instrumento inteligente al servicio de otra persona⁷⁹.

Nuestro legislador, según el sector mayoritario de la doctrina nacional y de nuestra jurisprudencia, se inclina por la concepción subjetiva⁸⁰, al establecer en el concepto entregado por el artículo 700 del Código Civil que deben concurrir dos elementos⁸¹, a saber, (i) uno material, representado por la cosa determinada, entendida como especie o cuerpo cierto, y sobre la cual la

⁷⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Op. Cit., p. 361.

⁷⁸ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 136.

⁷⁹ Vid. SALEILLES, Raymond. La posesión. Madrid, España, s.n., 1909; en la misma línea argumentativa, OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 16 y ss.

⁸⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Op. Cit., p. 362.

⁸¹ En este sentido, C. Suprema, 11 de octubre de 2006, F. del M., N° 538, sent. 9ª, p. 2934.

posesión ha de recaer; y (ii) uno intelectual, constituido por el ánimo de señor y dueño, que es considerado como esencial en el concepto elaborado, a tal punto que podría faltar el primero, esto es, no estar en tenencia directa de la cosa determinada, pero aun así conservar su posesión mientras se mantenga este elemento intelectual, según se desprende del mismo concepto de posesión indicado por el legislador, y corroborado por la regla establecida en el artículo 727 del Código Civil, que señala al efecto que “[l]a posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero”. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, señalando que el factor intelectual o psíquico en la posesión –el *animus*-, consistente en tener la cosa como dueño, es el fundamental, pues la ley concibe incluso la posibilidad de mantenerse en la posesión de un bien mueble habiendo perdido temporalmente el *corpus*⁸².

En concordancia con lo anterior, y entendiendo que el elemento fundamental en la posesión lo constituye el *animus*, nuestra jurisprudencia ha asentado la doctrina de considerar que el elemento material –el *corpus*- consiste en la manifestación de un poder de dominación o en la posibilidad de disponer de la cosa⁸³; lo cual resulta concordante con lo estimado por la doctrina nacional y comparada, en el sentido de apreciar al elemento material configurado por la tenencia de una cosa determinada, ya no en un sentido

⁸² C. Suprema, 11 de octubre de 2006, F. del M., N° 538, sent. 9ª, p. 2932.

⁸³ C. Suprema, 25 de junio de 2007, L.P. N° 36551 (C. 3°).

restringido de “aprehensión material” directa con la cosa poseída, sino en un sentido amplio como la “potencialidad de disponer” de una cosa, configurando de este modo a la posesión ya no como una situación de hecho, sino como un poder de hecho⁸⁴.

39. Naturaleza de la posesión. Otro de los temas de ardua discusión doctrinaria lo constituye la naturaleza jurídica de la posesión. Al respecto, dos posturas son las dominantes en la materia.

Por un lado, se ha sostenido que la posesión es un hecho, basados en circunstancias materiales, argumentando al efecto que por el hecho de conferírsele protección y derivarse otras consecuencias jurídicas no se convierte en un derecho, y señalando que en definitiva la protección posesoria se confiere aun cuando no exista el derecho del cual la posesión sería su apariencia. En síntesis, tres son los órdenes de argumentos por los cuales quienes adhieren a esta postura niegan la calidad de derecho de la posesión, a saber, (i) porque se señala que si fuese un derecho, dada la naturaleza de la

⁸⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Op. Cit., p. 359; EGAÑA, Manuel Simón. Op. Cit., p. 146; GALIANO, José. Op. Cit., p. 82; ENNECCERUS, Ludwig. Derecho civil: parte general. Barcelona, España, Librería Bosch, 39ª edición, 1934 (traducción de Blas Pérez González y José Alguer), p. 316; VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 92 y p. 140; OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 12 y ss.; VALDECASAS, Guillermo. La posesión. Granada, España, Universidad de Granada, 1953, p. 11; MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Op. Cit., p. 126; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 107; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. Cit., p. 97; WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter. Op. Cit., p. 146; DEL CAMPO, Francisco. De la posesión. Montevideo, Uruguay, Peña y Compañía Impresores, 1939, p. 35; PEÑAHERRERA, Víctor Manuel. Op. Cit., p. 34.

posesión como una situación entre un sujeto y una cosa corporal, debiera corresponder a un derecho real, y atendido a que el legislador civil no lo ha mencionado dentro de los derechos reales en el artículo 577 inciso 2° del Código Civil, no podría tener el carácter de derecho.

Adicionalmente, argumentan que (ii) el Código Civil, al definir lo que es un derecho, le otorga el carácter de una facultad, lo que no ocurre al hablar de la posesión, que según la definición establecida en el artículo 700 inciso 1° de dicho cuerpo legal, la trata como una tenencia, es decir, un hecho.

Finalmente, se indica que (iii) en lo relativo a la protección posesoria, las acciones que la amparan existen porque la posesión es una propiedad aparente, y no porque ella sea un derecho, según se desprende de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 700 del Código Civil, que señala al efecto que “[e]l poseedor es reputado dueño, mientras otro no justifique serlo”. Agregan los que sostienen esta corriente, que optar por la calidad de hecho para la posesión permite diferenciarla de la propiedad o dominio, pues se trataría de instituciones muy cercanas entre sí, a tal punto que el legislador presume la calidad de dueño a quien se encuentra en posesión de la cosa.

Por otro lado, se ha señalado que la posesión es un derecho⁸⁵, basados principalmente en el concepto de derecho como un interés subjetivo jurídicamente protegido⁸⁶, considerando que el legislador siempre ha brindado protección a la situación posesoria⁸⁷. En este punto, Rudolf von Ihering estima que la posesión consta de dos fases, a saber, (i) como un hecho fundante⁸⁸, consistente en la tenencia o relación de hecho entre el sujeto y la cosa, a la que denominamos como “posesión en sentido natural”; y (ii) como un derecho nacido de este hecho fundante⁸⁹, consistente en un poder de hecho jurídicamente protegido, cuyo ejercicio permite la aprehensión de la cosa, y a la que denominamos como “posesión en sentido jurídico”. De esta manera, Ihering presenta a la posesión con una doble naturaleza jurídica, tanto como hecho (en sentido natural) como un derecho (en sentido jurídico), concordando en ello con su propia definición de derecho subjetivo.

La posesión como hecho fundante, estima Ihering⁹⁰, es un poder de hecho, siendo el “hecho posesorio” conformado por el elemento material de la posesión (*corpus*), y que en este orden de ideas sería el ejercicio del contenido de un derecho. Consiguientemente, la posesión en su calidad de interés

⁸⁵ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 121 y ss.; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. Cit., p. 102.

⁸⁶ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 122.

⁸⁷ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 329; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 46; GALIANO, José. Op. Cit., p. 58; ENNECCERUS, Ludwig. Op. Cit., p. 316; VON IHERING, Rudolf. Op. cit., p. 113 y ss.

⁸⁸ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 99 y ss.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 125 y ss.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 92 y ss.

jurídicamente protegido o al cual el ordenamiento jurídico le atribuye efectos jurídicos, es un derecho⁹¹. Con todo, el problema surge en determinar la naturaleza o tipo de derecho que constituiría la posesión; en ese orden de ideas, Ihering estima que se trataría de un derecho real, puesto que recae directamente sobre una cosa. Este planteamiento de Ihering encuentra, empero, pareciera no superar *a priori* las críticas que ya fueron enunciadas anteriormente, a las que se puede agregar el hecho de que si se admitiera que la posesión es un derecho, y entendiendo la existencia a su vez de la posesión de derechos, resultaría en una situación artificial de derechos sobre derechos; así, podríamos decir que se puede poseer el derecho real de posesión, lo que a todas luces parece ilógico.

En el Derecho comparado, encontramos que mayoritariamente se ha tratado a la posesión como un hecho⁹². Ahora bien, lo interesante es que en cuanto a qué tipo de hecho se trataría, han sido dos caracteres principalmente los que se le han dado ella, a saber, como “situación de hecho”⁹³, la que se materializaría en la tenencia de la cosa, o bien el carácter de “poder de hecho”,

⁹¹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. Cit., p. 102.

⁹² Vid. CAPITANT, Henry y COLIN, Ambrosio. Op. Cit., p. 885; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de la posesión. En: Obras de Pothier. Barcelona, España, Álvaro Verdaguer, 1878-1883, volumen IV, p. 199; DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. Instituciones de derecho civil. Madrid, España, Editorial Civitas S.A., 1988, tomo II, p. 41-43; OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 10; VALDECASAS, Guillermo. Op. Cit., p. 9; MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Op. Cit., p. 126; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 107; RODRÍGUEZ BARRIOS, Federico. Op. Cit., p. 11.

⁹³ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 145, aunque en aparente contradicción según lo señalado en su obra al tratar la definición de derecho real (p. 46); OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 10.

el que se materializaría en un ejercicio del contenido de un derecho⁹⁴. En efecto, diversas legislaciones regulan la posesión, otorgándole uno u otro carácter. Así, han considerado a la posesión como una situación de hecho las legislaciones civiles de Argentina (artículo 2351 del Código Civil argentino), España y Francia; por su parte, tratan a la posesión como un poder de hecho las legislaciones civiles de Alemania, Suiza e Italia.

La doctrina⁹⁵ y jurisprudencia chilena se inclinan por señalar que la posesión es una situación de hecho que se basa en circunstancias materiales⁹⁶, y que tratándose de un hecho, la prueba de la posesión requiere de la demostración de sus elementos constitutivos materiales y subjetivos⁹⁷. Ahora bien, existe en este punto una contradicción en el criterio jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, dado que como hemos expuesto se ha estimado, en concordancia con el desarrollo doctrinario nacional y comparado en la materia, que la posesión es un “poder de hecho” en el cual la referencia efectuada en el artículo 700 inciso 1º del Código Civil al vocablo “tenencia” se considera en un sentido amplio, como un poder de disposición sobre una cosa determinada.

⁹⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Op. Cit., p. 359; DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. Op. Cit., p. 41; VALDECASAS, Guillermo. Op. Cit., p. 9; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 107.

⁹⁵ Vid. LAGOS LAGOS, Moisés. Consideraciones sobre la posesión y especialmente sobre la de los bienes raíces. En: RDJ, T. XXIII, 1926, p. 120; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 331.

⁹⁶ C. Suprema, 11 de octubre de 2006, F. del M., N° 538, sent. 9ª, p. 2932.

⁹⁷ C. Suprema, 26 de abril de 1957, R., t. 54, sec. 1ª, p. 68.

Esta conclusión es reafirmada por dos consideraciones. En primer lugar, por la misma definición de posesión entregada en el artículo 700 ya reseñado, en la cual se dispone que el dueño o el que se reputa como tal de la cosa poseída la puede tener por sí mismo, o por medio de otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él, siendo esta última situación no constitutiva de una tenencia en sentido restringido, vale decir, como aprehensión directa y material, sino que una tenencia en sentido amplio, estando la cosa en la esfera de disposición del poseedor, es decir, como un poder de disposición de ella⁹⁸. Al efecto, ya señala don Marcel Planiol que la posesión consiste en una relación de hecho entre una persona y una cosa, por la cual se tiene la posibilidad de tener la cosa y de servirse de ella como dueño⁹⁹. Los profesores Henri y Jean Mazeaud agregan que no resulta necesario que el poseedor ejerza por sí mismo el *corpus*, entendiendo a posesión como un poder de disposición¹⁰⁰. En el mismo sentido, el profesor Luis Diez-Picazo añade que “[e]stá fuera de toda duda que existe posesión aun sin contacto material con la cosa”¹⁰¹, estimando, en línea con la doctrina de von Ihering, que una persona podía estimarse como poseedor de una cosa si ésta se hallaba situada o localizada del modo usual para servir al destino económico previsto por aquél¹⁰².

⁹⁸ Vid. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. Cit., p. 99; DEL CAMPO, Francisco. Op. Cit., p. 41; RODRÍGUEZ BARRIOS, Federico. Op. Cit., p. 11.

⁹⁹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 44.

¹⁰⁰ MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Op. Cit., p. 139.

¹⁰¹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. Cit., p. 103.

¹⁰² *Ibíd.*

En segundo lugar, por lo señalado en el artículo 727 del Código Civil, al indicar que la posesión –sobre una cosa mueble- se mantiene aun cuando no se tenga materialmente, mientras se mantenga el elemento intelectual –el *animus*-. Esta situación es incluso de mayor alcance que la descrita anteriormente, puesto que en aquella la tenencia material de la cosa poseída estaba en manos de un tercero, que la detentaba en lugar y a nombre del poseedor, por lo que ella seguía en la esfera de disposición del poseedor; mientras que en ésta, la cosa objeto de la posesión se ha perdido –temporal y accidentalmente-, no estando la cosa en apariencia dentro de la esfera inmediata de disponibilidad del poseedor, quien sin embargo mantiene la posesión de ella mientras persista en él el ánimo de señor y dueño, y que solo perderá la posesión de ella una vez que otro se apodere de ella, con ánimo de señor y dueño, según lo dispone el artículo 726 del Código Civil. En consecuencia, se puede concluir que en la hipótesis contenida en el artículo 727 en comento la cosa objeto de la posesión permanece en la esfera de disponibilidad del poseedor, aun cuando éste ignore temporalmente su paradero, y hasta que otra persona se apodera materialmente de ella con ánimo de señor y dueño¹⁰³.

En consideración de lo anterior, resulta errado entender la posesión como una situación de hecho, siendo que las hipótesis de mayor relevancia

¹⁰³ En este sentido, GALIANO, José. Op. Cit., p. 112; VALDECASAS, Guillermo. Op. Cit., p. 11.

práctica y jurídica, como han sido las expuestas, no conciben un contacto material o directo con la cosa poseída –la que sería la hipótesis de la tenencia en sentido restringido-, sino que siempre se explican cuando consideramos que la cosa se encuentra dentro de una esfera de disposición del poseedor; ya sea que la detente directamente (disposición inmediata de la cosa), que un tercero la detente en lugar y a nombre del poseedor (disposición mediata de la cosa), o que nadie esté en detentación de la cosa temporalmente y el poseedor mantenga el ánimo de señor y dueño (disponibilidad de la cosa), todas estas hipótesis se entienden al caracterizar a la posesión como un poder de hecho, entendiendo el vocablo “tenencia” en su sentido amplio como un poder de disposición de la cosa objeto de la posesión.

40. Propiedad y posesión. Una de las características estructurales más relevantes de la posesión es su vinculación con el dominio¹⁰⁴. Al efecto, el derecho de dominio otorga a su titular una serie de prerrogativas sobre la cosa objeto del derecho¹⁰⁵, las que para poder hacerse efectivas requieren de que ella se encuentre a disposición del titular; así, la doctrina ha señalado que el derecho de dominio trae como consecuencia el derecho a poseer (*ius*

¹⁰⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Op. Cit., p. 365; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 331; GALIANO, José. Op. Cit., p. 57; POTHIER, Robert Joseph. Op. Cit., p. 197; VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 92; OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 15; DEL CAMPO, Francisco. Op. Cit., p. 32; RODRÍGUEZ BARRIOS, Federico. Op. Cit., p. 10.

¹⁰⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Op. Cit., p. 37.

possidendi)¹⁰⁶, que corresponde al ejercicio mismo del dominio sobre la cosa, y que es considerado como la parte útil de éste¹⁰⁷.

Ahora bien, la siguiente situación que se presenta en esta relación entre propiedad y posesión, es aquella en la cual una persona detenta una cosa con ánimo de señor y dueño, sin ser el titular del derecho de dominio sobre ella¹⁰⁸. En esta hipótesis, la posesión se configura con autonomía al dominio, estableciéndose una situación de hecho a la que el legislador le atribuye una serie de efectos o beneficios para el poseedor (*ius possessionis*)¹⁰⁹.

En lo que nos interesa a efectos de nuestro trabajo, existen dos situaciones relacionadas con la propiedad y que afectan, ya sea en su configuración o bien en su análisis conceptual, a la posesión.

La primera de ellas, y que afecta a la configuración conceptual de la posesión, es la identificación del derecho de dominio con la cosa corporal en la que recae. Ya hemos analizado anteriormente que en el Derecho Romano se

¹⁰⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 332; EGAÑA, Manuel Simón. Op. Cit., p. 138; VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 93; DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. Op. Cit., p. 41 y ss.; OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 21.

¹⁰⁷ DEL CAMPO, Francisco. Op. Cit., p. 35.

¹⁰⁸ EGAÑA, Manuel Simón. Op. Cit., p. 133.

¹⁰⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Op. Cit., p. 366; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 332 y ss.; CAPITANT, Henry y COLIN, Ambrosio. Op. Cit., p. 888 y ss.; VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 103; DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. Op. Cit., p. 43; MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Op. Cit., p. 132; DEL CAMPO, Francisco. Op. Cit., p. 42 y ss.

excluían de las cosas incorporales al derecho real de dominio, justificada en el carácter totalizador de este derecho, que se concibe abarcando completamente a la cosa objeto del mismo, de forma tal que se considera al derecho de dominio como cosa corporal misma, equivalente al objeto al que se refiere. Esta situación, por el contrario, no sucedía con otros derechos reales, dado que ninguno de ellos comprendía la totalidad de la cosa en la que recaían, por lo que respecto a ellos se hacía la distinción entre el derecho y la cosa a la cual el derecho se refería¹¹⁰.

Siendo así, implica que la posesión de una cosa corporal puede redirigirse como el ejercicio del derecho de dominio, toda vez que la cosa sobre la que se ejerce la posesión es identificada como el derecho de dominio mismo, y atendido a que la posesión corresponde al ejercicio de una facultad del dominio de la cosa (*ius possidendi*).

Una de las consecuencias mediatas de esta identificación, y del redireccionamiento del ejercicio de la posesión como ejercicio del derecho de dominio, es la presunción legal de dominio establecida en el inciso 2° del artículo 700 del Código Civil, la que dispone que “[e]l poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo”. Esta decisión legislativa de presumir que el poseedor de una cosa es el dueño de ella, permitiendo la

¹¹⁰ PETIT, Eugenio. Tratado elemental de derecho romano. México, Editorial Nacional, 1952 (traducción de José Fernández), p. 170.

protección de la buena fe fundada en la apariencia de dominio¹¹¹, encuentra su justificación mediata en la identificación del derecho de dominio con la cosa corporal en la que recae, y en forma inmediata, en la forma de actuación natural del detentador de una cosa. En efecto, la hipótesis corriente en la materia es aquella en la cual el titular del derecho de dominio sobre una cosa determinada la detente, y en consecuencia la posesión misma es un reflejo del derecho de dominio, particularizado en la facultad de tener a disposición la cosa para servirse de ella (*ius possidendi*); por otro lado, la siguiente hipótesis es la de aquella persona que detenta una cosa con ánimo de señor y dueño, sin ser el titular del derecho de dominio sobre ella, para la cual el legislador entiende que lo natural es que el detentador de una cosa sea el titular del dominio sobre ella, y no el titular de otro derecho real o personal, o bien que ni siquiera tenga algún derecho sobre ella.

Dado lo anterior, el legislador asume que quien detenta la cosa lo hace en virtud del *ius possidendi* que tiene, y en consecuencia como si fuera el titular del derecho de dominio, por lo cual lo protege eficazmente a través de la presunción de dominio establecida¹¹². En definitiva, se asume que toda detentación de una cosa es a título de dominio, lo que refuerza la idea de que el legislador sigue en esta materia la idea romana de identificación del dominio con la cosa en la que recae.

¹¹¹ C. Temuco, 30 de junio de 1938, R., t. 36, sec. 1ª, p. 421.

¹¹² Vid. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 147.

La segunda situación relativa a la propiedad, y que afecta al análisis conceptual que se debe desarrollar respecto de la posesión, es la referida a la configuración genérica de aquella¹¹³.

El artículo 582 inciso 1° del Código Civil señala que “[e]l dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”. Como nos señala el profesor Guzmán Brito, esta norma define un derecho real cuyo objeto está constituido por una cosa corporal, el cual permite usar, gozar y disponer de ella. Por su parte, el artículo 583 habla de “una especie de propiedad” que recae sobre las cosas incorpóreas. Y finalmente, el artículo 584 dice que “[l]as producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores (...)”¹¹⁴. Sin perjuicio de que la doctrina chilena ha considerado históricamente que la propiedad tratada en los artículos 583 y 584 ya citados es la misma que aquella definida en el artículo 582 del Código Civil, y que la diferencia de ellas radicaría en el objeto en el cual recae el derecho real de dominio¹¹⁵, Guzmán Brito concluye que, al referirse el legislador a una “especie de propiedad” de las cosas incorpóreas y las cosas inmateriales, debe

¹¹³ Sobre la configuración de una propiedad genérica, vid. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo* (2006), p. 119 y ss.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 137.

¹¹⁵ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (1992), p. 328; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Op. Cit.*, p. 27.

existir un género del cual el dominio definido en el artículo 582 es también una especie, a saber, de las cosas corporales.

Así, estas tres especie de propiedad pertenecen a un género mayor al que Guzmán Brito denomina “propiedad”, el cual implica la cualidad o atributo de que algo pueda pertenecer a alguien¹¹⁶, y cuya naturaleza jurídica está asociada a la idea de “titularidad”¹¹⁷, y no constituye en consecuencia un derecho real en sí; de esta manera, al hablar de las distintas especies de propiedad tratadas por el legislador, se dice que existe titularidad sobre el dominio de las cosas corporales (artículo 582), titularidad sobre los derechos (artículo 583), y titularidad sobre los derechos derivados de las cosas inmateriales (artículo 584). Por otro lado, el contenido sustancial del género propiedad es la exclusividad que esta titularidad brinda al sujeto sobre la cosa¹¹⁸.

Esta análisis llega a concluir, adicionalmente, que sobre las cosas corporales e incorporeales cabe un aprovechamiento, el que se deriva no de su condición de estar sujetas a la propiedad de alguien, sino porque su naturaleza misma lo permite, y en consecuencia el rol que juega la propiedad es darle el carácter de exclusividad a ese aprovechamiento.

¹¹⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las cosas incorporeales en la doctrina y en el derecho positivo (2006), p. 141.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 143.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 145.

Este análisis, que determina la existencia de un género “propiedad”, del cual los definidos en los artículos 582, 583 y 584 del Código Civil son especies, sumado a lo concluido anteriormente en relación a que la posesión puede comprenderse como el ejercicio del derecho de dominio sobre una cosa, debido a la identificación que existe entre este derecho y la cosa en la cual recae, nos hace pensar que de la misma manera que en el caso de la propiedad, puede existir un concepto unitario de posesión implícito en el Código Civil, que constituya un género mayor y del cual la posesión de cosas corporales, la posesión de derechos y aún la posesión de cosas inmateriales fuesen especies.

§2.Aspectos configurativos conceptuales de la posesión de derechos

41. Alcance de la elaboración conceptual de la posesión de derechos. En paralelo con el estudio de la estructura de la posesión tratada en el apartado anterior, y teniendo en consideración las problemáticas en él planteadas, el punto de partida de nuestro análisis en la investigación de un concepto de posesión de derechos, dice relación con al menos cuatro ámbitos esenciales a la hora de estudiar el problema posesorio, a saber, (i) la naturaleza o carácter de la posesión; (ii) las situaciones consideradas posesorias; (iii) la necesidad de

titularidad efectiva o aparente del derecho que se posee (en la hipótesis de posesión de derechos) o bien en cuya virtud se posee (en la hipótesis de posesión de cosas corporales); y (iv) la posibilidad de la existencia de un género unitario de posesión, del cual la de las cosas corporales e incorporales sean especies.

El primer problema que se nos plantea a efectos de nuestro análisis sobre la posesión de derechos y que atañe al concepto que debemos efectuar de ella, dice relación con la determinación ya no solo la naturaleza jurídica de ella, sino que su naturaleza en sí misma, *i.e.*, lo que es la posesión de derechos. Hemos señalado, al tratar de la naturaleza de la posesión, que tanto en la doctrina y jurisprudencia nacional, así como en el Derecho comparado, se inclinan a identificar a la posesión como un “poder de hecho”, entendiéndolo como un poder de disposición sobre la cosa y singularizado en el ejercicio del contenido de un derecho¹¹⁹.

El segundo problema que se plantea, dice relación con aquellas situaciones que deben ser consideradas como posesión, y que tiene directa relación con la naturaleza que le reconocemos a ésta. Así, se ha concluido que dentro de las hipótesis de situaciones posesorias, se encuentran el contacto directo con la cosa (disposición inmediata de la cosa), pero también el ejercicio

¹¹⁹ En este sentido, EGAÑA, Manuel Simón. Op. Cit., p. 133.

de la posesión por medio de una tercera persona, que detenta la cosa en lugar y a nombre del poseedor (disposición mediata de la cosa), e incluso el caso de que no se tenga la cosa ni personalmente ni por medio de otro, encontrándose ésta temporalmente perdida, pero siguiendo en la esfera de disponibilidad del poseedor mientras otra persona no se apodera de ella con ánimo de señor y dueño (disponibilidad de la cosa).

El tercer problema que se suscita, nos invita a determinar si se debe ser titular del derecho por el cual se posee una cosa o se fundamenta la posesión de ella. Al efecto, hemos señalado que la hipótesis corriente en la materia es aquella en la cual el titular del derecho de dominio sobre una cosa determinada la detente, y en consecuencia la posesión misma es un reflejo del derecho de dominio, particularizado en la facultad de tener a disposición la cosa para servirse de ella (*ius possidendi*), pero que también y con la misma o mayor frecuencia, existe la hipótesis de que la persona que detenta una cosa con ánimo de señor y dueño, no sea titular del derecho de dominio sobre ella.

En este supuesto, el legislador asume que quien detenta la cosa lo hace en virtud del *ius possidendi* que tiene, y en consecuencia como si fuera el titular del derecho de dominio, por lo cual lo protege a través de la presunción de dominio establecida en el inciso 2° del artículo 700 del Código Civil. Esta idea se ve reforzada por la misma definición que se entrega sobre la posesión, al

decir del legislador que la posesión es la tenencia de una cosa determinada por el dueño o el que da por tal; es decir, no se exige la titularidad del derecho por el cual se posee la cosa, para definir la situación como posesoria. Por lo tanto, la posesión admite no solo la titularidad real del derecho por el cual se detenta la cosa, sino además y con mayor relevancia jurídica la titularidad aparente de dicho derecho.

Finalmente, el cuarto problema es la posibilidad de existencia de un género “posesión”, del cual la de las cosas corporales y la de las incorporales sean especies. En este sentido, hemos indicado que el desarrollo doctrinario que ha tenido el derecho de dominio, en particular a lo referido a propósito de la identificación de un género “propiedad” del cual las de las cosas corporales, incorporales e inmateriales de los artículos 582, 583 y 584 del Código Civil respectivamente, son una especie; y que dicho género estaría definido como la “titularidad” del derecho, que confiere exclusividad en el aprovechamiento de la cosa.

Adicionalmente, también planteamos la hipótesis de que en razón de la característica vinculativa de la posesión con la propiedad, aquella resulta ser un reflejo de ésta, y que atendida la identificación existente y reconocida por nuestro codificador entre el derecho de dominio con la cosa corporal en la que recae, la posesión podía reconducirse a un ejercicio del contenido del derecho

de dominio sobre la cosa, lo que en el desarrollo doctrinario ha sido denominado bajo el vocablo *ius possidendi*, significando con ello que para el ejercicio de las demás facultades inherentes al derecho de dominio, éste permitía la tenencia de la cosa, por lo cual la posesión se transformaba en la facultad del dominio conforme la cual se podía detentar la cosa, en un primer sentido.

42. Referencias normativas. Se ha anotado que el legislador no ha efectuado una regulación orgánica de la posesión de derechos, y que solo encontramos dos referencias directas a ella, a saber, (i) en primer lugar, existe una referencia normativa en el artículo 715 del Código Civil, cuando se indica que la posesión de cosas incorpóreas es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal; y (ii) en segundo lugar, hay una referencia ideológica a la posesión de derechos, cuando en el mensaje del Código Civil se señala que quien no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho real, dando al efecto un ejemplo con el derecho real de usufructo, y a continuación limitando aparentemente el ámbito de aplicación de la (cuasi)posesión de derechos a los derechos reales.

De esta forma, el Código Civil da por supuesta la existencia de una posesión que se ejerce sobre cosas incorpóreas, limitando su ámbito de aplicación a la posesión de los derechos reales (en el Mensaje del Código Civil).

Sin embargo, no existe disposición normativa ni ideológica que señale un concepto formal de posesión de derechos como cosas incorpóreas.

Título III

Teorías en torno a la posesión de derechos

§1. Teoría de la cuasiposesión

43. Origen y análisis histórico de la cuasiposesión. Un importante sector de la doctrina, tanto nacional como comparada, adhieren a teoría de la cuasiposesión, a pesar de que no se encuentra un desarrollo pleno de ella más que el señalamiento conceptual de lo que sería la cuasiposesión de derechos, y el objeto sobre el que ella recae.

Debemos el desarrollo más completo de ella al profesor Alejandro Guzmán Brito¹²⁰, quien comienza efectuando un análisis histórico de la cuasiposesión (*quasi possessio*) en el Derecho Romano clásico, indicando que los juristas de dicho periodo entendían la posesión (*possessio*) como una detentación material, por lo cual sólo podía recaer sobre cosas corporales, y que los primeros señalamientos de una *quasi possessio* se encuentran en Gayo, quien utiliza dicho término para designar la tenencia de una cosa corporal en ejercicio de un derecho de usufructo, y a su vez el ejercicio de hecho de una

¹²⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo (2006), pp. 153 y ss.

servidumbre, concluyendo que en definitiva la expresión en estudio se refería a cierta situación de hecho que atañe a una cosa corporal, y que el término fue utilizado para diferenciarlo de la verdadera *possessio*, que es con título dominical.

Agrega que en el periodo postclásico se reconoce un desarrollo inicial del concepto de posesión de derechos, que era tratado indistintamente como *possessio iuris* o como *quasi possessio*, anotando que dado que los juristas postclásicos mantenían la idea de que la verdadera *possessio* existía ahí donde hay o puede haber dominio, y por ende siempre recae sobre cosas corporales, la situación del titular real o aparente de un derecho real no podía ser posesoria respecto de la cosa corporal en la cual este derecho recaía. Esto, sumado a la posibilidad reconocida de poder prescribir derechos reales, dio origen al planteamiento de que el objeto cuya posesión permitía esta prescripción era el derecho mismo. De esta manera, argumenta, la *quasi possessio* dejó de aplicarse a la tenencia de una cosa corporal en función de un derecho real no dominical, y fue referido al derecho mismo. Sin perjuicio de ello, Guzmán Brito indica que esta conclusión en definitiva es sólo una construcción lingüística y sin base real, dado que lo denominado por los postclásicos como cuasiposesión o posesión de derechos seguía consistiendo en una situación con respecto a

una cosa corporal, como era la doctrina enseñada por los juristas romanos clásicos¹²¹.

A continuación, nos manifiesta que la noción de cuasiposesión llegó a Pothier, quien indicaba al efecto que sólo las cosas corporales son susceptibles de posesión, agregando que las incorporales, esto es, aquellas “*quae in iure consistunt*” no son en efecto susceptibles de una posesión verdadera y propiamente dicha, pero lo son de una cuasiposesión, consistiendo ésta en el goce de un derecho que tiene aquel a quien pertenece¹²².

44. Análisis dogmático de la cuasiposesión. Indica esta teoría que, siguiendo la tradición romana clásica, la cuasiposesión se puede conceptualizar como el “ejercicio de hecho del contenido típico de un derecho real distinto del dominio, sobre una cosa corporal ajena, con titularidad aparente del derecho de que se tratare, pero con independencia de que dicha titularidad existiera en realidad”. A partir de ello, la teoría de la cuasiposesión estructura su contenido en base a dos series de argumentos íntimamente relacionados, consistentes en (a) el estudio de las hipótesis de titularidad del derecho que se invoca poseer, y (b) la actividad consistente en el ejercicio del contenido típico del derecho que se pretende poseer.

¹²¹ *Ibid.*, p. 157.

¹²² POTHIER, Robert Joseph. *Op. Cit.*, p. 223; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 336.

45. (a) Primer argumento: hipótesis de titularidad del derecho. Con base en el esbozo conceptual anotado anteriormente, se reconoce la existencia de la posesión de derechos bajo dos hipótesis definidas, a saber, (i) una correspondiente a aquella en la que el derecho realmente existe y su titular lo ejerce, y en este caso estaríamos en presencia de una posesión unida a la propiedad del derecho mismo (denominada cuasidominio); y (ii) una posesión que se tiene cuando la titularidad del derecho es aparente, con base en la cual alguien ejerce de hecho el contenido típico del derecho que no existe, y en cuyo caso nos encontramos en la hipótesis de una posesión separada del cuasidominio del derecho de que se trate.

Considerando lo analizado, y desde la perspectiva del objeto de la posesión, se postula que, a diferencia de lo que sucede en la posesión de cosas corporales en donde se supone la existencia de una cosa material con la cual alguien entra en una relación fáctica con ella, en el caso de la posesión de derechos, y considerando al derecho mismo como objeto de ella, pueden darse que éste no exista (cuando la titularidad es sólo aparente), o bien que el derecho efectivamente exista (porque hay titularidad del mismo), pero se genera un problema adicional, cual es que no puede saberse *a priori* si este derecho existe, *i.e.*, si la titularidad es sólo aparente o es real. En consecuencia, en el primero de los casos descritos, esta teoría indica que sería imposible la posesión de algo inexistente; y que en el segundo caso expuesto, tampoco

sería posible una posesión, dado que aunque el derecho efectivamente existe, no se puede poseer algo incierto o indeterminado, carácter que sería dado por la imposibilidad apriorística de saber si verdaderamente el derecho existe. Este supuesto de existencia incierta del derecho es así, puesto que quien alega la posesión no alega el cuasidominio del derecho, el que por ende pasa a tener un estado de incertidumbre, lo que se proyecta a la existencia misma del derecho.

Adicionalmente, se agrega que esta regla de la determinación del objeto en la posesión, cuyo origen se reconoce ya en el Derecho Romano clásico, es explícitamente aceptada por el legislador civil al indicar en el artículo 700 del Código Civil que la posesión es la tenencia de una “cosa determinada”. Siendo así, al referirnos a la posesión de derechos, y centrando el estudio de la tercera problemática estructural de la posesión a la que nos hemos referido al tratar del marco analítico de su elaboración conceptual, esto es, la necesidad de existir titularidad del derecho por el cual se fundamenta la situación posesoria, en la hipótesis más relevante en estudio, a saber, aquella en la cual solo existe titularidad aparente del derecho que se invoca y en virtud de la cual la posesión en sí encuentra su importancia como institución jurídica, pues permite la potencialidad de poder adquirir prescriptivamente el derecho invocado, en realidad carece de objeto.

Por lo anterior, resulta que al tratar la posesión de derechos ella no incidiría directamente en el derecho mismo que se pretende decir poseerse.

46. (b) Segundo argumento: actividad material coincidente con el contenido de un derecho. Apunta esta teoría que la posesión de derechos consiste, en rigor, en una cierta actividad material que tiene como objeto a una cosa corporal, y que del hecho de que esta actividad coincida con el contenido típico de un derecho, no le quita su carácter de material, el cual a su vez tampoco es eliminado por la presencia de una causa que funda, al menos en apariencia, la titularidad del derecho invocado. Ello implicaría que lo verdaderamente poseído no es el derecho propiamente tal, como habrían sugerido los juristas romanos postclásicos, sino que la cosa corporal sobre la cual recae o podría recaer el derecho que se invoca, como sería la idea original desarrollada en el periodo clásico del Derecho Romano, siempre bajo el entendido que al utilizar el verbo “poseer” no se refiere a la tenencia en sentido restringido de una cosa material, esto es, la aprehensión material de la cosa, y que constituye por cierto la hipótesis de posesión ordinaria de cosas corporales; aquí, el verbo “poseer” toma el significado de “ejercer ciertas actividades materiales” sobre una cosa corporal. Por ello, esta teoría descarta el pensamiento de que tales actividades se ejerzan sobre el derecho mismo, que por su naturaleza incorpórea no admite este tipo de operaciones.

Así, tomando las hipótesis de titularidad en la posesión de derechos, a saber, aquella en la que el derecho realmente existe y su titular lo ejerce (titularidad real) y aquella en la cual alguien ejerce de hecho el contenido típico del derecho que no existe (titularidad aparente), indica esta teoría que si bien las operaciones definidas como posesorias son consideradas en abstracto como el ejercicio del contenido típico de un derecho, en definitiva se tratarían únicamente operaciones materiales realizadas sobre una cosa corporal, o bien incluso tomando como modelo a una cosa intelectual. De esta manera, lo que permitiría configurar efectivamente el concepto de posesión de derechos en una cualificación de dichas actividades materiales recaídas sobre una cosa corporal, entendiéndolas como haberseles realizado bajo la titularidad del derecho de que se trate, lo que proporcionaría la apariencia de titularidad de éste¹²³.

En cambio, se sostiene que propiamente hablando, los derechos no pueden poseerse, y que al referirse el legislador a una posesión de derechos, lo hace en un sentido atécnico y haciendo alusión a algo distinto; en efecto, la expresión “posesión de derechos” en realidad no estaría referida a los derechos en sí, puesto que el sentido adoptado por el vocablo “posesión” como ejercicio de una actividad material coincidente con el contenido típico de un derecho, se aplica siempre a una cosa corporal y no al derecho mismo.

¹²³ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las cosas incorporeales en la doctrina y en el derecho positivo (2006), p. 163.

Ahora bien, ello no significaría que esta “posesión de derechos” así entendida, sea una forma de posesión dominical de las cosas corporales, dado que en ésta se tiene como base a la tenencia de una cosa corporal, mientras que en aquella no siempre existe una tenencia propiamente tal con respecto a la cosa corporal en la cual incide la actividad material efectuada y que resultaría coincidente con el contenido típico de un derecho distinto del dominio.

Lo que permite sostener, en cambio, es que ambos tipos de posesiones, la de cosas corporales y la de derechos, consisten en un hecho del mundo material que afecta a las cosas corporales.

47. Imposibilidad de un concepto unitario de posesión. Esta teoría señala que el Código Civil se limita a dar por supuesta la existencia de una posesión de derechos, según se desprende de lo enunciado en el artículo 715 del Código Civil, pero sin que se entregue una definición de ella; pudiendo imaginarse, pues, que ella se trataría de una especie de la posesión ya definida en el artículo 700 del Código Civil, vale decir, como la “tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (...)”, por lo que para el legislador civil tanto la posesión de cosas corporales como incorporales (derechos) se resolvería en un concepto unitario.

Sin embargo, esta teoría descarta dicha conclusión, en razón de que la definición normativa entregada en el artículo en comento establece como elemento de ella a la “tenencia”, y considerando que respecto de los derechos no cabe una tenencia de estos como forma de aprovechamiento por carecer de materialidad¹²⁴, deduce que la definición contenida en el artículo 700 sólo se refiere a la posesión de cosas corporales, y no a una supuesta posesión genérica de la cual ésta y la posesión de derechos serían especies. De esta guisa, el artículo 715 del Código Civil debiera en consecuencia ofrecer dos conceptos diferentes, a saber, (i) uno referido a la posesión de las cosas corporales, y (ii) uno relativo a la posesión de los derechos, entendidos como cosas incorpóreas. De esta manera, el artículo 715 no declararía la existencia de dos especies de posesión que son comprendidas por una más general, sino que indicaría que ambas están sujetas al mismo régimen institucional, referido a sus calidades y vicios¹²⁵.

Así, si bien ambos tipos de posesión, según sostiene esta teoría, se refieren en definitiva a un hecho del mundo material que incide en una cosa corporal, ello por sí solo no sería suficiente para fundar una noción unitaria de posesión en el Código Civil, concluyendo que el legislador ha pensado en una noción dualista desde la perspectiva dogmática del concepto en cuestión. De esta manera, se interpreta el vocablo “posesión” utilizado en el artículo 715 del

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 117 y ss.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 162.

Código Civil en un doble sentido: uno propio, cuando lo usa al referirse a la posesión de cosas corporales, y uno impropio, al referirse a las cosas incorporales o derechos.

48. Conclusión: los derechos sólo admiten una cuasiposesión. Esta teoría concluye que sobre los derechos no cabe una posesión, pero que sobre las cosas corporales sí es posible hablar de un aprovechamiento de hecho coincidente con el contenido típico de un derecho distinto del dominio, al amparo de una titularidad al menos aparente del derecho de que se trate. A esta figura, la denominan como “cuasiposesión”.

49. Críticas a la teoría de la cuasiposesión. Las dos principales críticas que pueden formular a esta teoría, dicen relación con (i) que confunde el objeto de la posesión con la existencia del derecho mismo, y (ii) que presume como condición de posibilidad la existencia de una cosa corporal.

La primera crítica esbozada, señala que la teoría de la cuasiposesión confunde el objeto de la posesión de derechos. En definitiva, si bien en su definición conceptual indica que se trataría del “ejercicio del contenido típico de un derecho”, en su análisis estructural ella asume que dicho objeto se trataría del “ejercicio de un derecho”, por lo cual supone la existencia misma del derecho. Esto no es efectivo, puesto que el objeto de la posesión es el

contenido del derecho, con lo cual ya no se requiere de la existencia misma del derecho cuyo contenido es ejercido, y permite mantener en consecuencia las hipótesis de titularidad aparente del derecho de que se trate, para todos los efectos legales pertinentes. Esto incluso es válido en abstracto para la posesión de cosas corporales, puesto que tratándose del ejercicio de una facultad del derecho real de dominio, no puede decirse a este respecto que lo poseído sea el derecho de dominio mismo, sino que el objeto sería la facultad del dominio denominada *ius possidendi* y en virtud de la cual se puede detentar una cosa corporal, mientras que la actividad posesoria lo constituye el ejercicio del contenido de ese derecho, que se manifiesta en la detentación de una cosa corporal por recaer este derecho sobre ellas.

La segunda crítica mencionada, apela a que la teoría de la cuasiposesión establece un requisito adicional no exigido por el legislador a la hora de caracterizar a una situación como posesoria, esto es, la existencia de una cosa corporal en la cual haya de recaer el ejercicio del contenido del derecho de que se trate. Ello, en razón de que al tratarse de la posesión de derechos, debemos centrarnos no en que la actividad posesoria recaiga en una cosa corporal, como ocurre naturalmente en la posesión de cosas corporales, sino que debe considerarse en exclusiva a la actividad posesoria consistente en el ejercicio del derecho, en abstracto, con prescindencia de que ella incida en una cosa corporal o no.

El planteamiento que levanta la teoría de la cuasiposesión, en este punto, busca limitar *a priori* la posibilidad de ciertos derechos, y establecer que sólo son objeto de posesión los derechos reales, por recaer su ejercicio en una cosa corporal. Esto constituye una falacia de petición de principios (*petitio principii*), puesto que parten de la premisa de limitar a los derechos reales la posibilidad de posesión de derechos, estableciendo a continuación que por recaer la actividad posesoria siempre sobre una cosa corporal, se derivaría que la existencia de ésta constituye presupuesto de posibilidad de un derecho.

§2. Teoría de la posesión de derechos

50. Origen histórico: la *possessio iuris* romana. Los juristas romanos postclásicos desarrollaron el concepto de posesión de derechos (*possessio iuris*) basados en la aplicación de la prescripción de largo tiempo (*longi temporis praescriptio*) a los derechos reales no dominicales. Esta institución fue reconocida y ampliada por el derecho civil romano, sirviendo tanto para los derechos recaídos sobre cosas corporales como para los derechos crediticios, de suerte tal que podía ser intentada por todo aquel que ejerciera de hecho el

contenido de un derecho determinado, cuando otro negara la existencia de éste.

Al efecto, hemos señalado que la posibilidad que otorgaba la prescripción adquisitiva de derechos reales distintos del dominio de la cosa, favoreció la idea de que debía existir una suerte de posesión de estos derechos como un antecedente previo, en manera análoga a cómo la usucapión se fundaba en la posesión de la cosa corporal. De esta manera, la prescripción de largo tiempo fue aplicada directamente al derecho de que se tratase, y no a la cosa corporal sobre la que recaía este derecho; para los juristas postclásicos, lo que se poseía era directamente el derecho de que se tratase, lo que justificaba el tratamiento terminológico otorgado a esta situación como *possessio iuris*.

Este resultado se obtiene de analizar en dos niveles distintos la situación del sujeto en la posesión de derechos. Partiendo de la premisa que en el Derecho Romano solo constituía verdadera posesión la tenencia de una cosa corporal a título dominical, una primera situación era la del sujeto titular del derecho cuyo contenido se ejerce, respecto de la cosa corporal en la que se ejerce dicho contenido, que al no poder ser posesoria por no tratarse de un ejercicio dominical sobre la cosa en cuestión, se generaba una situación de mera tenencia de ella, es decir, se detentaba materialmente la cosa corporal ya no en función de ser o creerse dueño de ella, sino por el ejercicio de otro

derecho no dominical que recaía sobre la cosa y que requería de su detentación para ello. Luego, la segunda situación era la del sujeto respecto del derecho cuyo contenido se ejerce, de la cual los juristas romanos postclásicos concluyeron que de la aplicación de la *longi temporis praescriptio* a estos derechos no dominicales para su adquisición, resultaba que debía haber una situación similar a la verdadera *possessio* existente, por lo que ésta fue tratada como posesión de derechos (*possessio iuris*)¹²⁶.

En suma, el desarrollo de la *possessio iuris* del Derecho Romano postclásico implicó entender que ella dejó de aplicarse a la tenencia de una cosa corporal en función de un derecho real no dominical, y fue referido al derecho mismo. Por el contrario, la *quasi possessio* del Derecho Romano clásico estaba referida a la tenencia de una cosa corporal en ejercicio de un derecho no dominical, como el usufructo o una servidumbre, y que se encontraban protegidos por interdictos posesorios útiles, atribuyendo a la cuasiposesión el mismo significado que la mera tenencia.

51. Posesión de derechos y cuasiposesión en las codificaciones modernas. Esta distinción dogmática entre posesión de derechos (*possessio iuris*) y cuasiposesión (*quasi possessio*) puede observarse con mayor claridad

¹²⁶ Desde este perspectiva, el profesor Rudolf von Ihering estima muy exacta esta designación. Vid. VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 148.

durante la época de las codificaciones, en las que su tratamiento varía entre los autores y los codificadores.

La doctrina romana clásica fue la base seguida por Pothier para indicar que las cosas incorpóreas (*i.e.*, los derechos) no son susceptibles de una posesión verdadera y propiamente dicha, pero que lo son de una cuasiposesión, la que consistiría en el goce que tiene aquel a quien pertenece, agregando que en general el goce de cualquier derecho que sea es una cuasiposesión¹²⁷. Sin embargo, los redactores del *Code Civil* trataron de abolir la distinción doctrinaria entre posesión de cosas corporales y cuasiposesión, dado que en su concepto no conducían a ningún resultado práctico, y al efecto en el artículo 2228 del Código Civil francés calificaron indistintamente con el nombre de posesión a la detentación de una cosa o al goce de un derecho.

52. Posesión de derechos y cuasiposesión en la codificación civil chilena.

Esta fórmula planteada adoptada por el codificador francés, fue la generalmente seguida por los códigos modernos. Así, en Chile nuestro legislador, siguiendo el ejemplo francés en cuanto hacer susceptibles de posesión tanto a las cosas corporales como a las incorpóreas, enunció en el artículo 700 del Código Civil que aquella debía recaer sobre una cosa determinada, y a continuación declarando en el artículo 715 que la posesión de cosas incorpóreas es

¹²⁷ POTHIER, Robert Joseph. Op. Cit., p. 224.

susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de cosas corporales. Ello resulta de la reformulación de los planteamientos de don Andrés Bello, quien sostenía en el artículo 630 del Proyecto de Código Civil de 1853 que la posesión es la tenencia de una cosa corporal con ánimo de señor y dueño, reforzando esta idea luego en el artículo 658, en el cual establecía que sólo las cosas corporales son susceptibles de verdadera posesión, pero que las cosas incorpóreas, sin embargo, admitían una cuasiposesión que es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión propiamente dicha.

En esta materia, Bello pretendió restablecer el método y la terminología del derecho Romano clásico, identificando con el término cuasiposesión al ejercicio del contenido de un derecho. Así lo señala al decir que como las cosas incorpóreas no pueden tocarse, tampoco pueden propiamente entregarse, ni poseerse, ni constituir dominio, y sólo son susceptibles, según el lenguaje de los jurisconsultos, de cuasiposesión, cuasitradición y cuasidominio; pero forman verdaderamente una parte del patrimonio¹²⁸. Dicha referencia es una influencia directa de los textos de Johann G. Heineccius, quien al efecto indicara que no pudiendo tocarse las cosas incorpóreas (los derechos) se sigue que

¹²⁸ Vid. BELLO, Andrés. Obras completas de don Andrés Bello. Santiago, Chile, impreso por Pedro G. Ramírez, 1881-1883, p. 186 y ss.

propiamente ni se poseen, ni se entregan, ni están en el dominio, sino que se cuasi se poseen, cuasi entregan y se entiende que están en los bienes¹²⁹.

Esta dicotomía entre lo que el legislador civil chileno pretendió establecer al tratar con el término posesión tanto a la de las cosas corporales como incorporales, con el pensamiento de don Andrés Bello en la materia, se vislumbra al comparar lo preceptuado por los artículos 700 y 715 del Código Civil, con el Mensaje de este mismo código.

En efecto, por un lado, las normas referidas parecen seguir el planteamiento del Derecho Romano postclásico, pues se refieren a la existencia de una “posesión de cosas incorporales” y no la denominan como cuasiposesión, como era la intención de Bello. Siendo así, es posible sostener que la intención del legislador civil era adoptar la ideología de la *possessio iuris* romana postclásica, al modificar la redacción del artículo 630 del Proyecto de Código Civil de 1853, y reemplazar el término “cosa corporal” por el de “cosa determinada”, como a su vez modificar el artículo 658 y borrar la referencia al término “cuasiposesión”.

¹²⁹ HEINECCIUS, Johann Gottlieb. Elementos de Derecho Romano según el orden de las Instituciones (1830), p. 121; HEINECCIUS, Johann Gottlieb. Recitaciones del derecho civil (1830), p. 269.

Por otro lado, don Andrés Bello plasmó su ideario respecto a esta materia, en el Mensaje del Código Civil al indicar que “[t]oda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio; no es poseedor de una finca sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella. Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee sólo el usufructo de ella, que es un derecho real y por consiguiente susceptible de posesión. Pero el arrendatario de una finca nada posee, no goza más que de una acción personal para la conservación de los derechos que le ha conferido el contrato”. De esta guisa, para don Andrés Bello la posesión de derechos se configura como lo sostenían los juristas romanos clásicos, esto es, como una *quasi possessio*, entendida como el ejercicio del contenido de un derecho sobre una cosa corporal.

53. Análisis dogmático de la posesión de derechos. En la doctrina nacional y comparada, se suele definir a la posesión de derechos como el ejercicio del

contenido típico de un derecho con ánimo de señor y dueño¹³⁰. Considerando lo expuesto hasta este punto, nosotros podemos definir a la posesión de derechos como “un poder de hecho, en virtud del cual se ejerce el contenido típico de un derecho como titular del mismo, siendo dicha titularidad real o aparente”. Esta definición contempla, pues, cuatro elementos, que son (i) que se trata de un poder de hecho; (ii) es un poder en virtud del cual se ejerce el contenido típico de un derecho; (iii) el contenido típico del derecho ejercido se efectúa como si se fuera titular de éste; y (iv) la titularidad ostentada puede ser real o aparente.

54. (a) Primer elemento conceptual: posesión de derechos como poder de hecho. Ya hemos efectuado latamente el análisis por el cual caracterizamos a la posesión en general como un poder de hecho, entendiendo para estos efectos al vocablo “tenencia” en una concepción amplia, como “poder de disposición”. Ahora bien, debemos observar si las hipótesis posesorias que al efecto se han definido al estudiar la estructura de la posesión son aplicables a la posesión de derechos que se ha definido.

Adelantaremos que la primera hipótesis, esto es, la de disposición inmediata de la cosa, es aplicable a la posesión de derechos. Ella se especifica

¹³⁰ Vid. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. Cit., p. 129; CAPITANT, Henry y COLIN, Ambrosio. Op. Cit., p. 887; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 107; DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. Op. Cit., p. 41; GRANADILLO, Víctor Luis. Tratado elemental de derecho civil venezolano. Yaracuy, Venezuela, Imprenta Oficial del Estado, 1951, tomo III, p. 378; EGAÑA, Manuel Simón. Op. Cit., p. 134; PEÑAHERRERA, Víctor Manuel. Op. Cit., p. 37; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 336.

en el ejercicio de hecho del contenido típico del derecho mismo, en forma directa por el sujeto titular del mismo. Así, por ejemplo, diremos que alguien posee un usufructo bajo la hipótesis posesoria de disposición directa de la cosa, cuando ejerza el contenido de ese derecho, usando y gozando de la cosa fructuaria.

La segunda hipótesis posesoria, esto es, la de disposición mediata de la cosa, también es aplicable a la posesión de derechos que hemos definido; y ella se especificaría en que el ejercicio del contenido del derecho se realizaría por un tercero en lugar y a nombre del poseedor. Este podría ser el caso, por ejemplo, de un mandatario que a nombre del titular del derecho, lo ejerce.

El problema se plantea respecto de la tercera hipótesis posesoria, esto es, la de disponibilidad de la cosa, pues ella supone que la cosa se encuentre perdida, pero que se mantenga el *animus* posesorio y no haya entrado en posesión de ella un tercero. Los derechos, como cosas incorpóreas, no pueden extraviarse como las cosas corporales; sólo en el supuesto de los derechos corporificados se puede hablar de un extravío del documento representativo del derecho de que se trate, pero abstractamente considerados los derechos sólo admiten el binomio existencia – no existencia, motivo por el cual en principio la hipótesis contenida en el artículo 727 del Código Civil no sería aplicable a la posesión de derechos, lo que conlleva el problema de sostener si todavía se

puede hablar de ella como un poder de hecho y no sólo como un ejercicio de hecho, que hasta este punto pareciera ser la opción más correcta de tratarlos.

Sin embargo, todavía el carácter de “poder de hecho” explica de mejor forma la naturaleza de la posesión de derechos.

En primer lugar, diversas legislaciones comparadas tratan a la posesión en general, y a la posesión de derechos en particular, como un poder de hecho. Así, el artículo 1140 del Código Civil italiano prescribe que “[l]a posesión es el poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad o de otro derecho real”; el parágrafo 854 del BGB alemán considera a la posesión como un “señorío de hecho”, admitiendo que “[l]a posesión de una cosa se adquiere por la obtención del señorío de hecho sobre la misma”; el artículo 919 del Código Civil suizo también sostiene esta postura, indicando que quien tiene la potestad efectiva de la cosa tiene la posesión de la misma; el Código Civil portugués indica en su artículo 1251 la conceptualiza como “el poder de hecho que se manifiesta cuando alguien actúa de la manera correspondiente al ejercicio de los derechos (...)”; el Código Civil de Etiopía de 1960 en su artículo 1140 define a la posesión como el “señorío efectivo que una persona tiene de una cosa”.

En nuestro continente, el artículo 485 del Código Civil de Brasil se refiere a este tópico indicando “[c]onsidérase poseedor a todo aquel que tiene de hecho el ejercicio pleno o no de alguno de los poderes inherentes al dominio o propiedad”; el artículo 2351 del Código Civil argentino indica que “hay posesión en las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder (...)”; en el Código Civil boliviano, la posesión es tratada en el artículo 87 inciso 1° como el poder de hecho ejercido sobre una cosa; y finalmente, en el artículo 896 del Código Civil peruano se define a la posesión como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

A su vez, diversos autores efectúan el mismo tratamiento de la posesión en general, y de la posesión de derechos como un poder de hecho. Así, Ihering la considera esencialmente como un señorío de hecho¹³¹; en Francia, los profesores Henri y Jean Mazeaud tratan a la posesión como “un simple poder de hecho”¹³², llegando incluso a conceptualizar al *corpus* posesorio como el ejercicio sobre una cosa de los actos que corresponden al derecho del que se tiene la posesión¹³³. Por su parte, los profesores Georges Ripert y Jean Boulanger señalan que la posesión es el ejercicio sobre una cosa de un poder de hecho que, en su manifestación exterior y, al mismo tiempo, en la intención

¹³¹ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 92.

¹³² MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Op. Cit., p. 126.

¹³³ Ibid. p. 138.

del poseedor, corresponde al ejercicio de un derecho¹³⁴, la que admiten puede extenderse hasta el ejercicio de otro derecho distinto del derecho de propiedad¹³⁵, pero diferenciándola de la tenencia o posesión precaria en que ésta consistiría en ejercer un poder de hecho sobre una cosa, ya sea con permiso o por cuenta del propietario, o ya sea en virtud de una habilitación de la ley o de la justicia¹³⁶. Un tratamiento tangencial al anterior es el de don Marcel Planiol, quien plantea indirectamente que la posesión consiste en un poder de hecho, al señalar que se trataría de la posibilidad de tener una cosa y de servirse de ella como dueño¹³⁷, y refiriéndose a la posesión de derechos, indica que ella implica el señorío de hecho sobre una cosa¹³⁸.

En España, don Luis Diez-Picazo y don Antonio Guillón manifiestan que la posesión es “un señorío de hecho sobre la cosa, un poder de hecho que se ejerce sobre ella”¹³⁹, y a continuación la identifican con la facultad del derecho de que se trate con independencia de cualquier titularidad de la que pueda emanar ese señorío¹⁴⁰.en el mismo sentido, don Guillermo Valdecasas la entiende como “un poder de hecho sobre una cosa”¹⁴¹. En Argentina, don Daniel Ovejero define a la posesión como el “poder o señorío que el hombre

¹³⁴ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Loc. Cit.

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 108.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 129.

¹³⁷ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 44.

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 147.

¹³⁹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. Cit., p. 97.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 102.

¹⁴¹ VALDECASAS, Guillermo. Op. Cit., p. 9.

ejerce de una manera efectiva e independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente, poder que jurídicamente se protege con prescindencia de la cuestión de saber si corresponde o no a la existencia del derecho”¹⁴². Incluso en Chile, los profesores Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic sostiene que en su acepción etimológica, la palabra posesión denota un poder de hecho sobre una cosa¹⁴³.

En segundo lugar, y retomando la hipótesis contenida en el artículo 727 del Código Civil, tenemos que ella se refiere en definitiva a una forma de conservación de la posesión de cosas muebles, aduciendo que ella se mantendrá en la medida que subsista el *animus* posesorio. En este punto, nuevamente debemos precisar que la aplicación de este caso sólo es entendible en la medida que la posesión en general, y la posesión de derechos en particular sean caracterizadas como un poder de hecho, que se interpretaría como un poder de disposición sobre la cosa; tratándose del acto posesorio en la posesión de derechos consistente en el ejercicio del contenido típico del derecho de que se trate, caracterizando a aquella como poder de hecho implica que se puede admitir un no-ejercicio de ella, sin perder con ello el carácter posesorio una situación como la descrita en el artículo 727. Así, bajo esa hipótesis lo que sucedería es que no se estaría ejerciendo el acto posesorio

¹⁴² OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 15.

¹⁴³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Op. Cit., p. 357.

consistente en el ejercicio del contenido típico del derecho, pero subsistiría el *animus* posesorio de ejercerlo, y en dicha circunstancia se conservaría la posesión del derecho.

En tercer lugar, hay que indicar que la hipótesis considerada en el artículo 727 del Código Civil no es completamente aplicable al caso de la posesión de derechos, por la naturaleza del objeto poseído, *i.e.*, un derecho. En efecto, hemos manifestado que los derechos no son susceptibles de extraviarse, y el caso planteado por la norma en comento es justamente el extravío de una cosa; en consecuencia, este caso *stricto sensu* sólo es aplicable a la posesión de cosas corporales. Lo que nosotros efectuamos con nuestro análisis anterior, es una extensión de la hipótesis de potencialidad de disposición de una cosa, aplicada a la posesión de derechos, *i.e.*, si es posible reconocer que exista una situación posesoria de derechos en la que no se ejerza ni directa ni indirectamente éstos, o en otras palabras, si la posesión de derechos comprende un no-ejercicio de ellos. Con ello, pretendemos mostrar que aun cuando no se ejerza la actividad consistente en el acto posesorio constitutivo de la posesión de derechos, ésta subsiste con independencia de aquella. Una conclusión como la anterior, solo es posible si caracterizamos a la posesión de derechos como un poder de hecho.

En contraste, la caracterización de la posesión de derechos como un “ejercicio de hecho” del contenido del derecho no solo excluye de plano cualquier aplicación estricta o analógica de la hipótesis del artículo 727 del Código Civil, sino que implicaría que elimina a la potencialidad de disposición como situación posesoria propiamente tal.

Finalmente, en cuarto lugar, tenemos que la caracterización de la posesión de derechos como un “poder de hecho” permite no confundir a ésta con el derecho mismo cuyo contenido se ejerce.

En efecto, si consideramos que el derecho poseído efectivamente existe, la posesión de derechos entendida como un poder de hecho se especifica en la facultad de disponer de ese derecho; así como sucede en la posesión de cosas corporales con el derecho de dominio, donde la posesión es vislumbrada como una facultad del dominio en virtud de cuyo ejercicio se dispone de la cosa material sobre la que incide el derecho de dominio mismo, entendiéndola entonces como el *ius possidendi* emanado del derecho de dominio. Así, la existencia de la posesión como un *ius possidendi* permite comprender, en el caso de la posesión de cosas corporales, que se ejerciten todas las facultades propias del derecho real de dominio por el cual se detenta la cosa corporal en cuestión; y en el caso de la posesión de derechos, que se ejercite el contenido típico del derecho de que se trate.

Por otro lado, si el derecho que se dice poseer no existe en realidad, la caracterización de la posesión de derechos como un poder de hecho explica que en virtud de ella, y a pesar de no existir el derecho, se pueda ejercer de hecho el contenido de ese derecho del cual no se es titular, pero que *a priori* el ordenamiento jurídico presume que tiene. Ello en atención a la aplicación de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 700 del Código Civil, permitiendo que quien dice ostentar la calidad de titular de un derecho determinado, sea el derecho real de dominio al tratarse de la posesión de cosas corporales, o la de otro derecho distinto del dominio en el caso de la posesión de derechos, pueda presumírsele en dicha titularidad hasta que otra persona demuestre lo contrario.

55. (b) Segundo elemento conceptual: ejercicio del contenido típico de un derecho. El desarrollo que al efecto ha efectuado la doctrina comparada en esta materia, nos indica que *a priori* se trataría de ejercer un derecho. Ello, dado que en el origen de la institución y a pesar de la diferenciación con la posesión de cosas corporales, en ambos institutos posesorios lo ejercido era el contenido de un derecho sobre una cosa corporal. En el caso de la posesión de cosas corporales (*possessio rei*), lo que abstractamente se ejercía era el *dominium* de la cosa corporal, pero que atendida la identificación operada en el Derecho Romano y mantenida hasta nuestros días entre el derecho de dominio y la cosa objeto del dominio, conllevó a omitir la mención a este ejercicio del *dominium*

sobre la cosa y decir que la posesión, entonces, era la tenencia a título dominical de la cosa corporal. En el caso de la posesión de derechos la tenencia de una cosa corporal a un título no dominical, esto es, en virtud de ser el detentador un titular real o aparente de un derecho real, se justificaba en el ejercicio de dicho derecho sobre la cosa corporal en la que el derecho incidía.

Ahora bien, este planteamiento implicaba la limitación de tener que existir el derecho de que se tratare. Así, cuando se conceptualizaba a la posesión de derechos como el “ejercicio de un derecho”, constituía un presupuesto que el derecho cuyo ejercicio consistía en la posesión del mismo debía existir, descartando por ende la posibilidad de una posesión de derechos en la hipótesis de inexistencia del derecho.

Visto desde la perspectiva de la estructura de la posesión, este planteamiento difería con las hipótesis reconocidas como posesorias. Así, sin ir más lejos, dejaría sin fundamento la posibilidad de prescribir adquisitivamente tanto los derechos que se poseen, y en forma conexa las cosas corporales detentadas a título dominical. Ello, en atención a que ante la hipótesis de inexistencia del derecho que se invoca para poseer, esto es, la titularidad aparente del derecho, para el caso de una posesión de derechos implicaría la falta de objeto en la posesión (según la doctrina de la *possessio iuris* en estudio), o bien la falta del antecedente justificativo de la detentación de la cosa

corporal en la cual incidía el derecho respectivo (según la teoría de la *quasi possessio*, ya estudiada); y en el caso de la posesión de cosas corporales, faltaría de la misma forma el antecedente justificativo de la detentación de la cosa corporal.

Lo anterior, con el resultado anexo de no poder adquirir prescriptivamente el derecho de que se trate, puesto que si para la existencia de la posesión es requisito la existencia del derecho invocado, no habría posesión cuando éste no existiese, y al no haber posesión, falta uno de los requisitos para poder prescribir adquisitivamente. Este punto es levantado por don Marcel Planiol, quien indica al efecto que “[l]a posesión, considerada en sí misma, es un puro hecho; una persona goza de una cosa, pretende ser su propietario o bien tener un derecho (...), actuando como si en realidad así fuera”¹⁴⁴, agregando que “la cuestión de saber si el poseedor tiene o no tiene el derecho de obrar como lo hace, es indiferente para la existencia de la posesión y para la realización de sus efectos, (resultando de ello que) el poseedor que actúa sin derecho queda asimilado, desde el punto de vista de la posesión exclusivamente, al que ejercita un derecho realmente existente”¹⁴⁵.

Siendo así, se considera que lo ejercido no es el derecho en sí, sino el contenido típico del derecho. Así lo manifiesta el profesor Georges Ripert, quien

¹⁴⁴ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 165.

¹⁴⁵ Ibid., p. 147.

al efecto indica que “es inexacto decir que la posesión es el goce de un derecho, ya que no hay entre la posesión y la existencia del derecho ninguna concordancia necesaria. La posesión es el ejercicio de un derecho, cuando el derecho existe, pero se puede tener la posesión sin tener derecho alguno que ejercer”, agregando que “[l]a posesión es un puro hecho (...). Existe y produce sus efectos sin que se tenga que averiguar si el poseedor tiene o no el derecho de obrar como lo hace”¹⁴⁶. Este planteamiento implica, para el caso de la posesión de cosas corporales, que lo ejercido es el contenido del derecho de dominio sobre la cosa, lo que permite su aprehensión material para el ejercicio de otras facultades propias de este derecho real. En el caso de la posesión de derechos, lo ejercido dependerá de la naturaleza del contenido del derecho que se trate.

56. (c) Tercer elemento conceptual: titularidad del derecho como fundamento de su ejercicio. Quien ejerce de hecho el contenido de un derecho, lo hace reclamando una titularidad sobre éste, sea que ella fuere real o aparente. Esto constituye, para la posesión de derechos, el elemento subjetivo o *animus* posesorio, cual es el actuar como si se fuera el titular del derecho que se ejercita.

¹⁴⁶ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 107-108.

Inmediatamente podemos notar que una situación análoga acontece con la posesión de cosas corporales. Aquí, el poseedor de la cosa corporal actúa como si fuese señor y dueño de la misma, esto es, como si fuese el titular del derecho real de dominio sobre la cosa corporal, con independencia de que dicha titularidad sea efectiva o una mera apariencia. En este contexto, el ordenamiento jurídico protege dicha apariencia de dominio, y presume la existencia del derecho dominical invocado hasta que otra persona pruebe lo contrario.

En el caso de la posesión de derechos, lo que se alega por parte del poseedor es tener la calidad de titular del derecho poseído. En este punto, aparece evidente la diferencia con la misma situación acontecida en la posesión de cosas corporales, y que dice relación con la distinción entre el objeto de la posesión y el objeto del derecho fundante de la situación posesoria.

En efecto, en la posesión de cosas corporales opera la llamada identificación del derecho de dominio con la cosa corporal en la que éste incide, y en consecuencia el objeto de la posesión propiamente tal, que corresponde a la facultad del dominio que permite detentar la cosa (*ius possidendi*) se confunde y mimetiza con la cosa corporal misma, que es el objeto del derecho, consistiendo la actividad posesoria en la detentación material de dicha cosa corporal. Por ello, en la posesión de cosas corporales el

objeto de la posesión es siempre a la vez el objeto del derecho, y que corresponde a una cosa corporal en la que incide el dominio.

En la posesión de derechos, en cambio, existe una clara distinción entre la cosa objeto de la posesión (el contenido del derecho) y cuyo ejercicio constituye la actividad posesoria, y el objeto del derecho que se ejerce, que puede ser una cosa corporal, cuando se trate del ejercicio de un derecho real, o indirectamente del ejercicio de un derecho personal que permita la detentación de una cosa material, o bien puede ser un hecho que se debe por parte de un sujeto, en el caso de los derechos personales en general. En síntesis, la posesión de derechos permite una distinción clara entre el objeto de la posesión y el objeto del derecho; el primero siempre consistirá en el contenido típico de un derecho, mientras que el segundo dependerá de la naturaleza y especie de derecho que se ejerza.

57. (d) Cuarto elemento: existencia real o aparente de la titularidad del derecho poseído. Hemos anotado que, según el desarrollo doctrinal en la materia, no es exigida la existencia efectiva del derecho que se invoca poseer para poder calificar a dicha situación como posesión, lo que implica que lo ejercido no es el derecho en sí, sino el contenido típico de él.

Ello nos permite sortear el problema conceptual del artículo 700 del Código Civil, al decir de éste que se debe poseer una “cosa determinada”. Como vimos, si la “cosa determinada” constitutiva del requisito de poseibilidad fuese un derecho, excluiría inmediatamente la opción de caracterizar a la hipótesis de titularidad aparente del derecho que se invoca como posesoria, puesto que carecería de objeto. Así, el objeto de la posesión de derechos no es el derecho mismo, sino el contenido típico del derecho de que se trate, lo que excluye la problemática acerca de la existencia del derecho, puesto que la actividad posesoria se limita a ejercer el contenido de ese derecho, y en consecuencia puede hablarse propiamente de hipótesis de titularidad aparente de un derecho al ejercerse de hecho su contenido, constituyendo ello la actividad posesoria propia de la posesión de derechos.

58. Conclusión: los derechos como objeto de posesión. De lo planteado por esta teoría, implica asumir que los derechos son poseibles, en cualquiera de sus clases, puesto que incluso la tenencia de una cosa corporal puede ser reconducida al ejercicio de una facultad del derecho de dominio. En lo que los juristas romanos postclásicos han denominado *possessio iuris*, reconocemos al contenido del derecho como el objeto de la posesión, siendo el acto posesorio constituido por el ejercicio de hecho de este contenido, y alegando como fundamento de su ejercicio la titularidad que se tendría sobre él, la que sería

reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico con independencia de la determinación previa de existencia real de dicha titularidad.

59. Críticas a la teoría de la posesión de derechos. Existen tres importantes críticas a este planteamiento teórico, las que encuentran su origen en las bases de la teoría de la cuasiposesión.

La primera crítica, dice relación con el objeto poseído.

Al efecto, se señala que la posesión de derechos consistiría *stricto sensu* en una cierta actividad material que tiene como objeto a una cosa corporal, y que del hecho de que esta actividad coincida con el contenido típico de un derecho, no le quita su carácter de material. Ello implicaría que lo verdaderamente poseído no es el derecho propiamente tal, sino que la cosa corporal sobre la cual recae el derecho que se invoca, entendiendo el término “posesión” como el ejercicio de ciertas actividades materiales sobre una cosa corporal. De esta manera, lo que permitiría configurar efectivamente el concepto de posesión de derechos en una cualificación de dichas actividades materiales recaídas sobre una cosa corporal, entendiéndolas como haberseles realizado bajo la titularidad del derecho de que se trate, lo que proporcionaría la apariencia de titularidad de éste.

En definitiva la expresión “posesión de derechos” en realidad no estaría referida a los derechos en sí, puesto que el sentido adoptado por el vocablo “posesión” como ejercicio de una actividad material coincidente con el contenido típico de un derecho, se aplica siempre a una cosa corporal y no al derecho mismo.

Para responder a esta crítica, debemos partir de una premisa base: la posesión de derechos tiene como objeto de ella a un derecho. No se debe considerar, en consecuencia, si la actividad o ejercicio del derecho que constituye el acto posesorio recae sobre una cosa corporal o no, sino que si esa actividad o ejercicio corresponde con el contenido típico de un derecho del cual se alega titularidad.

La crítica señalada, parte de la premisa que toda actividad posesoria ha de recaer sobre una cosa corporal, justificada en razones históricas y esencialmente en la doctrina de la *quasi possessio* del Derecho Romano clásico. Identifican al efecto que en lo que denominan “verdadera posesión” la actividad posesoria recae sobre una cosa corporal, mientras que en las limitadas hipótesis calificadas como *quasi possessio*, siempre se trataba del ejercicio de un derecho real no dominical sobre una cosa, situación que no permitía aplicar la abstracción de identificación entre el *dominium* y la cosa sobre la que éste incidía; por ende, lo que ellos denominan *quasi possessio* –y

más tarde cuasiposesión- sería la tenencia de una cosa corporal a título no dominical, limitada a ciertos derechos reales. Es decir, sería una especie de mera tenencia calificada.

Lo relevante, es que en la crítica explicada se pone el foco de atención en la cosa corporal, suponiendo siempre que para todo tipo de posesión debe existir una de ellas, y en la cual recaerá la actividad calificada como posesoria, sea la aprehensión material de ella o bien otro tipo de actividad de índole material y que represente el contenido de un derecho. En este punto, lo que se ha planteado a lo largo de nuestro análisis es que toda posesión está caracterizada por tratarse del ejercicio del contenido de un derecho; en el caso de la posesión de cosas corporales, se trata del ejercicio del derecho de dominio, que por gracia de la abstracción de identificación entre éste y la cosa en la que incide, resulta en la asimilación de su ejercicio con la tenencia (en sentido restringido) de la cosa corporal objeto del derecho. En definitiva, lo que sostenemos es que si no operara esta identificación, podríamos distinguir (i) como el objeto de la posesión a la facultad del dominio por la cual se puede disponer materialmente o detentar una cosa corporal, (ii) como actividad posesoria, la detentación de una cosa corporal, y (iii) como objeto del derecho, a la cosa corporal en la cual incide el derecho de dominio.

Tratándose de la posesión de derechos, no opera la identificación indicada. De esta manera, en el esquema indicado se distinguen (i) el objeto de la posesión que correspondería al contenido del derecho de que se trate, (ii) como actividad posesoria, al ejercicio del contenido del derecho invocado, y (iii) el objeto del derecho, que correspondería o bien a una cosa corporal cuando se trate de derechos reales, e indirectamente en ciertos derechos personales, como el arrendamiento y en general aquellos que justifican la detentación de una cosa corporal, o bien una prestación determinada, dependiendo del contenido específico del derecho mismo en todos los casos. Ello, pues el legislador tampoco ha establecido como condición de poseibilidad en la posesión de derechos la detentación de una cosa corporal.

Lo dicho hasta este punto, se ve reforzado por el hecho de que tanto la posesión de cosas corporales como la de derechos, son tratadas indistintamente por nuestro legislador como “posesión”, en abierta contradicción con el pensamiento de don Andrés Bello en la materia, quien como sabemos seguía la doctrina que reconocía sólo una cuasiposesión para el caso de los derechos. Incluso a nivel de Derecho comparado, la mayoría de las codificaciones modernas califican a la posesión de derechos como una “posesión” y no como una “cuasiposesión”, adoptando este criterio principalmente en razón de la indiferenciación práctica de esta institución con la de la posesión de cosas corporales.

En síntesis, de lo que se trata al hablar de la posesión de derechos, es del ejercicio del contenido de un derecho, independientemente de que dicho ejercicio implique la detentación de una cosa corporal.

La segunda crítica, se refiere a la titularidad del derecho que se pretende poseer.

Plantea dicha crítica que desde la perspectiva del objeto de la posesión, la posesión de derechos considera al derecho mismo como objeto de ella, y bajo dicho supuesto puede darse que éste no exista (titularidad aparente), o bien que el derecho efectivamente exista (titularidad real) pero no pueda determinarse *a priori* si este derecho existe, *i.e.*, si la titularidad es sólo aparente o es real. En el primer supuesto, sería imposible la posesión de algo inexistente; y en el segundo supuesto, tampoco sería posible una posesión puesto que no se puede poseer algo incierto o indeterminado. Ello es reconocido normativamente en el artículo 700 del Código Civil, al decir que la posesión es la tenencia de una “cosa determinada”. Consecuencialmente, la hipótesis posesoria de titularidad aparente del derecho poseído, y que permitiría la potencialidad de poder adquirir prescriptivamente el derecho invocado, en realidad carece de objeto. Concluye esta crítica señalando que al tratar la

posesión de derechos ella no incidiría directamente en el derecho mismo que se dice poseer.

Esta crítica parte de la base de que el legislador, al referirse a una “cosa determinada” como requisito de la posesión, lo hace pensando en una cosa corporal. Omite, en primer lugar, el hecho de que la mutación normativa que experimentó el artículo 630 del Proyecto de Código Civil de 1853, en el cual se indicaba que la posesión era la tenencia de una cosa corporal con ánimo de señor y dueño, por el actual inciso 1° del artículo 700 del Código Civil que nos señala que la posesión es la tenencia de una cosa determinada, tiene su justificación en que la intención de la Comisión Revisora del Código Civil era tratar indistintamente a la posesión de cosas corporales y a la posesión de derechos, como una sola “posesión”; luego, se pensó que cambiando la referencia de “cosa corporal” a “cosa determinada” podría lograrse dicho objetivo, sin considerar que en realidad sólo complejizaría aún más este ya debatido tema.

Ahora bien, incluso si consideramos que la posesión efectivamente establece el requisito de la existencia de una cosa determinada, éste se cumple en el caso de la posesión de derecho al señalar que dicha cosa determinada sería el contenido típico del derecho. Según hemos analizado latamente, y en base a las observaciones efectuadas por don Marcel Planiol en la materia, no

es posible hablar directamente del ejercicio del derecho, puesto que de lo contrario conllevaría no solo a la imposibilidad de la posesión por falta de objeto, sino que a desestimar el desarrollo estructural mismo de la posesión, puesto que la determinación de si el poseedor tiene o no tiene el derecho de obrar como lo hace, es indiferente tanto para la existencia de la posesión como para la generación de sus efectos; así, en el ordenamiento jurídico el poseedor que actúa con titularidad aparente del derecho queda asimilado, desde el punto de vista de la posesión, al que ejercita un derecho con titularidad real de éste.

Esto es válido también para el caso de la posesión de cosas corporales, puesto que si la consideramos –como se ha venido haciendo- como el ejercicio de una facultad del derecho de dominio sobre una cosa corporal, implicaría que *stricto sensu* el requisito de existencia de una cosa determinada también debiera recaer sobre la existencia misma del derecho de dominio por el cual se detenta la cosa corporal, todo ello, nuevamente, en virtud de la identificación del dominio con la cosa objeto del mismo. Siendo así, llevaría al absurdo de considerar que sólo en el supuesto de una titularidad real del derecho de dominio existiría posesión, con la consecuente desestructuración de la institución de la posesión y la inaplicabilidad de la prescripción adquisitiva de derechos.

La tercera crítica es un planteamiento derivado de la anterior, y se relaciona con la prescripción adquisitiva de los derechos.

Señala que la prescripción adquisitiva requiere la posesión de un bien corporal, sea mueble o inmueble, por un lapso de tiempo determinado para la adquisición del dominio o de otro derecho real sobre ella; así lo señala el legislador en el artículo 2498 del Código Civil, diciendo que “[s]e gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y que se han poseído con las condiciones legales”, agregando a continuación que “[s]e ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados”. Implicaría ello que la única posesión verdadera es aquella referida a las cosas corporales, dado que el fundamento de esta institución, tanto a nivel histórico como dogmático, radica en servir de base para la posibilidad de prescribir adquisitivamente un derecho real del que no se es titular.

Este argumento, nuevamente, omite ciertos elementos importantes dentro de su análisis. Primeramente, cuando se establece a la posesión de una cosa corporal mueble o inmueble como condición necesaria para adquirir por prescripción un derecho real sobre dicha cosa, en definitiva considera que en ella se debe ejercer el contenido de un determinado derecho real, sin ser titular real de éste, y por un periodo de tiempo determinado, para adquirir la titularidad

del derecho así ejercido. Ello es igualmente válido tanto para la posesión de cosas corporales como para la de derechos; en el primer caso, se trata del ejercicio de una facultad del derecho de dominio, mientras que en el segundo se tratará del ejercicio del contenido de otro derecho real sobre la cosa corporal.

Es relevante destacar, en segundo lugar, que la prescripción adquisitiva establece como condición de adquisición del derecho no solo la “posesión” de una cosa, sino que la existencia de una cosa corporal raíz o mueble. En otras palabras, el derecho que se puede adquirir prescriptivamente es sólo aquel que recaiga o incida sobre una cosa corporal, raíz o mueble. La determinación de esta condición de prescriptibilidad, conlleva a decir que, en el caso de la posesión de derechos y en el ámbito de la prescripción adquisitiva, ya no sólo se requiere poseer el derecho, esto es, ejercer de hecho el contenido típico de él, con titularidad aparente del mismo, sino que además que dicho derecho tenga como objeto del mismo a una cosa corporal.

De lo expuesto, resulta que la prescripción tendría la naturaleza de consecuencia de la posesión. Siendo así, aquella puede establecer diversos requisitos para su operación, anexos a la posesión de una cosa corporal (entendida como ejercicio de una facultad del dominio) o de un derecho; pero la posesión en sí misma, no está determinada necesariamente por la posibilidad de prescribir adquisitivamente una cosa. En otras palabras, bien puede hablarse

de posesión sin prescripción adquisitiva, pero no de ésta sin aquella. Un ejemplo de esta circunstancia, lo constituyen las llamadas posesiones inútiles, que no dan lugar a prescripción adquisitiva, pero que sin embargo no se duda acerca de su carácter posesorio.

Título IV

Noción unitaria de posesión

60. Fundamento del estudio de la noción unitaria. Un sector importante de la doctrina comparada, sin realizar un análisis exhaustivo de la estructura de la posesión de derechos ni tampoco apartándose del concepto tradicional que se tiene de ella, a saber, como el ejercicio del contenido típico de un derecho, reconoce la posibilidad de la existencia de un concepto genérico de posesión, que englobe tanto a la de cosas corporales como a la de derechos¹⁴⁷. Nuestro objetivo es, en este punto, analizar la posibilidad de la existencia de una noción unitaria de posesión, que permita estructurar de mejor forma a la posesión de cosas corporales y de derechos, y que explique satisfactoriamente su estructura dogmática; este es, por cierto, el requisito esencial establecido doctrinariamente para poder referirse al tema, al decir de von Ihering que “[u]na noción genérica de ser concebida de tal suerte, que sea exacta para todas las especies que el género comprende: la noción de posesión debe comprender la posesión de las cosas y la de los derechos”¹⁴⁸

¹⁴⁷ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. Cit., p. 129; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 146; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 335; VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 148 y ss.; OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 12.

¹⁴⁸ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 151.

61. Alcance del vocablo “cuasiposesión”. Al analizar los conceptos de posesión de cosas corporales y posesión de cosas incorpóreas (derechos), nos percatamos de algo que, si bien pareciera nominal, es significativo: en el desarrollo histórico y dogmático del estudio de la posesión de derechos, se sostiene en denominar a ésta con el término de “cuasiposesión” (*quasi possessio*), que implica reconocer que ella es “casi” una posesión. Esta terminología proviene desde el Derecho Romano clásico en el cual, según constatamos al estudiar la teoría de la cuasiposesión, tiene su fundamento en que se ha considerado como la “verdadera posesión” a aquella referida a la tenencia a título dominical de una cosa corporal, y que, por el contrario, la tenencia de una cosa corporal a título no dominical, vale decir, en ejercicio de un derecho real *a non domino*, se refería a una situación de hecho que atañe a una cosa corporal pero que no podía ser calificada como una posesión, razón por la que fue bautizada como cuasiposesión (*quasi possessio*).

Una conclusión opuesta es la arribada en el Derecho Romano postclásico, para la cual la aplicación de la *longi temporis praescriptio* a los derechos reales distintos del dominio debía tener como fundamento la posesión de algo, pero que no podía ser la cosa corporal sobre la que incidía el derecho a prescribir; como consecuencia de ello, según se ha dicho, encontraron que el objeto de la posesión en este caso es el derecho mismo, y en concordancia con ello se empieza a utilizar más propiamente el término “posesión de derechos”

(*possessio iuris*) para describir tal hipótesis. Ahora bien, se ha anotado que en este periodo, los juristas romanos postclásicos denominaban indistintamente a esta posesión como *possessio iuris* o *quasi possessio*, con lo cual, según la teoría de la cuasiposesión, se trataría sólo de una construcción lingüística dado que ambos términos dan cuenta de una situación material respecto de una cosa corporal.

Decir que esta figura es casi una posesión, significa que falta en ella algún elemento o requisito para que pueda enmarcarse propiamente dentro de la posesión, pero que debe tener algún elemento o requisito que la hace ser cercana a dicha institución.

Luego, si existe un elemento o característica que sea común a ambas instituciones, implica que puede existir un género mayor que abarque a ambas, fundado en definitiva en dicho elemento común. Por lo tanto, corresponde analizar cuál es ese elemento.

62. El *animus* como elemento subjetivo unitario de la posesión. Podemos decir que un primer elemento común a ambas instituciones consiste en el “ánimo de señor y dueño”, el cual es denominado como “elemento subjetivo” de la posesión. En efecto, tanto en la posesión propiamente tal, *i.e.*, la tenencia de una cosa determinada (corporal) con ánimo de señor y dueño, como en la

(cuasi)posesión de derechos, vale decir, en el ejercicio de hecho del contenido típico del derecho de que se trate, habiendo una titularidad de éste al menos aparente, confluye el elemento subjetivo consistente en este *animus* especial configurativo, sea que se funde o no en un derecho que lo ampare. Así, quien detenta una cosa corporal con la concurrencia del elemento subjetivo descrito, se dice que posee dicha cosa; y en caso contrario, sólo ejercerá la mera tenencia de ella. A su vez, quien ejerce de hecho el contenido típico de un derecho con la concurrencia del elemento subjetivo descrito, genera la apariencia de titularidad de dicho derecho, y en consecuencia se dice que (cuasi)posee el mismo; si, por el contrario, dicho ejercicio de hecho se hace sin la concurrencia del elemento subjetivo, no habría siquiera apariencia de titularidad del derecho de que se trate, por lo cual no solo no se configura la hipótesis de (cuasi)posesión de éste, sino que derechamente no podría ejercerse el derecho mismo que se pretende, toda vez que la apariencia de titularidad en el ejercicio de un derecho constituye un requisito esencial a dicho ejercicio, por lo cual su ausencia o falta no permite éste.

Sin embargo, el elemento común a ambos tipos posesorios que buscamos no puede agotarse en el llamado “elemento subjetivo” de la posesión, consistente en el ánimo de señor y dueño. Ello es así, puesto que si se acogiere la tesis de que existe una diferencia abismal entre los que serían elementos objetivos de ambas instituciones posesorias, a saber, la “tenencia de

una cosa” entendida en su sentido restringido como aprehensión material de ella (en el caso de la posesión de cosas corporales), y el ejercicio de hecho del contenido típico de un derecho (en el caso de la posesión de derechos), resultaría forzado pensar que estas situaciones, tan disimiles una de otra, se agrupen bajo una categoría subjetiva. Puesto que en un caso, se trata de una “aprehensión material”, y en el otro de un “ejercicio de hecho”, decir que ambos son especies de un género mayor por la sola concurrencia del *animus* en cada una, no resulta convincente.

Luego, el *animus* así descrito es un elemento necesario, pero no suficiente, para definir una característica común a ambas instituciones posesorias estudiadas.

63. El *corpus* como elemento objetivo unitario de la posesión. En este punto, es relevante destacar lo que señalamos al principio de este análisis, a saber, que no es casualidad ni baladí que se haya denominado al ejercicio de hecho del contenido típico de un derecho, como “(cuasi)posesión”. Si, en efecto, esta institución tiene un elemento común con la posesión de cosas corporales, y dicho elemento no es el “ánimo de señor y dueño”, necesario es concluir que debe encontrarse en el elemento material de ambas instituciones.

Pero el problema que surge inmediatamente -y que ya hemos hecho notar- es que los elementos objetivos de la posesión de cosas corporales y de la posesión de derechos son, en apariencia, diametralmente opuestos, y no tendrían relación alguna. Así, en un caso, este elemento trata de una “tenencia”, entendida como la “aprehensión material de una cosa”; y en el otro caso, del “ejercicio” del contenido de un derecho.

¿Cuál podría ser la característica común a ambos elementos, que determinara la pertenencia de ambas instituciones posesorias a un género mayor?

Esta característica la podemos encontrar en el significado de “tenencia”. En efecto, la tenencia fue entendida como la aprehensión material de una cosa determinada, lo que implica que *stricto sensu* ella es sólo aplicable a las cosas corporales¹⁴⁹. Sin embargo, y tal como hemos adelantado al tratar de la naturaleza de la posesión, en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial se ha estimado que la posesión es un “poder de hecho” en el cual la referencia efectuada en el artículo 700 inciso 1° del Código Civil al vocablo “tenencia” se considera en un sentido amplio, como un poder de disposición sobre una cosa determinada. Así, se manifestó que a la luz de las hipótesis de posesión contenidas en el artículo 700 del Código Civil, así como de aquella referida en el

¹⁴⁹ Vid. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 146.

artículo 727 del mismo cuerpo legal, resultaba errado entender la posesión como una situación de hecho, siendo que en definitiva varias de las hipótesis normativas de posesión no conciben un contacto material o directo con la cosa poseída, sino que se explican cuando la cosa se encuentra dentro de una esfera de disposición del poseedor; ello lleva a la afirmación de que la posesión consiste en realidad en un poder de hecho, entendiendo el vocablo “tenencia” en su sentido amplio como un poder de disposición de la cosa objeto de la posesión.

Cuando definimos la tenencia como un poder de disposición, implica que ella en definitiva admite un ejercicio; en otras palabras, un sujeto “ejerce la tenencia” de una cosa cuando ejerce el poder de disposición sobre ella, pudiendo aprehenderla materialmente, si se trata de una cosa corporal, o bien ejerciendo el contenido del derecho de que se trate, si se trata de una cosa incorporal. Si lo anterior es cierto, resulta que existe una característica común a ambos tipos de elementos materiales de las instituciones posesorias estudiadas, y dicha característica consiste en que se tratarían de un “poder” que se ejercita.

Ahora bien, dentro de los posibles caracteres que puede asumir la naturaleza de la posesión, entendida como hecho, están la de ser (i) una situación de hecho, (ii) un ejercicio de hecho, y (iii) un poder de hecho. Según lo

explicado, se ha descartado la opción de que se trate de una situación de hecho. Sin embargo, queda la posibilidad de que en realidad se trate de un ejercicio de hecho; ello, en atención a la definición que tradicionalmente se señala de la (cuasi)posesión de derechos como el “ejercicio del contenido típico de un derecho”, y en vista de que la posesión de las cosas corporales, atendida la identificación que existe entre el derecho de dominio y la cosa corporal en la que incide este derecho, permitiría hablar de aquella como el ejercicio de una facultad del dominio sobre la cosa en la que éste recae.

Pero tampoco correspondería hablar propiamente de que se trataría de un “ejercicio de hecho”, en atención a que su naturaleza no permitiría la opción de un no-ejercicio; la explicación de ello, radica nuevamente en las hipótesis normativas consideradas como posesión. Para el supuesto de la disposición inmediata de la cosa, es posible predicar que se trataría del ejercicio del contenido de un derecho (sea el dominio, en el caso de las cosas corporales, o bien otro derecho, si se trata de la posesión de derechos). Una ficción que lleve al mismo resultado puede decirse que ocurriría en la hipótesis de disposición mediata de la cosa, dado que se trata del ejercicio constitutivo de tenencia, por parte de un tercero en lugar y a nombre del verdadero poseedor. Pero no es posible imaginar una situación de ejercicio en la hipótesis de disponibilidad de la cosa, como hemos descrito a la situación señalada en el artículo 727 del Código Civil; no puede hablarse ni directa ni fictamente de un ejercicio de algo, puesto

que la cosa no se encuentra en la esfera de disponibilidad del sujeto, y ella sólo se considera poseída por éste en la medida que se cumplan con dos condiciones copulativas, cuales son las de (i) mantener el *animus* posesorio, y que (ii) otro sujeto no entre en posesión de la cosa.

Si la tenencia, en la forma en cómo hemos tratado a este vocablo, consistiera en un ejercicio de algo, no puede abarcar la situación descrita por el artículo 727 reseñado, pues ni aun suponiendo que establezcamos una ficción de ejercicio continuado, éste no recaería en la cosa objeto de la posesión, pues la hipótesis del artículo 727 implica que la posesión sólo se mantiene por la conservación del *animus* posesorio. Además, colegimos que el elemento subjetivo de la posesión no era suficiente para establecer un común denominador genérico de la posesión.

La circunstancia posesoria que describimos como disponibilidad de la cosa, se explica mejor si tratamos a la tenencia como un poder de hecho. Al efecto, la naturaleza de un poder o facultad permite el binomio ejercicio – no ejercicio de ella, y es justamente esta característica la que admite que todas las hipótesis de situaciones posesorias sean abarcadas por ella. En el caso en comento, al decir del legislador que la posesión de una cosa se conserva mientras se mantenga el *animus* posesorio y otra persona no haya entrado en posesión de la cosa, permite decir que nuestro elemento objetivo, *i.e.*, la

tenencia de la cosa entendida como poder de hecho, sigue existiendo e incidiendo en el objeto de la posesión, puesto que éste no ha salido del ámbito de disponibilidad del poseedor, que corresponde al poder de hecho mismo definido.

En los casos de disposición inmediata y mediata de la cosa en el ámbito posesorio, la tenencia entendida como poder de hecho permite que, en su ejercicio, la cosa quede a disposición directa o indirecta del poseedor. Así, en el caso de la posesión de cosas corporales, se trataría del ejercicio de este poder de hecho, entendido como facultad del dominio (amparada o no por el ordenamiento jurídico) que permite la aprehensión de una cosa corporal, con ánimo de señor y dueño. Y en el caso de la posesión de derechos, se trata del ejercicio de este poder de hecho, entendido como el contenido típico de un derecho.

64. El *corpus* y el *animus* como elementos unitarios de la posesión.

Siguiendo esta lógica, tenemos entonces que tanto la posesión de cosas corporales como la posesión de derechos, tienen en común (i) el elemento subjetivo, consistente en el ánimo de señor y dueño del sujeto que ejerce la posesión; y (ii) el elemento objetivo, que hemos conceptualizado como el ejercicio del contenido de una facultad sobre una cosa determinada. El contenido de dicha facultad, en el caso de la posesión de cosas corporales,

será la posibilidad de aprehender materialmente la cosa corporal de que se trate; mientras que en el caso de la posesión de derechos, el contenido de la facultad será el contenido del derecho que es ejercido.

65. La posesión de cosas corporales como ejercicio del derecho de dominio. Un argumento adicional para concebir la posibilidad de existencia de una noción unitaria de posesión, estriba en la consideración de la posesión de cosas corporales como el ejercicio de una facultad del derecho de dominio, en virtud de la cual se detenta una cosa corporal determinada.

Nuestro análisis histórico demuestra que ya desde los tiempos del Derecho Romano clásico se concebía al dominio (*dominium*) como un poder absoluto y omnicomprendido de una cosa corporal, al punto de que ambos elementos se confundieron y asimilaron en uno solo, resultando que ya no se trataba de indicar que se era titular del *dominium* sobre cierta cosa corporal, sino que se dice que se es dueño de ella. Esto implica omitir un paso lógico en la comprensión de la teoría de los derechos subjetivos entendiendo originalmente que una persona, en virtud de ser titular de un derecho determinado, pueda ejercer ciertos actos o disponer de una cosa corporal; y en el caso en comento, simplemente se elimina la referencia a la titularidad del derecho mismo, para decir que la cosa corporal le pertenece. Esto explica, a su vez, que el *dominium* así entendido no haya sido considerado ni por ende

catalogado como un derecho (*iura*) y consecuentemente no se le considere por se una cosa incorporal (*res incorporal*), sino que una cosa corporal (*res corporal*) dada esta mimetización expuesta.

Siendo así, resulta que la comprensión de la posesión (*possessio*) por parte de los juristas romanos como la tenencia de una cosa corporal, implicaba omitir la abstracción de definir la actividad posesoria de “tenencia” de la cosa como el ejercicio del *dominium* sobre dicha *res corporal*. Dada la aplicación de la identificación *dominium-res corporal*, el “tener” una cosa no podía ser analizado como ejercicio del *dominium*, puesto que no solo es impensado hablar de ejercer una *res corporal*, las que por su naturaleza sólo admiten una existencia-no existencia, sino que sólo los poderes, facultades o derechos admiten un ejercicio y, como vimos, el *dominium* no era considerado un derecho en sí.

Sin embargo, el desarrollo posterior del dominio determinó que éste tenía la naturaleza jurídica de un derecho, incorporándose en la categoría de los derechos reales, esto es, aquellos que se ejercen sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Desde ese momento, puede decirse propiamente que el hecho de que una cosa corporal le pertenezca a alguien, es porque ese sujeto es titular del derecho real de dominio sobre esa cosa corporal, pudiendo usar y gozar de ella arbitrariamente bajo ciertos límites. Consecuencialmente la

posesión de cosas corporales, entendida como la tenencia de una cosa corporal determinada con ánimo de señor y dueño, se puede reconducir al ejercicio de una facultad del dominio, en virtud de la cual se puede detentar materialmente una cosa corporal sobre la que incide dicho derecho. En doctrina, esta facultad del dominio por la cual se puede detentar una cosa se le ha denominado *ius possidendi* o derecho a poseer.

Visto así, resulta que todo tipo de acto posesorio, tanto de las cosas corporales como de los derechos, puede ser reconducido al ejercicio de hecho del contenido de un derecho que se dice ostentar, con independencia de si la titularidad alegada sea real o aparente, vale decir, sin importar *a priori* si el derecho en cuestión existe o no. Ello podría llevar a concluir que la posesión de cosas corporales es un tipo especial de posesión de derechos, caracterizada por tratarse del ejercicio del contenido del derecho de dominio sobre una cosa corporal, y que implica la detentación de ella¹⁵⁰. Así, el profesor von Ihering estima que “[e]n rigor, se debería colocar en el mismo lugar la posesión del propietario, porque contiene igualmente el ejercicio, la exterioridad de un derecho, de la propiedad”¹⁵¹, agregando que se “desflora la noción genérica cuando (se) acomoda la transición de la posesión de las cosas (corporales) a la de los derechos diciendo, que así como la posesión de las cosas (corporales)

¹⁵⁰ Una conclusión similar puede encontrarse en PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 146.

¹⁵¹ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 148 – 149.

entraña el ejercicio de la propiedad, la posesión de los derechos implica el ejercicio de un derecho (...) [E]l punto de vista del ejercicio del derecho contiene la idea fundamental de toda la teoría posesoria, es decir, la idea genérica de la posesión”¹⁵².

En este mismo sentido, estima el profesor Ripert que la distinción entre posesión de cosas corporales y posesión de derechos no tiene razón de ser alguna, y que no es más que la consecuencia de una formación histórica progresiva, señalando que “[e]n efecto, lo que los romanos llamaban posesión de las cosas corporales era el goce completo y exclusivo de la cosa, análogo al ejercicio regular del derecho de propiedad, y si se extrema el análisis, se ve que la *possessio rei* era una *possessio iuris*, el ejercicio de un derecho, a saber, el derecho de propiedad”¹⁵³. Por su parte, el profesor Diez-Picazo indica que la posesión que consiste en el disfrute de un derecho no es siempre algo contrapuesto a la posesión de cosas, porque ésta reflejará el derecho, es decir, los poderes que de hecho se ejercitan sobre la cosa y que darán la imagen de aquel, por lo que la contraposición entre posesión de derechos y de cosas es inadecuada, justificándose exclusivamente en razones históricas¹⁵⁴.

¹⁵² *Ibid.*, p. 151.

¹⁵³ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Op. Cit.*, p. 109.

¹⁵⁴ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Op. Cit.*, p. 114.

En consecuencia, por un lado, el acto posesorio en la posesión de cosas corporales estaría configurado por el ejercicio de este *ius possidendi*, en virtud del cual se detentaría materialmente la cosa corporal en la que incidiría el derecho real de dominio; por otro lado, el acto posesorio en la posesión de derechos estaría constituido por el ejercicio del contenido típico de un derecho, el cual estará determinado por la naturaleza misma del contenido del derecho así ejercido.

66. Conclusión: noción unitaria de posesión. Por lo tanto, habiendo identificado los elementos comunes a ambos tipos de posesión, cabe decir que existe un género que comprende a ambos¹⁵⁵, al que podemos denominar como posesión en sentido amplio, y el cual consiste en el ejercicio del contenido de una facultad, amparada por el ordenamiento jurídico o no, por parte de un sujeto y respecto de una cosa determinada, con ánimo de señor y dueño. De dicho género se pueden distinguir, atendido al objeto sobre el cual recae la posesión, en (i) posesión de cosas corporales, que corresponderá al ejercicio del contenido de una facultad, amparada o no por el ordenamiento jurídico, por parte del sujeto respecto de una cosa corporal determinada, con ánimo de señor y dueño, y consistiendo el contenido de dicha facultad en el poder aprehender materialmente (tener) la cosa corporal de que se trate; y (ii) posesión de derechos, que corresponderá al ejercicio del contenido de una

¹⁵⁵ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 151.

facultad, amparada por el ordenamiento jurídico, por parte del sujeto respecto de derecho determinado, con ánimo de señor y dueño, y consistiendo el contenido de dicha facultad en el contenido del derecho de que se trate. En palabras del profesor Ripert, “[n]o hay, pues, razón para mantener la concepción dualista romana: los actos que constituyen la posesión se asemejan unas veces al ejercicio del derecho de propiedad, en cuyo caso se dice que hay posesión de una cosa, y otras veces al ejercicio de otro derecho, en cuyo caso se dice que hay posesión de un derecho”¹⁵⁶.

Hay que hacer presente, que si bien la doctrina ha reconocido la existencia de un género denominado “tenencia”, del cual son grados de la misma la posesión, la mera tenencia y el precario, ella sólo se refiere a las cosas corporales, y entendiendo a tenencia en su sentido restringido, esto es, como la aprehensión material de una cosa corporal. En consecuencia, se trata de una categorización paralela a la realizada por nosotros, que atañe exclusivamente a la tenencia en su sentido restringido y aplicable exclusivamente a las cosas corporales.

¹⁵⁶ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 109.

CAPÍTULO III

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA POSESIÓN DE DERECHOS

Título I

Antecedentes generales

67. Discusión dogmática principal: los derechos poseibles. En el capítulo anterior hicimos un análisis estructural de dos teorías que explican conceptualmente lo que es la posesión de cosas incorpóreas. En primer lugar, la teoría de la cuasiposesión, basada en la doctrina romana clásica, la definía como el “ejercicio de hecho del contenido típico de un derecho real distinto del dominio, sobre una cosa corporal ajena, con titularidad aparente del derecho de que se tratare, pero con independencia de que dicha titularidad existiera en realidad”; en ella, se argumentaba que sobre los derechos no cabe una posesión, pero que sobre las cosas corporales sí es posible hablar de un aprovechamiento de hecho coincidente con el contenido típico de un derecho distinto del dominio, al amparo de una titularidad al menos aparente del derecho de que se trate.

En segundo lugar, la teoría de la posesión de derechos, basada en el desarrollo doctrinario del concepto de *possessio iuris* del Derecho Romano postclásico, conceptualizaba a ésta como “un poder de hecho, en virtud del cual se ejerce el contenido típico de un derecho como titular del mismo, siendo dicha titularidad real o aparente”; en ella, se argumentaba que los derechos son poseibles, en cualquiera de sus clases, reconociendo al contenido del derecho como el objeto de la posesión, siendo el acto posesorio constituido por el ejercicio de hecho de este contenido, y alegando como fundamento de su ejercicio la titularidad que se tendría sobre él, la que sería reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico con independencia de la determinación previa de existencia real de dicha titularidad.

En ambas teorías, al menos conceptualmente, el acto posesorio está constituido por el “ejercicio del contenido de un derecho”¹⁵⁷. Lo que ahora corresponde analizar, es qué tipo de derechos admiten ser (cuasi)poseídos¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Esto, sin perjuicio de lo descrito con motivo de la crítica efectuada a la teoría de la cuasiposesión, en cuanto define conceptualmente a la (cuasi)posesión de derechos como el ejercicio del contenido de un derecho, mientras que en el análisis estructural de ella omite dicha consideración y habla directamente del “ejercicio del derecho” para descartar la posibilidad de una posesión de éstos (*supra*, capítulo II, título III, §1, N° 49).

¹⁵⁸ En el transcurso de este capítulo, se utilizará la formulación lingüística “(cuasi)posesión” para referirnos a la posesión de derechos en general, sin adherir a una de las teorías expuestas en el capítulo anterior. Se utilizará el vocablo “cuasiposesión” cuando se haga alusión a la teoría de a cuasiposesión, y finalmente se hablará de “posesión de derechos” cuando nos refiramos a la teoría de la posesión de derechos.

Título II

Posesión de derechos patrimoniales

§1. Posesión de derechos reales

68. Poseibilidad de los derechos reales. Dentro del desarrollo dogmático de la posesión de derechos, la doctrina ha estimado casi unánimemente que el ámbito de aplicación de ella incluye a los derechos reales¹⁵⁹. En nuestro país, esta idea se ha visto reforzada con lo expresado en el Mensaje del Código Civil, al señalar que “como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre”, agregando a continuación, a través del ejemplo del derecho real de usufructo que “[e]l usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee sólo el usufructo de ella, que es un derecho real y por consiguiente susceptible de posesión”.

¹⁵⁹ Vid. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 54; EGAÑA, Manuel Simón. Op. Cit., p. 151; MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Op. Cit., p. 127; LAFAILLE, Héctor. Derecho civil. Buenos Aires, Argentina, Compañía Argentina de Editores, 1943, tomo III, volumen I, p. 171-173; PESCIO, Victorio. Op. Cit., p. 229.

De lo plasmado en el Mensaje del Código Civil, y según hemos analizado en el capítulo anterior, el legislador estaría reconociendo la posibilidad de poseer los derechos reales enumerados en su calidad de tales por el artículo 577 inciso 1° del Código Civil. Adicionalmente, se manifiesta la operatividad de la posesión de derechos, entendiendo que la tenencia de una cosa invistiendo real u ostensiblemente el dominio de ella, constituye para el legislador la posesión propiamente dicha, mientras que la tenencia de una cosa a título no dominical no constituye posesión de ella, sino que sería una mera tenencia de ésta, con lo que se entiende que lo que es el objeto de la posesión de derechos es el derecho mismo y no la cosa sobre la que éste recae.

Pero además, el Mensaje del Código Civil señala que el usufructo, por el hecho de ser un derecho real, es susceptible de posesión. En base a este enunciado, gran parte de la doctrina nacional ha considerado que el legislador limita el ámbito de aplicación de la (cuasi)posesión de derechos a los reales¹⁶⁰.

69. Origen del problema: el derecho real como antecedente de la relación sujeto – cosa corporal. Aun cuando el mensaje del Código Civil señalaría que todos los derechos reales, en su calidad de tales, son susceptibles de (cuasi)posesión, hay divergencias en la doctrina nacional y comparada respecto de dicha cualidad para ciertos derechos reales; en particular, la duda surge

¹⁶⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Op Cit., p. 368; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 335.

respecto de los derechos reales de hipoteca, servidumbres negativas, servidumbres discontinuas y continuas inaparentes, y el derecho real de herencia.

La divergencia surge al analizar la forma de operatividad de los derechos reales. Al efecto, se señala que lo esencial es que éstos se ejercen o bien sobre una cosa corporal propia (derecho real de dominio) o sobre una cosa corporal ajena (derechos reales distintos del dominio); en el primer caso, el titular del dominio detenta la cosa con ánimo de señor y dueño, y en consecuencia se dice que posee la cosa corporal misma, mientras que en el segundo caso, tratándose de otros derechos reales, el ejercicio de éstos se efectúa en una cosa corporal ajena, *i.e.*, reconociendo que el dominio de ella es de un tercero. Ahora bien, tratándose de un derecho real distinto del dominio, el titular (real o aparente) de él se dice que lo posee directamente, con independencia de la relación de detentación que se tenga con la cosa corporal en la que incide el derecho en sí; en otras palabras, respecto de la cosa corporal, existe una situación de mera tenencia, mientras que respecto del derecho real no dominical existe una situación posesoria.

A lo anterior, se suma la consideración del fenómeno posesorio como un hecho social, lo que es traducido como una relación aparente de dominio entre el sujeto (poseedor) y la cosa poseída (objeto de la posesión).

Consiguientemente, se deduce que en el supuesto de (cuasi)posesión de derechos reales, para que sea tal, requiere de esa apariencia de dominio entre el sujeto y la cosa objeto de la posesión, que se traduciría en una actividad material objetiva, real, continuada y perdurable, aunque sea de carácter remoto; siendo de esta forma, dicha actividad realizada por el sujeto poseedor del derecho real sobre la cosa corporal objeto del derecho poseído. Esta es la doctrina que al efecto establece J. P. Molitor, quien señalara este requisito de continuidad en el ejercicio de un derecho para que éste fuese catalogado como poseible, siendo imprescindible en consecuencia que el derecho no se extinguiera en su ejercicio¹⁶¹.

70. (a) Primer caso: derecho real de hipoteca. La hipoteca constituye un derecho real de garantía, conceptualizado en el artículo 2407 del Código Civil como “un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”, y que en doctrina se le define como un derecho real, constituido sobre inmuebles, que garantiza el cumplimiento de una obligación principal, y que no deja de estar en poder del deudor, confiriendo al acreedor el derecho de persecución en manos de quien esté y la preferencia para el pago en su realización.

¹⁶¹ MOLITOR, J. P. La possession, la reivindication, la publicienne et les servitudes en droit romain, citado por OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 124.

En cuanto a su estructura de funcionamiento, en la hipoteca la cosa hipotecada permanece en poder del deudor hipotecario, por lo que éste sigue siendo poseedor de ella. En consecuencia, no existe vinculación material entre el titular del derecho real de hipoteca y la cosa corporal en la que incide este derecho, *i.e.*, tienen un vínculo remoto, por el cual el acreedor hipotecario no ejerce actividad material alguna en la cosa hipotecada; lo que quiere decir que si se considera a aquel como (cuasi)poseedor del derecho real de hipoteca, en el ejercicio de su derecho no existe una actividad material coincidente con el ejercicio del contenido del derecho mismo, por lo que se desdibujaría la (cuasi)posesión del derecho de hipoteca¹⁶².

Esta consecuencia es la adoptada por un sector de la doctrina. Así, don Antonio Butera señala al efecto que “[l]a hipoteca es un derecho real, pero como no es susceptible de un ejercicio continuado y durable, no puede ser objeto de posesión. El acreedor hipotecario carece del goce del inmueble hipotecario; no puede adquirir por prescripción el derecho de hipoteca, ya que éste nace de fuentes taxativamente determinadas; no percibe los frutos del inmueble; e ejercicio de la acción hipotecaria agota el derecho de hipoteca. Cancelada la hipoteca, no renace aunque la cancelación haya sido indebida y el acreedor hubiere proseguido poseyendo el crédito y la garantía hipotecaria constituida en su favor. Falta la relación de hecho con la cosa corporal y no se

¹⁶² EGAÑA, Manuel Simón. Op. Cit., p. 151.

puede, entonces, discurrir la posesión en sentido técnico. Falta la incidencia sobre la cosa (corporal), y sin ella se desvanece la posesión”¹⁶³. De la misma forma, se pronuncia Molitor al indicar que, al extinguirse por su ejercicio consistente en la venta de la cosa hipotecada, el derecho real de hipoteca no es susceptible de posesión¹⁶⁴. Por su parte, el profesor Diez-Picazo estima que siendo la posesión de derechos como un señorío de hecho sobre una cosa, únicamente serán susceptibles de posesión los derechos que lleven consigo posibilidades de actuación sobre cosas, descartando en conclusión a la hipoteca¹⁶⁵. En fin, se ha argumentado que siendo la cuasiposesión referida a aquellos derechos reales susceptibles de un ejercicio continuado sobre las cosas corporales, no podría incluirse en ella a la hipoteca¹⁶⁶.

Parte de nuestra doctrina nacional, siguiendo los argumentos esgrimidos por el profesor Butera, indica que el acreedor hipotecario no es (cuasi)poseedor de su derecho real de hipoteca, ya que no detenta materialmente la cosa corporal sobre la que incide su derecho. Se dice al respecto que la relación entre el sujeto acreedor y la cosa corporal en la que recae la hipoteca solamente se verificará como una preferencia jurídica, materializada

¹⁶³ BUTERA, Antonio. Codice Civile Italiano Commentato. Turín, Italia, Editorial U.T.E.T., 1941, tomo II, p. 426 y ss.

¹⁶⁴ MOLITOR, J. P. La possession, la reivindication, la publicienne et les servitudes en droit romain, citado por OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 124.

¹⁶⁵ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. Cit., p. 115.

¹⁶⁶ Vid. LAFAILLE, Héctor. Op. Cit., p. 171; KUMMEROW, Gert. Ensayo sobre la adquisición a non domino de bienes muebles. Caracas, Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1965, p. 59 y ss.

esencialmente en el derecho de persecución y realización de la cosa para pagar el crédito garantizado¹⁶⁷. Esta postura pareciera ser la adoptada por nuestra jurisprudencia, la que al efecto señala que “la (cuasi)posesión de los derechos reales se rige por las mismas reglas que la posesión del dominio”, agregando que “es dudoso que pueda invocarse la (cuasi)posesión de derecho real de hipoteca, puesto que la posesión es esencialmente un hecho social, esto es, la vinculación pública y ostensible de una persona a una cosa corporal o incorporal”¹⁶⁸. En el mismo sentido, se considera que la situación (cuasi)posesoria del derecho de hipoteca es similar a la de los derechos personales, puesto que el ejercicio de ellos implica su extinción de forma inmediata cuando se pagan, lo que ocurriría con el derecho real en comento en la misma circunstancia; en definitiva, el derecho real de hipoteca se traduce en una obligación accesoria destinada a garantizar el cumplimiento de una obligación principal¹⁶⁹.

Por otro lado, otro sector de la doctrina nacional ha estimado que el derecho real de hipoteca sí es susceptible de (cuasi)posesión. Así, don Arturo Alessandri¹⁷⁰ indica que en el supuesto de una hipoteca constituida sobre cosa

¹⁶⁷ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. De las posesiones inútiles en la legislación chilena. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1995, p. 110.

¹⁶⁸ C. Suprema, 4 de septiembre de 1991, R., tomo LXXXVIII, 2ª parte, sección 1ª, p. 55.

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Op. Cit., p. 112.

¹⁷⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Santiago, Chile, editorial Nacimiento, 1940, tomo II, p. 655 y ss.

ajena¹⁷¹, el adquirente se convierte en el poseedor del derecho real de hipoteca sobre la cosa corporal, en virtud de lo dispuesto al efecto por el artículo 683 del Código Civil, que trata sobre la tradición de cosas a título no dominical, y que dice relación con lo indicado en el artículo 715 del Código Civil, que dispone que la posesión de cosas incorpóreas es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de cosas corporales. Adicionalmente, el artículo 2498 inciso 2° dispone que “[s]e ganan de la misma manera (por prescripción adquisitiva) los (otros) derecho reales que no están especialmente exceptuados”, y puesto que el derecho real de hipoteca no está exceptuado de poderse adquirir por prescripción, resulta necesario concluir que debe poder poseerse como los otros derechos reales que admiten ser adquiridos de esta manera. Finalmente, la intención del legislador civil plasmada en el Mensaje del Código Civil sería la de aceptar la (cuasi)posesión del derecho real de hipoteca. Estas ideas encuentran eco en un sector de la doctrina comparada, en la que se reconoce la poseibilidad de los derechos reales de garantía, señalándose que la posesión de éstos también producen efectos, los que permiten explicar,

¹⁷¹ Ello a pesar de lo expresado en los artículos 2414 y 2418 del Código Civil, que manifestarían que sólo el dueño de la cosa puede constituir hipoteca sobre ellos. Dispone el inciso 1° del artículo 2414 que “[n]o podrá constituir hipoteca sobre sus bienes, sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para su enajenación”, mientras que el artículo 2418 señala que “[l]a hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves”. Sin embargo, la primera de las disposiciones citadas parece referirse al caso de las personas incapaces, mientras que el segundo hace alusión al poseedor de la cosa o de un derecho real de usufructo sobre una cosa corporal, lo que implica que el sujeto se encontraría en un estado de detentación material de la cosa corporal no dominical. Así, en el primer supuesto del artículo 2418 (*i.e.*, el poseedor de la cosa) no existe *a priori* un derecho sobre ella, y sólo es aplicable la presunción de dominio del artículo 700 inciso 2° del Código Civil; y en el segundo supuesto (*i.e.*, el usufructuario) tampoco se trataría del dueño de la cosa, sino que de un mero detentador de ella, que la tiene por ser titular de un derecho real de usufructo.

por ejemplo, la facultad que tiene el acreedor hipotecario de solicitar medidas conservativas, reinscripciones, etc.¹⁷²

Ante estos argumentos, don Pablo Rodríguez ha estimado que de la sola circunstancia de que la hipoteca tenga la naturaleza de derecho real no constituye un indicio inequívoco de que pueda ser objeto de posesión. Ello, puesto que existen otros derechos que, teniendo el carácter de reales, no pueden ser (cuasi)poseídos, como es el caso de las servidumbres discontinuas y las continuas inaparentes. Adicionalmente, argumenta que si bien el Mensaje del Código Civil señala expresamente que los derechos reales, y en particular el derecho de hipoteca es susceptible de (cuasi)poseerse, ello constituiría un error del legislador, puesto que don Andrés Bello reconocía como sustento de su teoría posesoria que ella tiene una apariencia o realidad física que trasunta socialmente, lo que queda plasmado en la primera parte del Mensaje del Código Civil al referirse a la posesión, en la que se indica que ella es caracterizada esencialmente por la realidad o la apariencia del dominio. Siendo así, el caso del acreedor hipotecario no podría ser catalogado como (cuasi)posesorio, puesto que se encuentra distanciado de la cosa corporal en la que incide su derecho, y sólo tendrá contacto con ella una vez que la obligación

¹⁷² Vid. OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 127; KUMMEROW, Gert. Op. Cit., p. 60 y ss.

garantizada con la hipoteca respectiva se haga exigible y no se cumpla por el deudor principal¹⁷³.

71. (b) Segundo caso: servidumbres negativas, discontinuas y continuas inaparentes. Un segundo caso en el cual se pone en duda la (cuasi)poseibilidad de un derecho real, lo constituye el caso de las servidumbres negativas, las servidumbres discontinuas y las servidumbres continuas inaparentes.

En el caso de las servidumbres negativas, ellas son definidas por nuestro legislador en el artículo 823 del Código Civil como “la que impone al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo, que sin la servidumbre le sería lícito”. Se señala en doctrina comparada respecto de éstas que en ellas no hay ejercicio de un derecho, ya sea referida al uso de uno y la paciencia de otro, situación que constituiría la cuasiposesión del Derecho Romano clásico¹⁷⁴. Dicha opinión es compartida por la doctrina nacional¹⁷⁵, que al efecto considera que no hay (cuasi)posesión sobre este derecho real, puesto que el dueño del predio dominante –el supuesto (cuasi)poseedor- no tiene contacto material con el predio sirviente –la cosa corporal en la que recae el derecho real-, ni tampoco existe siquiera una apariencia de dicha relación, que permita cualificarla como (cuasi)posesoria. Adicionalmente, este tipo de servidumbres no pueden ser

¹⁷³ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Op. Cit., p. 111.

¹⁷⁴ GARCÍA GOYENA, Florencio. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. Madrid, España, 1852, s.e., tomo I, p. 376.

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Op. Cit., p. 114.

adquiridas por prescripción, puesto que al tener los caracteres de continuidad e inapariencia, sólo pueden adquirirse por medio de un título, no bastando para ello ni aún su goce inmemorial, según lo dispone al efecto el artículo 882 del Código Civil. En contra de estos argumentos, se ha señalado que el ejercicio de derechos de forma menos aparentes no resta el carácter posesorio de este ejercicio¹⁷⁶.

Tratándose de las servidumbres discontinuas, y de las continuas e inaparentes, se sostiene que tampoco pueden ser susceptibles de (cuasi)posesión dado que, como dispone el artículo 882 del Código Civil, este tipo de servidumbres sólo se adquieren por un título, no pudiendo constituirse ni aún por su goce inmemorial; es decir, nuestro legislador no solo les priva de la posibilidad de adquirirse prescriptivamente –lo que podría considerarse *a priori* como una posesión inútil-, sino que no calificaría como (cuasi)posesoria el ejercicio del contenido de este tipo de servidumbres, toda vez que no se vislumbraría una detentación ostensible de la cosa corporal sobre la que recae el derecho real en comento¹⁷⁷. En otras palabras, la no concurrencia de la apariencia y vinculación entre el (cuasi)poseedor y la cosa corporal objeto del derecho (cuasi)poseído, no permite calificar esa situación como (cuasi)posesoria¹⁷⁸.

¹⁷⁶ KUMMEROW, Gert. Op. Cit., p. 61.

¹⁷⁷ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 336.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Op. Cit., p. 115; LAFAILLE, Héctor. Op. Cit., p. 173.

En contra de esta postura, un sector de la doctrina comparada señala que las servidumbres discontinuas y de las no aparentes pueden ejercerse con la intención de hacerlo por sí y para sí, es decir, con el *animus* propio de la posesión, y con prescindencia de cualquier título¹⁷⁹. En razón de ello, y bajo la premisa de que la posesión no puede definírsele necesariamente por sus efectos (infra, N° 93), desestima desde luego el argumento de la imprescriptibilidad de las servidumbres para no calificar su ejercicio como posesorio, aduciendo que son cosas distintas la posesión *ad usucapionem*, es decir, aquella por la cual se obtiene como consecuencia la adquisición del derecho ejercido, y la posesión *ad interdicta*, la que sin desarrollar el efecto de la usucapión, igualmente es protegida normativamente, no existiendo motivo para que la ley no someta a esas especies de posesión a condiciones diferentes, puesto que sus efectos son diversos¹⁸⁰. Seguidamente, se agrega que el ordenamiento jurídico supone exclusivamente que la posesión ha de ser perseverante, *i.e.*, que no se abandone para volver a tomarse, que no se haya cesado de realizar aquellos actos susceptibles de ser ejecutados de acuerdo a la naturaleza de la servidumbre; en pocas palabras, es el uso normal de la servidumbre lo que determina los caracteres de la posesión de ésta¹⁸¹.

¹⁷⁹ OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 149.

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 150.

En cuanto a la supuesta precariedad del ejercicio de estas servidumbres, se explica por Pothier que “[s]i estoy en posesión de algún derecho de servidumbre sobre una heredad vecina, y se me impide gozarla (...) para que aparezca que estoy en posesión de este derecho de servidumbre, por ejemplo de un derecho de paso, no basta que haya pasado, porque se presume que es por tolerancia que lo he hecho (...) es necesario que parezca que he pasado como usando el derecho de pasar”¹⁸², lo que conduce a concluir que esta presunción de precariedad no depende de la existencia del título, sino de la prueba del elemento subjetivo o *animus posesorio*¹⁸³.

72. (c) Tercer caso: derecho real de herencia. El último caso discutido respecto de la posibilidad de un derecho real, dice relación con el de herencia.

Nuestra doctrina nacional, en contra de los argumentos esgrimidos por la doctrina comparada¹⁸⁴, estima que el derecho real de herencia es susceptible de (cuasi)posesión. Al efecto, se señala que de lo dispuesto por los artículos 704 inciso final, 722, 688 y 1269 del Código Civil, no solo se reconoce la existencia de una posesión efectiva sobre la herencia, sino que el legislador concede al heredero la posesión legal de ésta, la que se defiere en su favor por

¹⁸² POTHIER, Robert Joseph. *Traité de Procedure Civile*, citado por OVEJERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 150.

¹⁸³ OVEJERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 150.

¹⁸⁴ Vid. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. Cit.*, p. 147; MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. *Op. Cit.*, p. 137.

el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento por parte del (cuasi)poseedor. Adicionalmente, el artículo 2512 N° 1 del Código Civil se refiere a la posibilidad de adquirir por prescripción de 10 años el derecho real de herencia, lo que supone que en la base de ello este derecho real debe poder ser susceptible de (cuasi)poseerse. Finalmente, se añade como argumento el hecho que el poseedor del derecho real de herencia mantiene una relación directa y perdurable con los bienes que componen la masa hereditaria, por lo que se cumple con el supuesto general para calificar a esta situación como (cuasi)posesoria¹⁸⁵.

En contra de esta consideración, autores como los profesores Henri y Jean Mazeaud estiman que las universalidades jurídicas y de hecho, por no poder ser en sí mismas objeto de un derecho de propiedad, sino solamente los elementos que las componen, no son susceptibles de posesión¹⁸⁶. Por su parte, el profesor Georges Ripert considera que la posesión es el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa determinada, lo que impediría hablar de que pudiese recaer sobre una universalidad, como una sucesión¹⁸⁷. En el mismo sentido, la doctrina alemana considera que los conjuntos de cosas como tales no son objeto de posesión, sino que sólo lo son las cosas singulares pertenecientes al

¹⁸⁵ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Op. Cit., p. 117.

¹⁸⁶ MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Op. Cit., p. 137.

¹⁸⁷ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 110.

conjunto¹⁸⁸. En Argentina, el profesor Héctor Lafaille señala prescindir de la llamada posesión hereditaria, que no atañe propiamente al acervo dejado por el causante, ni al derecho sucesorio en sí mismo, por cuanto se vincula con el reconocimiento judicial del carácter invocado y la calidad de la investidura¹⁸⁹.

§2. Posesión de derechos personales

A. Postura en contra de la poseibilidad de derechos personales

73. Planteamiento de problema. Con relación a la poseibilidad de los derechos personales, la teoría de la cuasiposesión y un sector mayoritario de la doctrina estiman que, constanding la (cuasi)posesión de derechos de dos elementos, a saber, (i) la titularidad al menos aparente de un derecho, y (ii) el ejercicio del contenido de ese derecho, operado de hecho sobre una cosa corporal, no sería posible considerar que los derechos personales fuesen susceptibles de posesión.

¹⁸⁸ WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter. Op. Cit., p. 147.

¹⁸⁹ LAFAILLE, Héctor. Op. Cit., p. 171.

74. (a) Primer argumento: inutilidad de la posesión de derechos personales. En primer lugar, los detractores de la posibilidad de los derechos personales expresan que la idea del ejercicio del contenido de un derecho personal como posesión de éste, es un concepto innecesario e inútil a la luz de la existencia de otros conceptos jurídicos. Así, el contenido típico del derecho personal consistiría en el poder exigir o cobrar la prestación debida por parte del acreedor, mientras que el acto posesorio estaría conformado por el ejercicio de este poder, *i.e.*, la exigencia de la prestación debida.

Empero, situar el poder para exigir el pago, la exigencia del pago y el cumplimiento del pago debido como el objeto de la posesión y el acto posesorio en la posesión de derechos personales, carece de utilidad teórica y práctica, puesto que se superpondrían a otros conceptos jurídicos. En efecto, denominar a la exigencia del cumplimiento realizada por el acreedor a su deudor como posesión, es en realidad otorgar un nombre distinto a la facultad de cobrar ínsita en todo crédito y en lo que éste consiste, sin que de ello se derive novedad o aporte.

Un caso especial dentro de este argumento, lo constituye la situación del pago de lo no debido. Quienes sostienen la imposibilidad de poseer un derecho personal, argumentan que la idea de titularidad aparente en este tipo de

derechos encuentra un obstáculo insalvable con la figura del pago de lo no debido.

Al efecto, cuando se analiza esta figura jurídica, podemos encontrarnos en dos hipótesis, a saber, (i) aquella en la que el supuesto acreedor es el verdadero titular del derecho personal de que se trate, o (ii) aquella en la que el supuesto acreedor es titular aparente. En la primera hipótesis, esto es, la de titularidad real del derecho personal o crédito de que se trate, la noción de posesión del mismo se vuelve inútil, toda vez que el cuasidominio del derecho personal, entendido como la titularidad del crédito en cuestión, abarcaría aquella. En la segunda hipótesis en tanto, esto es, la de titularidad aparente del crédito, el ejercicio del contenido típico del derecho personal, consistente en el cobro del crédito que hace de él el acreedor al deudor, y el pago efectuado por este último, dejaría obligado al acreedor aparente a restituir lo pagado indebidamente, por lo que la figura de la posesión del derecho personal no cumple un papel en la relación obligacional supuestamente poseída.

Así, si alguien afirma ser acreedor de otra persona y en consecuencia exige el pago de un crédito, sin serlo en realidad, o bien si alguien paga a quien cree ser su acreedor sin serlo, se concluye que no puede decirse que el sujeto activo de esta supuesta relación obligacional posea el derecho personal de que se trate. Tampoco se podría tratar de paciencia y tolerancia del supuesto

deudor, puesto que en teoría se encontraría en dos situaciones, (i) o bien sabe que no debe nada, y en consecuencia al pagar el supuesto crédito en realidad realiza una donación, según la hipótesis normativa del artículo 2299 del Código Civil, o (ii) no sabe que no es deudor, por lo cual al pagar indebidamente, origina una obligación nueva consistente en la restitución de lo pagado a cargo de quien recibió el pago, según lo señalado en el artículo 2295 del Código Civil.

75. (b) Segundo argumento: inexistencia de cosas corporales en las que ejercer la supuesta actividad posesoria. Desde la perspectiva de la teoría de la cuasiposesión, se argumenta que en muchas hipótesis de derechos personales no hay cosa corporal existente o al menos al alcance del supuesto poseedor del derecho de que se trate, de manera tal que no pudiendo ejercer alguna actividad material calificada como posesoria del derecho respectivo, no puede hablarse de que exista (cuasi)posesión de derechos personales¹⁹⁰. Ejemplos de estas circunstancias son las obligaciones de hacer consistentes en la prestación de servicios inmateriales.

Ahora bien, en el caso de los derechos personales de tenencia, como sucede con las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento de bienes y en el comodato, es posible atestiguar la existencia de una cosa corporal en la que el acreedor puede ejercer una actividad de carácter material, que puede a

¹⁹⁰ Vid. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 109 y ss.; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. Cit., p. 115.

priori ser considerada dentro del concepto de la (cuasi)posesión del derecho, como ocurre al tratarse de los derechos reales. Sin embargo, en este caso se plantea que existiría nuevamente una superposición de conceptos jurídicos, dado que los supuestos de detentación de una cosa corporal en virtud de un derecho personal constituyen situaciones de mera tenencia para el legislador, según la definición que de ella se indica en el artículo 714 del Código Civil, como “la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar y a nombre del dueño”, agregando al efecto que se considera como mero tenedor “a todo el que tiene la cosa reconociendo dominio ajeno”¹⁹¹. En ese sentido, el profesor Ripert indica que “[l]os titulares de derechos personales tienen un señorío de hecho, incluso realizan, como por ejemplo el inquilino, actos materiales de uso y de goce sobre las cosas, pero la existencia del contrato que han concluido con el titular del derecho real se opone precisamente a que haya posesión. Son tenedores, no poseedores”¹⁹².

Adicionalmente, se agrega que si bien en el caso de los derechos reales también pareciera que existe esta superposición de conceptos entre su (cuasi)posesión y la mera tenencia que se tiene de la cosa corporal en la cual inciden, se replica que en el caso de los derechos personales que permiten la

¹⁹¹ Esta es la postura esbozada por Marcel Planiol, quien refiriéndose al alcance de la posesión señala que no puede admitirse respecto de los derechos personales, puesto que son considerados por el ordenamiento jurídico como detentadores. Sin embargo, reconoce la situación de posesión de un crédito no como una verdadera posesión, sino como la de titularidad aparente del derecho personal. Vid. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 147.

¹⁹² RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 110.

detentación de una cosa corporal, aunque se distinguiera entre su (cuasi)posesión y la mera tenencia de la cosa corporal en la que se permite la detentación, aquella se vuelve innecesaria, puesto que el titular de un derecho personal no puede reivindicar su crédito, ni adquirirlo por prescripción adquisitiva ni ejercer acciones posesorias con respecto a la cosa, por lo que la (cuasi)posesión de derechos personales se vuelve puramente teórica, no diferenciándose de la mera tenencia.

76. (c) Tercer argumento: titularidad aparente de un derecho personal. Se indica que cuando nos encontramos ante la hipótesis de una titularidad aparente de un derecho personal, no habría objeto de posesión para la (cuasi)posesión del derecho.

De esta forma, el objeto de la (cuasi)posesión no podría ser el derecho mismo, puesto que en la hipótesis de titularidad aparente, no existe el derecho, y en consecuencia la (cuasi)posesión carecería de objeto. Pero tampoco podría ser la cosa corporal que eventualmente pudiese detentarse en virtud del ejercicio del contenido del derecho, porque mientras dicha cosa corporal no es pagada al supuesto acreedor ella estaría fuera de su alcance, no pudiéndose decir que existe relación entre éste y aquella; y cuando la cosa corporal es pagada en virtud del derecho personal ejercido, la relación del acreedor respecto de ella puede ser (i) posesoria propiamente tal, si ha recibido la cosa

corporal por tradición de ésta, o bien (ii) de mera tenencia, si es que la ha recibido por mera entrega de ella, bastando para estos efectos con el concepto de mera tenencia, según se ha anotado.

77. (d) Cuarto argumento: historia de la *quasi possessio* e intención legislativa. Una cuarta categoría de argumentos esgrimidos para rechazar la posibilidad de los derechos personales, dice relación con el origen histórico de la (cuasi)posesión de cosas incorporeales, y en forma liada, la intención del legislador civil al tratar esta materia.

Al efecto, señalan algunos autores¹⁹³ que la tradición del Derecho Romano clásico entendía que la cuasiposesión (*quasi possessio*) sólo abarcaba a los derechos reales, y que en razón de ello las legislaciones civiles comparadas se han inspirado para admitir la (cuasi)posesión de los derechos sólo limitada al caso de los reales, y nunca de los personales. Ello, dado que los primeros permitirían un ejercicio continuado de la posesión, mientras que los segundos se agotarían en el mismo acto en el cual se ejercen.

Esa sería la intención de nuestro legislador civil, quien en el Mensaje del Código Civil ha señalado al efecto, utilizando los ejemplos del usufructuario y del arrendatario de una finca, que el titular de un derecho real, en su calidad de

¹⁹³ Vid. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Op. Cit., p. 102 y ss.

tal, puede encontrarse en situación de mera tenencia respecto de la cosa corporal pero posesoria respecto del derecho real del que es titular, mientras que el segundo nada poseería, ni la cosa corporal en la que recae su crédito, ni el crédito mismo, disponiendo sólo de una acción personal para la conservación de sus derechos. En este punto, el legislador reforzaría su postura al indicar que el usufructo, que es un derecho real y por ser tal, es susceptible de posesión¹⁹⁴.

78. (e) Quinto argumento: imprescriptibilidad de los derechos personales.

La quinta categoría de argumentos utilizados para negar la poseibilidad de los derechos personales, se refiere a que éstos no pueden ser adquiridos por prescripción¹⁹⁵.

Citando el artículo 2498 del Código Civil, el que dispone en su inciso 2° que “[s]e ganan de la misma manera (*i.e.*, por la prescripción adquisitiva) los otros derechos reales que no están expresamente exceptuados”, se argumenta que al tratar de la prescripción adquisitiva de las cosas incorporales, ésta solo resulta reconocida normativamente respecto de los derechos reales, excluyendo a los personales, de lo cual se sigue que no podría haber (cuasi)posesión de un crédito puesto que, *a contrario sensu*, sería una

¹⁹⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Op. Cit., p. 368; PESCIO, Victorio. Op. Cit., p. 231.

¹⁹⁵ Vid. OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 130 y ss.; PESCIO, Victorio. Op. Cit., p. 230.

(cuasi)posesión inútil, y el carácter de inutilidad de la posesión sólo es regulado por ley, a saber, la posesión violenta y la clandestina, según los artículos 709 y siguientes del Código Civil¹⁹⁶. La misma exclusión normativa es inferida de lo preceptuado en el artículo 2512 del Código Civil, el que al tratar de la usucapión de los derechos, señala que “[l]os derechos reales se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio (...)”, no mencionándose como susceptibles de este tipo de modo de adquirir a los derechos personales.

Adicionalmente, se indica que es imposible concebir que una persona pueda verse obligada para con otra en razón de una apariencia que se consolide a través del tiempo, cual sería en caso de aceptarse la (cuasi)posesión de derechos personales. Así, se señala que nuestro legislador enumera en el artículo 1437 del Código Civil las fuentes de las obligaciones, que serán taxativamente determinadas por él, y dentro de las cuales no se contempla la prescripción del crédito como una de ellas, puesto que *a contrario sensu* ello significaría obligar al deudor en virtud de una apariencia que se ha mantenido en el tiempo, hecho que sería inaceptable como una fuente de obligaciones¹⁹⁷.

Además, se manifiesta que en el supuesto de aceptarse la posibilidad de (cuasi)poseerse un derecho personal, conllevaría a que las liberalidades

¹⁹⁶ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Op. Cit., p. 105.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 104.

otorgadas por una persona a otra sin que exista para ello una obligación legal o convencional preexistente de otorgarla, podrían ser (cuasi)poseídas por el beneficiario de ellas, y en consecuencia podrían ser adquiridas por éste a través de la prescripción adquisitiva¹⁹⁸.

79. (f) Sexto argumento: estructura de ejercicio de los derechos personales. Ciertos autores se refieren sucintamente a la diferencia existente entre el ejercicio de un derecho real y un derecho personal, para argumentar que éstos no pueden ser poseídos por agotarse o extinguirse al momento de ser ejercidos.

Este argumento es desarrollado por don Ludwig Enneccerus, quien en razón de la relación existente entre la propiedad y la posesión de cosas corporales, indica que esta misma relación es aplicable entre “la llamada posesión de derechos y los derechos reales limitados”, agregando que “[l]a posesión de derechos es también un derecho relativamente más débil, que equivale en contenido, pero no en fuerza, a aquellos derechos reales”¹⁹⁹. Ahora bien, este autor reconoce que “[d]ado su concepto (de posesión de derechos), la posesión no se limita a los derechos reales, sino que cabe concebirla respecto de todos los derechos susceptibles de un ejercicio duradero”²⁰⁰. Así,

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ ENNECCERUS, Ludwig. *Op. Cit.*, p. 317.

²⁰⁰ *Ibíd.*; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Op. Cit.*, p. 122-123.

mientras que en la tradición romana clásica sólo se reconocía una *quasi possessio* sobre las servidumbres, en el Derecho común y en el desarrollo de las codificaciones comparadas en general se implementó la idea de una posesión sobre todos los derechos susceptibles de ejercicio duradero, influenciados en ello por el Derecho alemán y el Derecho canónico²⁰¹.

Ahora bien, para llegar a la conclusión de que los derechos personales no son susceptibles de posesión, Enneccerus desarrolla su análisis señalando lo siguiente:

“[L]a circunstancia de que todos o casi todos los derechos se encajen en la categoría de muebles o inmuebles, no autoriza a proclamar que todos los derechos sean susceptibles de posesión. Dos criterios son, a nuestro juicio, aptos para resolver esta cuestión (...). Uno, la consideración del concepto mismo de la posesión. Otro, el criterio sistemático del Código Civil al ocuparse de la posesión.

El concepto de posesión, no obstante la contraposición de tenencia de una cosa a disfrute de un derecho, supone una relación de ejercicio estable y de hecho. Lo revelan los modos de adquisición de la posesión y muy principalmente los más concretos y plásticos de la

²⁰¹ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Loc. Cit..

ocupación material y sujeción a la voluntad. Ocupación material del derecho poseído (...) no es posible en otro sentido que en el de ocupación material de la cosa objeto del derecho en las relaciones o aspectos a que alcance tal derecho. Si se puede decir que alguien que posee el usufructo será en el sentido de que le está sometida la cosa objeto del usufructo como normalmente las cosas están sometidas al poder del usufructuario.

De un crédito, en cambio, no puede decirse que está sometido a la voluntad o a la ocupación material, sino cuando se trate de un crédito incorporado a un documento, pero entonces lo poseído no es sino el documento al portador, una cosa corporal, de la cual se deriva la posibilidad de obtener una prestación. Pero si no se trata de documento al portador, sino de documento de cualquier otro carácter jurídico, la tenencia del mismo documento no implica posesión del crédito, ya que no existe incorporación alguna del crédito al título (...). Lo más correcto y ajustado a la lógica del concepto de la posesión es entender que no es susceptible de ella un derecho que no tiene por objeto una cosa material.

Además, por su naturaleza, el crédito, que se agota en la exigencia de una prestación, de hacer o de no hacer, con cargo a otro, no es

apto para la idea de posesión, como poder de hecho sobre el objeto, ya que en una concepción más profunda el acto del deudor no es algo que esté en el poder del acreedor, no es algo que él domine de hecho y en la forma directa en que el poseedor inmediato de una cosa domina a ésta”²⁰².

En definitiva, el planteamiento de Enneccerus en esta materia obedece a dos criterios, a saber, (i) la imposibilidad de subsumir dentro del ámbito de la posesión entendida como un poder de hecho, al ejercicio del contenido de un derecho personal, y (ii) la necesidad de un ejercicio duradero y estable para que una situación pueda ser calificada como posesoria. Lo anterior, llevaría a la conclusión de que la posesión de un derecho es posible cuando éste tiene por objeto a una cosa corporal.

En el primer criterio, se trataría de que el objeto del derecho que se pretende poseer se encuentre efectivamente en el ámbito de disponibilidad del poseedor. Así, en el caso de los derechos reales, dado que su objeto corresponde a una cosa corporal en la que inciden, cumplen a cabalidad con dicho requisito; se dice, entonces, que la cosa corporal se detenta con motivo del ejercicio de un derecho real recaído sobre ella, pudiendo ser dicha detentación en forma inmediata (cuando existe aprehensión material de la

²⁰² *Ibíd.*, p. 130.

cosa), o mediata (cuando la tiene un tercero a nombre y por cuenta del poseedor). Pero tratándose de los derechos personales, su objeto es una prestación debida por otra persona, denominada deudor, y que podrá consistir en dar, hacer o no hacer algo; siendo que el ejercicio del derecho personal se manifiesta en la exigencia de cumplimiento de la prestación debida, no sería posible hablar de que la realización efectiva de dicha prestación por parte del deudor esté en poder de disposición del acreedor. Dicho en otras palabras, el supuesto ejercicio posesorio del derecho personal se agota en la demanda de cumplimiento de la prestación debida, y será el deudor quien decidirá si ante dicho requerimiento cumplirá o no con ella; en consecuencia, resultaría que el verdadero poder de disposición en el cumplimiento de un derecho personal se encuentra en el deudor, y no en el acreedor.

En el segundo criterio, en tanto, se argumenta que la lógica del concepto de posesión conlleva la necesidad de un ejercicio duradero o estable en el tiempo, y que dicho requerimiento solo podría ser cumplido, en primer término, por los derechos reales, y en segunda instancia, por todo aquel derecho que implique la detentación de una cosa material. Esto resultaría así, puesto que sólo en las hipótesis de ejercicio de un derecho sobre una cosa corporal se permitiría un ejercicio continuado o duradero del mismo²⁰³.

²⁰³ GALIANO, José. Op. Cit., p. 94; ENNECCERUS, Ludwig. Op. Cit., p. 317; VALDECASAS, Guillermo. Op. Cit., p. 16; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. Cit., p. 115; PESCIÓ, Victorio. Op. Cit., p. 230.

En el caso de la generalidad de los derechos personales, el ejercicio del derecho consistente en el requerimiento de cumplimiento de la prestación debida, agotan y extinguen al crédito mismo una vez que se verifica el cumplimiento por parte del deudor, por lo que no podría hablarse *a priori* de un ejercicio estable o duradero del derecho que se pretende poseerse²⁰⁴. Así se pronuncia J. P. Molitor, quien en su obra “*La possession, la reivindication, la publicienne et les servitudes en droit romain*” apunta que “[l]a extensión analógica de la posesión encuentra un primer límite natural en la noción de posesión misma. En efecto, para que pueda atribuirse al ejercicio de un derecho el carácter de una *iuris possessio*, es necesario que este ejercicio sea continuo o pueda repetirse; es necesario, en consecuencia, que no se extinga el derecho mismo”, concluyendo que los derechos personales no son susceptibles de posesión puesto que “el ejercicio pleno y entero del derecho de crédito consiste en la obtención del pago, que extingue el derecho”²⁰⁵.

Esta es la idea detrás del desarrollo de la teoría cuasipositoria de los derechos, según anota von Ihering, en el Derecho canónico y en la jurisprudencia de los tribunales eclesiásticos, seguida luego por los tribunales seculares, cuya idea directriz consistía en que “[t]odo individuo que se

²⁰⁴ OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 15; PESCILO, Victorio. Op. Cit., p. 230.

²⁰⁵ MOLITOR, J. P. *La possession, la reivindication, la publicienne et les servitudes en droit romain*, citado por OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 124.

encuentra en el goce pacífico de un derecho cualquiera, la cual corresponde un ejercicio prolongado, y de cualquier especie que el derecho sea, monopolio, privilegio, derecho patrimonial o de familia, etc., consistente en un estado de hecho, en actos del que tiene el derecho o en prestaciones del obligado, tales como el pago de rentas, prestaciones, corveas, etcétera, debe ser provisionalmente protegido en este goce cuando le sea disputado, hasta tanto que la no existencia del derecho se justifique judicialmente (...) aun en caso de oposición a la validez del matrimonio o de la legitimidad de un hijo, se concedía una acción para proteger la cuasi posesión de la cualidad de esposo o de hijo²⁰⁶, agregando que “[l]as acciones por deudas personales, donde la suspensión del pago de los intereses hubiera podido ocasionar también el punto de vista de la protección de la cuasi posesión, fueron las únicas a las cuales nunca se aplicó²⁰⁷. Parte de la doctrina comparada se pronuncia en este sentido, argumentado que son los derechos que diesen lugar a actos de ejercicio reiterados aquellos susceptibles de poseerse, puesto que permiten explicar el posible disfrute del derecho, lo que revelaría la necesidad de duración y estabilidad²⁰⁸.

²⁰⁶ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 157. Nótese en este punto, sin embargo, que se reconoce de forma amplia la posesión de los derechos, entendidos como la exteriorización de éstos, incluso a entidades jurídicas extrapatrimoniales.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 158.

²⁰⁸ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. Cit., p. 116.

80. (g) Séptimo argumento: sistematización de la posesión. Una última categoría argumental para desestimar la posibilidad de poseer derechos personales, dice relación con el tratamiento sistémico que efectúa el legislador con la posesión.

Al efecto, señala Enneccerus que “[e]l enclavamiento sistemático de la posesión (junto con) los bienes, (de) la propiedad y de sus modificaciones, es argumento (...) en pro de la tesis de que sólo cabe posesión de derechos reales”²⁰⁹. Así, cuando el legislador emplea el término posesión para referirse a otras situaciones no relacionadas con los bienes o la propiedad, como es el caso de la posesión del estado civil (artículo 310 y siguientes del Código Civil) y la posesión de un crédito (artículo 1576 inciso 2° del Código Civil), lo hace de manera atécnica e incorrecta²¹⁰, puesto que estas situaciones no tienen características ni consecuencias comparables o asimilables a las de la (cuasi)posesión de derechos reales y a la posesión en general, tratada en el título VII del Libro II del Código Civil.

Así, se dice que en la posesión del estado de cónyuge o de hijo, significa en definitiva que alguien se comporta o es considerado en esa calidad, lo que tendría utilidad únicamente para fines probatorios, mientras que en el caso de los créditos el llamado poseedor debe probar la existencia de la obligación en

²⁰⁹ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. Cit., p. 130.

²¹⁰ OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 130-131.

caso de litigio, lo que demostraría de una manera evidente que no está protegido independientemente o con prescindencia de su derecho²¹¹. En este sentido, expresan los profesores Henri y Jean Mazeaud que “[e]n una acepción muy amplia, la palabra posesión significa la apariencia de una situación o de un derecho cualquiera. En este sentido hay que entender la posesión de estado, la posesión de un crédito (...) Pero en su sentido técnico, la posesión tiene un ámbito más reducido: no se aplica sino a los derechos reales”²¹². Opinión similar se encuentra en el profesor Ripert, para quien solo los derechos reales pueden ser susceptibles de posesión, argumentando que al hablarse de la posesión de un crédito o de un estado, se utiliza dicho vocablo fuera de su sentido técnico, designando por metáfora la apariencia que se crea en situaciones jurídicas determinadas, no produciéndose ninguno de los efectos propios de la posesión²¹³.

De esta forma, en los casos en comento no existe fundamento a la prescripción adquisitiva de un derecho personal, ni en general generan ninguno de los efectos propios de la posesión; tampoco se adquiere su posesión por la ocupación material, ni a través de representante legal o convencional; no se puede predicar de ellas la calificación de violencia o clandestinidad; ni menos se

²¹¹ *Ibid.*.

²¹² MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. *Op. Cit.*, p. 136.

²¹³ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Op. Cit.*, p. 110.

puede hablar de la pérdida de la posesión por su cesión o por entrar en ella un tercero, entre otras características.

81. Hipótesis normativas erradas de (cuasi)posesión de derechos personales. Habiendo determinado que no existe una (cuasi)posesión de derechos personales, nos indica esta postura que el Código Civil contiene algunas hipótesis que, en principio, parecieran aceptar la idea contraria.

Un primer caso es referido a la cesión de créditos. Al efecto, dispone el artículo 1907 del Código Civil que “[e]l que cede un crédito a título oneroso, se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo (...)”, con lo cual podría entenderse que el legislador ha contemplado la posibilidad de la cesión de un crédito ajeno. Ello, en efecto, puede ocurrir, pero únicamente limitada a los créditos documentados, para los cuales la posibilidad de una titularidad aparente de ellos se puede plantear en las hipótesis de créditos al portador, o a la orden y endosados en blanco, o bien si existe una cesión de un crédito nominativo efectuada por un mandatario aparente del cedente. En todas estas hipótesis, el requisito previo es la documentalidad del crédito de que se trate, por lo cual el problema es reconducido a la existencia de una cosa corporal que sea representativa del derecho personal en cuestión.

Un segundo caso lo encontramos a propósito del pago. Dispone el artículo 1576 en su inciso 2° que “[e]l pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía”.

Se señala que esta norma, con influencia directa del artículo 1240 del Código Civil francés, tiene su origen mediato en la doctrina de Pothier, quien señalaba al efecto que habiendo ocasiones en la que se cree que una persona es acreedora de un crédito, siendo en realidad otra, el pago hecho al acreedor putativo es válido como si se tratase del verdadero acreedor. Así, Pothier se refiere a la hipótesis del acreedor putativo, *i.e.*, aquel que teniendo un justo motivo para considerársele acreedor verdadero, recibe de buena fe el pago efectuado por el deudor de la obligación, liberándose éste de ella frente al verdadero acreedor; al efecto, los ejemplos utilizados por Pothier para ilustrar esta idea son reconducido a dos categorías, a saber, (i) la del poseedor de un predio al cual van imputados crédito (*propter rem*), y (ii) la del poseedor de una herencia. Quienes sostienen esta postura, agregan como una tercera categoría al caso de los créditos documentados.

Respecto de la primera categoría, esto es, la de obligaciones *propter rem*, ella es contemplada expresamente por nuestro legislador a propósito del censo, del cual y según lo establecido en el artículo 2033 del Código Civil se

manifiesta que “[l]a obligación de pagar el censo sigue siempre al dominio de la finca acensuada (...)”, por lo que se entiende que ello recaerá, en definitiva, en el poseedor de ella. En la segunda categoría, referida a la posesión de la herencia, se indica que la (cuasi)posesión de un crédito se produce como un efecto reflejo, derivado de la (cuasi)posesión del derecho real de herencia, y del carácter universal que tiene este derecho real, por lo cual en realidad no se (cuasi)posee el derecho personal por ser tal, sino por estar contenido en la herencia. En la tercera categoría, referida a los créditos documentados, se indica que lo verdaderamente poseído es el título representativo del crédito, como cosa corporal, y no el crédito mismo, por lo cual se trataría de una aproximación a la (cuasi)posesión del derecho personal a través de la posesión de la cosa corporal constituida por el título.

Un tercer caso dice relación con la transacción. Al efecto, señala el inciso 3° del artículo 2456 del Código Civil que “si se transige con el poseedor aparente de un derecho, no puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho”. Dada la generalidad de la redacción de esta norma, pareciera que permitiría cubrir la hipótesis de la (cuasi)posesión de derechos personales; sin embargo, los defensores de esta postura sostiene que en atención a los argumentos generales esgrimidos para demostrar la imposibilidad de una (cuasi)posesión de este tipo de derechos, la

norma en comento sólo sería aplicable a las hipótesis de (cuasi)posesión de derechos reales y de créditos documentados.

82. Hipótesis verdaderas de (cuasi)posesión de derechos personales. Sin perjuicio de los argumentos esgrimidos para negar la posibilidad de que los derechos personales sean susceptibles de posesión, quienes sostienen esta postura reconocen empero ciertas situaciones en las que podría delinearse un caso de (cuasi)posesión de derechos personales sin que se generen las objeciones planteadas anteriormente.

83. (a) Primera hipótesis: créditos documentados. Una primera hipótesis señala que los derechos personales son transferibles (a título gratuito u oneroso) y transmisibles (por causa de muerte), de lo que se sigue que si se transfiere o transmite un crédito a título no dominical, se radicaría una titularidad aparente de éste en una persona distinta del verdadero titular, lo que constituiría la hipótesis de (cuasi)posesión del derecho personal.

Esta circunstancia es predicable respecto de los créditos documentados, sea que se encuentren al portador, o a la orden y endosado en blanco; dado que en estas condiciones el crédito en sí es pagadero al tenedor del título representativo del crédito, no se requiere averiguar *a priori* si él es el verdadero titular del derecho que se expresa, por lo que alguien que reciba el título a título

no dominical y lo cobre, recibiendo por ende el pago del mismo, no se hallaría en la situación de pago de lo no debido y, en consecuencia, permite configurar la hipótesis en comento.

Esta misma idea es también predicable respecto de los créditos documentados a la orden, dado que en ellos es posible un endoso a título no dominical, como en los supuestos de extralimitación de poderes del mandatario para endosar, y en la falsificación de firmas; misma situación podría acontecer con una cesión de créditos nominativos entre el cesionario y un representante aparente del cedente, quien habiendo hecho cesión del crédito, pero no transfiriendo la titularidad del mismo, convierte al cesionario en (cuasi)poseedor del crédito. Finalmente, cuando un crédito documentado circula por causa de muerte, sea que se trate del objeto de un legado o estar contenido en la herencia, se indica que el legatario y el heredero se constituirían en (cuasi)poseedores del crédito.

Una segunda hipótesis, ligada a la anterior, ocurre al considerar que los créditos documentados pueden ser ocupados por una persona, vale decir, pueden constituirse en cosas abandonadas (*res derelictae*) siempre que se trate de títulos al portador, o a la orden y endosados en blanco, que luego son perdidos o abandonados.

En los casos estudiados, esta postura afirma que los créditos documentados pueden ser objeto de (cuasi)posesión no por ser derechos personales, sino por estar documentados. Al efecto, la existencia de la cosa corporal en la cual se representa el crédito mismo (corporificación de derechos) permitiría hablar de la concurrencia de una posesión propiamente tal, puesto que lo detentado sería el documento como cosa corporal. Consiguientemente, no sería posible hablar de una (cuasi)posesión del derecho personal entendida como el ejercicio del contenido típico del derecho de que se trate, sino que directamente de la tenencia de una cosa corporal determinada, consistente en el título representativo del crédito en cuestión. Así lo ha estimado la doctrina comparada, que al efecto señala que “[c]uando un crédito conste en un título al portador, se le considera como incorporado al título; y en consecuencia, como una cosa mobiliaria, objeto de un derecho de propiedad (...) Por eso, por excepción a la regla de que la posesión no recae sino sobre los derechos reales, y no sobre créditos, se admite que los títulos al portador pueden ser objeto de posesión”²¹⁴. A su vez, se dice que en los casos de derechos que están incorporados a títulos valores, la posesión sólo es predicable respecto del papel, no implicando ella ninguna posesión del derecho incorporado al documento²¹⁵.

²¹⁴ MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Op. Cit., p. 136-137.

²¹⁵ WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter. Op. Cit., p. 148.

84. (b) Segunda hipótesis: sucesión por causa de muerte. La segunda hipótesis reconocida como eventual (cuasi)posesión de derechos personales, con independencia de la documentalidad de ellos, dice relación con los casos de titularidad aparente de una herencia o de una cuota de ella, siempre que en ella vayan incluidos créditos, puesto que así el heredero aparente pasaría a tener la calidad de acreedor aparente del crédito sucedido, con lo cual puede ser calificado como un (cuasi)poseedor del derecho personal. Así lo establece el artículo 1264 del Código Civil, que al tratar de la acción de petición de herencia, indica que “[e]l que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquellas que el difunto era mero tenedor (...)”.

Ahora bien, quienes sostienen esta postura aseguran que esta supuesta (cuasi)posesión del derecho personal contenido en la herencia se explica como un efecto reflejo, derivado tanto de la posesión misma del derecho real de herencia como del carácter universal que ofrece este derecho. De esta forma, el crédito no es (cuasi)poseído por ser tal, sino que por estar contenido en la herencia misma.

85. Conclusión: inaplicabilidad de la (cuasi)posesión a los derechos personales. De las consideraciones anteriormente expuestas, concluye esta

postura que la idea de (cuasi)posesión, que guarda alguna relación con la posesión propiamente tal, no es aplicable al caso de los derechos personales. Ello pues en la mayoría de los casos falta la relación material con una cosa corporal que permitiría calificar al ejercicio del contenido del derecho personal como (cuasi)posesorio; o bien en definitiva la noción de (cuasi)posesión de un derecho personal podría redirigirse a conceptos jurídicos preconfigurados, por lo que redundaría en una superposición conceptual inútil e innecesaria.

Consiguientemente, indica esta postura que al hablar de (cuasi)posesión de derechos, ella se refiere al ejercicio del contenido de un derecho real, dado que este ejercicio se traduce en una actividad material que necesariamente ha de recaer sobre una cosa corporal, y que en consecuencia puede ser especialmente cualificada como (cuasi)posesión del derecho real. En el caso de los derechos personales, en cambio, y salvo los casos de los créditos documentados y de aquellos contenidos en una herencia, no puede hablarse propiamente de una (cuasi)posesión de ellos; primeramente, por confundirse ella con la titularidad del derecho de que se trate, y posteriormente, en caso de poder efectuar la distinción, por la inutilidad del concepto.

En definitiva, la (cuasi)posesión de un derecho estaría íntimamente ligada a la existencia y detentación de una cosa corporal. En el caso de los derechos reales, su ejercicio ha de recaer sobre una cosa corporal, y por ello es

que se dice que la cosa corporal se detenta (mera tenencia) y el derecho se (cuasi)posee. En el caso de los derechos personales, la cualificación del ejercicio del contenido del derecho como (cuasi)posesorio sólo podría predicarse respecto de (i) los créditos documentados, en los que propiamente hablando existe posesión de la cosa corporal en que consiste el título representativo, (ii) los créditos *propter rem* de una finca acensuada, en los que se dice (cuasi)poseerlos por la posesión de la cosa corporal constituida por la finca, y (iii) en el caso de los derechos personales contenidos en una herencia, a través de la (cuasi)posesión del derecho real de herencia.

B. Postura a favor de la poseibilidad de derechos personales

86. Identificación del problema: el objeto de la posesión. Se ha observado que la postura contraria a la poseibilidad de los derechos personales, y que podemos vincular con la teoría de la cuasiposesión tratada en el capítulo anterior, basa su negativa a extender la posibilidad de poseer créditos en el hecho de que (i) éstos no recaerían sobre cosas corporales, y (ii) su ejercicio es inmediato y supone el agotamiento o extinción del derecho mismo. Estas circunstancias serían salvadas por los derechos reales, toda vez que éstos recaen directamente sobre una cosa corporal, y suponen un ejercicio continuo y

estable en el tiempo, lo que se condeciría con la lógica de la institución posesoria.

Este planteamiento merece, empero, algunos reparos generales, referidos a (i) el objeto mismo de la posesión en general, y de la (cuasi)posesión de derechos en particular, y (ii) la posesión como apariencia del dominio. El primero de ellos será tratado en este apartado puesto que permite dilucidar, dentro del ámbito de los derechos patrimoniales, aquellos derechos que pueden ser poseídos; mientras que el segundo será tratado al referirnos a la poseibilidad de los derechos extrapatrimoniales, puesto que apunta a identificar las condiciones de poseibilidad general de un derecho.

87. El objeto en la posesión de derechos. De lo que tratamos al hablar de posesión de derechos es, justamente, entender que son éstos en su carácter de cosas incorporales los que son el objeto de la posesión. Ahora bien, en definitiva se ha concluido que el objeto en la posesión de derechos no corresponde directamente al derecho en sí, puesto que *a contrario sensu* ello descartaría la hipótesis de posesión en titularidad aparente del derecho de que se trate; en consecuencia, se ha identificado unánimemente, tanto en la teoría de la cuasiposesión como en la teoría de la posesión de derechos, al objeto de la misma como el contenido de hecho del derecho, siendo el ejercicio de dicho

contenido lo que configura la situación posesoria; así, a juicio del profesor von Ihering, la posesión consiste en esencia en el contenido de un derecho²¹⁶.

Esta conclusión explica, incluso, la situación ocurrida con la llamada verdadera posesión, *i.e.*, aquella recaída sobre cosas corporales. Al efecto, y en virtud de la historia de esta institución, ella se ve reconducida al ejercicio del contenido del derecho de dominio sobre la cosa corporal en la que incide éste, con independencia de la existencia de titularidad del derecho invocado; si ello es cierto, implica que el objeto de la posesión de cosas corporales ya no es directa ni inmediatamente la cosa corporal misma, sino que el contenido del derecho de dominio sobre dicha cosa corporal, constituyendo el ejercicio de ese contenido, al que se ha denominado *ius possidendi*, lo que configura la situación posesoria. Y es en razón de la identificación del derecho de dominio con la cosa corporal en la que incide este derecho, que la operación lógico – jurídica anterior no es contemplada explícitamente, pero sí es reconocida por parte de la doctrina que ha tratado este problema.

Lo que tenemos, pues, es que la posesión corresponde a un poder de hecho en virtud del cual se ejerce el contenido de un derecho. Cuando se trata del ejercicio del contenido del derecho de dominio, éste ha de recaer sobre cosas corporales necesariamente, puesto que ellas son el objeto de dicho

²¹⁶ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 97.

derecho; mientras que tratándose del ejercicio del contenido de todo otro derecho que no sea el de dominio, éste recaerá sobre aquello que constituya el objeto de tal, pudiendo en consecuencia recaer bien sobre cosas corporales, cuando el objeto de derecho cuyo contenido se ejerce es una cosa corporal, o bien sobre otro tipo de prestación, que puede consistir en un dar, hacer o no hacer algo, según corresponda.

Así entendido, es comprensible aún que a la posesión de derechos se le haya denominado cuasiposesión, puesto que la verdadera posesión es aquella referida al ejercicio de hecho del contenido del derecho de dominio, que al confundirse con la cosa corporal objeto de él, pareciera implicar entonces la aprehensión material de la cosa en comento; entonces, la expresión posesión estaría reservada exclusivamente para el ejercicio de dominio, y en consecuencia todo otro ejercicio del contenido de un derecho que no sea el dominio, no podría ser llamado posesión propiamente tal, y por ende parece cierto que ella deba denominarse cuasiposesión.

Si lo dicho hasta este punto es correcto pareciera que todo ejercicio del contenido de un derecho, sin distinguir *a priori* su naturaleza jurídica, puede ser calificado como posesorio. Ahora bien, quienes defienden la postura contraria a la posibilidad de los derechos personales, en definitiva agregan un requisito adicional para que este ejercicio de hecho del contenido de un derecho pueda

ser calificado como posesorio, a saber, que éste recaiga sobre una cosa corporal. El punto de partida y conclusión de todas las principales críticas expuestas en el párrafo anterior es, justamente, que el ejercicio posesorio necesariamente debe recaer sobre una cosa corporal; ya sea que el origen de la institución posesoria en el Derecho Romano lo exija, o bien se argumente que sólo es calificable como posesorio un ejercicio estable y duradero del derecho de que se trate, o incluso al atribuir dicho carácter a aquello ejercicio de derechos que sean aptos para ser adquiridos por prescripción adquisitiva. Bajo esta línea argumentativa, sólo los derechos reales podrían ser susceptibles de (cuasi)poseerse, toda vez que (i) ellos recaen sobre una cosa corporal, (ii) suponen un ejercicio duradero y estable, y (iii) pueden ser adquiridos por prescripción adquisitiva.

Sin embargo, esto constituye una falacia de petición de principios (*petitio principii*), puesto que quienes sostienen esta postura parten de la premisa de limitar a los derechos reales la posibilidad de posesión de derechos, estableciendo a continuación que por recaer la actividad posesoria siempre sobre una cosa corporal, se derivaría que la existencia de ésta constituye presupuesto de posibilidad de un derecho²¹⁷. Adicionalmente, y del análisis efectuado en esta sección, se observa que el principal problema de esta postura radica en confundir el objeto de la posesión con el objeto del derecho

²¹⁷ Este argumento puede observarse en ALLENDE, Guillermo. La posesión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 5ª edición, 1961, volumen I, p. 108 y ss.

cuyo contenido se ejerce. En efecto, en ella se intenta argumentar que toda posesión ha de recaer necesariamente en una cosa corporal, ya sea por su aprehensión material o bien por el ejercicio de ciertas actividades materiales que puedan ser calificadas como posesorias; lo que implica, *mutatis mutandis*, que el objeto de toda posesión ha de ser una cosa corporal, sea en forma directa (posesión de cosas corporales) o indirecta (cuasiposesión de derechos).

Si el verdadero objeto de toda posesión es el contenido de un derecho, entonces establecer que todo ejercicio posesorio ha de recaer necesariamente en una cosa corporal de forma directa o indirecta, es establecer un requisito adicional no contemplado por el legislador para calificar una situación como posesoria²¹⁸. El artículo 700 del Código Civil, al definir la posesión como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, en ningún momento establece como condición de calificación que dicha tenencia deba recaer sobre una cosa corporal; justamente, y en oposición a la opinión que al efecto planteaba don Andrés Bello en esta materia, la Comisión Revisora del Código Civil eliminó dicha referencia a que el objeto de la posesión debía consistir en una cosa corporal. En toda la regulación de la posesión que al efecto se realiza en el título VII del Libro II del Código Civil no se establece este supuesto requisito esgrimido por la postura en comento relativo a la necesidad

²¹⁸ Vid. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. Cit., p. 115.

que toda actividad posesoria ha de recaer en una cosa corporal; esto constituye una interpretación restrictiva en la materia.

Como consecuencia de lo anterior, resulta que para calificar una situación como posesoria basta verificar el ejercicio del contenido de un derecho, que se haga al menos con titularidad aparente de éste, sin que sea requisito que esta actividad recaiga sobre una cosa corporal. Esta idea es anotada por von Ihering, quien al efecto manifiesta que en el desarrollo dogmático del concepto de (cuasi)posesión de derechos la idea matriz estribaba en el goce pacífico de un derecho, con independencia de la naturaleza jurídica de dicho derecho, sea real, personal o incluso extrapatrimonial²¹⁹. Incluso, se ha manifestado por un sector de la doctrina comparada que la posesión puede tener como objeto todos los derechos, sin excepción, puesto que todos pueden ejercerse de una manera más o menos perceptible²²⁰.

88. Respuesta de críticas en torno a la poseibilidad de derechos personales. Tendiendo como base de nuestro análisis la consideración expuesta anteriormente, corresponde esbozar respuestas a las críticas formuladas en la postura anteriormente tratada.

²¹⁹ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 157.

²²⁰ OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 123 y ss.

89. (a) Utilidad del concepto (cuasi)posesorio de derechos personales. La primera crítica formulada a la factibilidad de (cuasi)posesión de derechos personales, dice relación con la inutilidad del concepto. Ello, en razón de la existencia de otras nociones jurídicas que explican de antemano aquellos actos que pueden ser calificados como (cuasi)posesión de un crédito.

Sin embargo, si lo planteado por la crítica en comento fuese verosímil, ello naturalmente podría ser extendido a la situación de poseibilidad de los derechos reales. Ello, puesto que en la definición comúnmente aceptada de (cuasi)posesión de derechos, el acto posesorio lo constituye el ejercicio del contenido de un derecho, por lo cual ya el concepto mismo de ejercicio del derecho podría bien suplir la calificación de (cuasi)posesión efectuada a éste. En efecto, si a la exigencia de cumplimiento de una obligación efectuada por el acreedor a su deudor, que constituye el ejercicio del contenido del derecho personal, no pudiese ser calificada como (cuasi)posesoria por tratarse de la facultad ínsita en todo crédito, sin que esta cualificación importara un aporte al mismo, es igualmente aplicable dicho criterio al ejercicio del contenido de un derecho real, puesto que con el solo concepto del ejercicio de éste bastaría, resultando la cualificación de dicha circunstancia como (cuasi)posesoria inútil.

Una arista de esta crítica dice relación con la situación del pago de lo no debido. Se dice que si alguien afirma ser acreedor de otra persona y en

consecuencia exige el pago de un crédito, sin serlo en realidad, o bien si alguien paga a quien cree ser su acreedor sin serlo, se concluye que no puede decirse que el sujeto activo de esta supuesta relación obligacional posea el derecho personal de que se trate. Tampoco se podría tratar de paciencia y tolerancia del supuesto deudor, puesto que en teoría se trataría de una donación, o bien de un pago indebido, lo que acarrearía una obligación nueva consistente en la restitución de lo pagado a cargo de quien recibió el pago. Ahora bien, observemos que la generación de una nueva obligación en la hipótesis en comento no excluye la posibilidad de referirse al poder de exigir el cumplimiento de una prestación como (cuasi)posesión del derecho personal en cuestión, y al acto posesorio del mismo como la exigencia del pago.

La posesión, según anota el profesor Alessandri, “implica comportarse como dueño de un derecho, ejecutar los actos a que el derecho da opción; en otras palabras, la manifestación de un derecho”²²¹; en el mismo sentido anota don Marcel Planiol, luego de indicar que los créditos y el estado de las personas son susceptibles de aplicárseles la noción de posesión, que en estos casos se trata de “pasar a los ojos de los terceros como titular de un crédito o tener un estado determinado”²²². Por su parte, los profesores Henry Capitant y Ambrosio Colin estiman que existe posesión de créditos “cuando una persona se conduce

²²¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Op. Cit., p. 128. Un criterio similar puede observarse en ENNECCERUS, Ludwig. Op. Cit., p. 317 y ss.

²²² PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 54.

como acreedora, lo que consiste en reclamar al deudor los intereses, luego el capital, en demandarle ante los Tribunales”²²³. En la misma línea, el profesor Georges Ripert señala que la posesión consiste en comportarse como si se fuese titular del derecho cuyo contenido se ejercita²²⁴. El profesor von Ihering considera, en este sentido, que la posesión puede ser considerada como el ejercicio o la exterioridad de un derecho²²⁵. Otros autores siguen este planteamiento expuesto²²⁶, o incluso lo llevan un paso más allá, indicando que en razón de esta característica de la posesión, a saber, que se trataría de la exterioridad de un derecho, todos ellos sin excepción pueden ser susceptibles de posesión²²⁷. Siendo así, todo ejercicio del contenido de un derecho es una manifestación de éste, y en consecuencia puede ser calificado como (cuasi)posesión del derecho, no siendo posible, desde el punto de vista teórico, restringir a los derechos reales el objeto de la posesión²²⁸.

90. (b) Cosas corporales y objeto de la (cuasi)posesión de derechos. La segunda crítica formulada plantea la inexistencia de cosas corporales en las que ejercer la actividad posesoria. A este respecto, nos remitiremos a lo expresado en el párrafo anterior, entendiendo que la exigencia de existencia de una cosa corporal en la que deba recaer el acto posesorio no es un requisito

²²³ CAPITANT, Henry y COLIN, Ambrosio. Op. Cit., p. 886.

²²⁴ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 108.

²²⁵ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 148.

²²⁶ Vid. DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. Op. Cit., p. 41; OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 15.

²²⁷ OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 123.

²²⁸ *Ibíd.*, p. 125.

establecido por el legislador, e implica en realidad confundir el objeto de la posesión con el objeto del derecho que se ejerce. Esta posibilidad es reconocida por la doctrina, al indicarse que limita la posibilidad de los derechos a los que impliquen poder de hecho sobre cosas corporales significa establecer una restricción en la interpretación de los preceptos del legislador en la materia²²⁹.

91. (c) Titularidad y objeto de la (cuasi)posesión de derechos. La tercera crítica apunta a la hipótesis de titularidad aparente de un derecho personal, según la cual en este supuesto no habría objeto para la (cuasi)posesión del derecho personal. Nuevamente, esta crítica confunde el objeto de la (cuasi)posesión con el objeto del derecho de que se trate. Entendiendo que lo (cuasi)poseído es el contenido del crédito, virtualizado en la exigencia de pago efectuada por el acreedor a su deudor, el objeto del derecho, o en otras palabras, de la obligación correlativa, será una prestación de dar, hacer o no hacer; y en el caso que se trate de una prestación de dar, sólo ahí podremos encontrarnos con una cosa corporal que se deba entregar al acreedor, pero ni aun en ese supuesto se puede hablar de que el acreedor tenga una relación directa con la cosa corporal debida.

²²⁹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. Cit., p. 115.

La (cuasi)posesión se basta a sí misma como manifestación de un derecho, esto es, como el ejercicio del contenido de dicho derecho con independencia de su real existencia. En este sentido, la doctrina comparada de la línea argumental de von Ihering sostiene que se puede considerar que la (cuasi)posesión de derechos implica una pretensión de éstos; así, se dice “[q]ue el derecho exista es indiferente, lo mismo que en la protección posesoria del propietario: basta para la protección posesoria la posibilidad del derecho y la exterioridad de su ejercicio”²³⁰. Asimismo, se ha señalado que “[n]o solo las cosas materiales, sino también los bienes inmateriales, incluso los derechos reales o de crédito son susceptibles de posesión en cuanto su ejercicio se puede traducir en actos exteriores perceptibles para los demás, porque en el fondo, la posesión no es sino la actuación exterior de un derecho, hecha abstracción de si el que la lleva a cabo tiene o no título legítimo que le autorice para actuar de aquella manera”²³¹, indicándose además que “[n]o solo los derechos, sino incluso aquellas cualidades personales de que los mismos derivan, como pudiese ser la condición de heredero o el estado de filiación o matrimonio de las personas”²³². En general, se estima que la posesión existe con independencia de toda situación jurídica²³³, y que ella produce sus efectos sin que se tenga que averiguar si el poseedor tiene o no el derecho de obrar

²³⁰ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 150. En este mismo sentido, DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. Op. Cit., p. 43.

²³¹ DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. Op. Cit., p. 45.

²³² *Ibíd.*; en el mismo sentido, OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 125.

²³³ MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Op. Cit., p. 130; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. Cit., p. 97.

como lo hace²³⁴. En concreto, la falta de título en sí misma no es decisiva para excluir la existencia de la figura de la (cuasi)posesión de derechos, más allá de los argumentos históricos que puedan esgrimirse al efecto; lo que interesa –en opinión de la doctrina- es saber si el poseedor procedió como si tuviera o fuese titular de tales derechos²³⁵.

El verdadero problema que surge a partir de esta crítica dice relación con la presunción de titularidad del derecho personal que se (cuasi)posee. En efecto, sabemos que en virtud del artículo 700 inciso 2º del Código Civil, quien detenta una cosa determinada con ánimo de señor o dueño se le presume dueño de ella, o en forma más general, como titular del derecho de dominio sobre ella. Tratándose de derechos reales, es plenamente aplicable esta presunción, la que en este caso implicaría ya no el dominio del derecho real, sino que la titularidad del mismo. Pero no acontece esto en el caso de los derechos personales, puesto que para ellos existe una disposición especial en cuanto a su prueba, señalada en el artículo 1698 del Código Civil, norma que al efecto dispone en su inciso 1º que “[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción, al que alega aquéllas o ésta”. Lo que nos lleva a observar que, en esta materia, existe una diferencia sustancial en el tratamiento (cuasi)posesorio de un derecho real y de uno personal bajo la hipótesis de titularidad aparente.

²³⁴ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 108.

²³⁵ Vid. LAFAILLE, Héctor. Op. Cit., p. 173.

En el caso de un derecho real, al (cuasi)poseedor se le reputa como titular de éste hasta que un tercero pruebe lo contrario, lo que acontecerá principalmente cuando se aporte probanzas acerca de la verdadera titularidad del derecho referido; mientras, el (cuasi)poseedor del derecho real sólo debe probar que ha ejercido actos constitutivos del contenido del derecho del que se dice ser titular, para que le sea aplicable la presunción general del inciso 2º del artículo 700. En el caso de un derecho personal, al (cuasi)poseedor del crédito no se le presume como titular del mismo, por lo cual ante el ejercicio del contenido de este derecho, plasmado en la exigibilidad de cumplimiento de la prestación debida al supuesto deudor, no le basta con probar el ejercicio de actos que constituyan el contenido del derecho, sino que debe probar la existencia del derecho mismo, es decir, su titularidad. Así se ha reconocido esta problemática por la doctrina, señalando al efecto que “[e]l llamado poseedor debe, en estos supuestos, probar la obligación en caso de litigio, lo que demuestra de una manera evidente que no está protegido independientemente o con prescindencia de su derecho (...) En vez de llamárselo poseedor del crédito, debía denominárselo acreedor aparente, con lo que se evita el equívoco”²³⁶. Desde esta perspectiva, parece desvirtuarse la premisa de que la (cuasi)posesión es la manifestación de un derecho.

²³⁶ OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 131.

Sin embargo, esto se reconduce en definitiva a un problema de prueba, lo que nos obliga a pensar en aquella situación en la que un sujeto se puede decir verdaderamente (cuasi)poseedor del crédito con titularidad aparente. En principio, ello ocurre cuando existe un título justificativo de adquisición del crédito (cuasi)poseído pero transferido no dominicalmente. En este sentido, una hipótesis es decir que se haya efectuado la cesión de un crédito, con un cedente sin titularidad del derecho cedido, y en virtud de la cual el cesionario se configura como (cuasi)poseedor del crédito cedido, puesto que a su respecto existe un título justificativo de su titularidad aparente, lo que le habilitaría para demandar el cumplimiento de la prestación al deudor. Una segunda hipótesis ocurre cuando el cedente es un mandatario del titular del crédito, sin poder suficiente para efectuar la cesión, y en cuyo caso el cesionario pasa a adquirir la calidad de (cuasi)poseedor del crédito en cuestión²³⁷. Se anota, por parte de la doctrina, que en definitiva la categoría de la (cuasi)posesión de derechos surgió para facilitar la prueba del título²³⁸.

Todo lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1901 del Código Civil, que tratando de la cesión de créditos, expresa que “[l]a cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título”, mientras que el artículo 1902

²³⁷ ROZAS VIAL, Fernando. Derecho civil: los bienes. Santiago, Chile, Distribuidora Forense Ltda., 1984, p. 222.

²³⁸ LAFAILLE, Héctor. Op. Cit., p. 173.

establece que “[l]a cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste”. Podría pensarse *a priori* que estas disposiciones limitan la transferibilidad de los derechos personales a los créditos documentados, y en consecuencia resulta irrelevante hablar de una (cuasi)posesión de éstos, pues se reconduciría a la del documento representativo. Pero en definitiva, estas normas establecen requisitos de validez en función de la prueba de la cesión, y no limitarían la cesibilidad de un crédito a su corporificación, como pareciera ser la idea preconcebida señalada; así, en caso que el cesionario de un crédito pierda el documento donde consta éste, no tratándose de créditos corporificados, no pierde su derecho de exigir la prestación al deudor, sino que se vuelve muy difícil de probar la existencia misma del derecho personal.

92. (d) Intención legislativa en la (cuasi)posesión de derechos. En cuarto lugar, se esgrime la intención del legislador en orden a aceptar la (cuasi)posesión de derechos sólo para el caso de los reales, y no de los personales. Para ello, se argumenta que el Mensaje del Código Civil reconoce la posesión de un derecho real como el usufructo, y negando tal condición a la del un derecho personal como el arrendamiento. A mayor abundamiento, al utilizar el ejemplo del usufructo, diría que siendo un derecho real y en su condición de tal, es susceptible de posesión.

A este respecto, debemos recordar que el legislador estableció en el artículo 715 del Código Civil el reconocimiento de la posesión de derechos sin mencionar o limitarla a alguno en particular, sino que señalando que es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de cosas corporales; ello, en abierta contradicción a la intención de don Andrés Bello en la materia, quien proponía limitarla a los derechos reales. Adicionalmente, debemos acotar que el legislador contempla normas en las que se reconoce la posibilidad de (cuasi)poseer derechos personales, como el caso del artículo 1576 inciso 2º del Código Civil, según la cual es válido el pago efectuado a quien estaba en posesión del crédito, lo que a juicio de algunos autores alejaría toda duda sobre el particular²³⁹.

Finalmente, el mismo Mensaje del Código Civil nos entrega luces acerca de la verdadera intención del legislador en la materia. Así, en su párrafo 24º se indica que “[t]oda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio”, lo que confirma meridianamente el análisis que al efecto hemos llevado a cabo, a saber, que el legislador trata a la posesión como una apariencia de dominio, o en forma más correcta, como la apariencias de titularidad del derecho de que se trate. Siendo de esta forma, la limitación de poseibilidad a los derechos reales responde únicamente a la imposición de un

²³⁹ Vid. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Op. Cit., p. 393.

requisito adicional no contemplado expresamente por el legislador, cual es que la actividad posesoria recaiga sobre una cosa corporal.

93. (e) Prescripción adquisitiva y efectos de la (cuasi)posesión de derechos. La quinta crítica apunta a la imposibilidad de adquirir por prescripción los derechos personales, según queda corroborado por lo dispuesto en los artículos 2498 y 2512 del Código Civil que reconocen esta opción sólo a los derechos reales. Se adiciona a ello que la justificación de existencia de la institución de la posesión radica en la posibilidad de adquirir por prescripción aquellas cosas o derechos de los que se es dueño o titular aparente²⁴⁰.

Al respecto, debemos anotar que esta crítica comete cae en una falacia de *petitio principii*, toda vez que otorga a un efecto de la posesión la calidad de fundamento de la misma. En efecto, dentro de las denominadas ventajas de la posesión, se cuentan (i) el reputar como dueño o titular del derecho al poseedor, mientras otra persona no justifica serlo, (ii) la percepción de los frutos, (iii) la defensa interdictal, y (iv) la posibilidad de prescribir la cosa corporal o derecho poseído²⁴¹. Pero debe observarse que estas ventajas son, jurídicamente hablando, efectos de la posesión, que son reconocidos u otorgados por el ordenamiento jurídico a ella, cumpliendo con ciertos requisitos

²⁴⁰ Vid. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Op. Cit., p. 395.

²⁴¹ *Ibíd.*

predeterminados. Así, para la percepción de los frutos de la cosa poseída, se exige que se trate de una posesión regular; en el caso de la protección interdictal, ella está limitada a la posesión de bienes inmueble y de derechos reales constituidos sobre ellos (artículo 916 del Código Civil); para la presunción de titularidad del derecho de que se trate, como anotamos, sólo es aplicable a la posesión de cosas corporales y a la de derechos reales.

En el caso de la prescripción adquisitiva, tal como para la presunción de titularidad, la limitación impuesta normativamente para la operatividad de este efecto dice relación con que ella sólo es aplicable respecto de la posesión de cosas corporales (que se reconduce a posesión del derecho de dominio) y la posesión de derechos reales, o, en otras palabras, a toda (cuasi)posesión de derechos reales. Pero no debe dejarse de tener presente que se trata de un efecto de la posesión, y en su calidad de tal no puede definir ni teórica ni normativamente a ésta; *i.e.*, puede existir posesión sin prescripción, pero no viceversa²⁴².

Un claro ejemplo de esta situación lo constituyen las llamadas posesiones inútiles, categoría doctrinaria circunscrita a las posesiones viciosas enumeradas en el artículo 709 del Código Civil; se trata, en definitiva, de dos situaciones calificadas como posesorias pero que dadas ciertas características

²⁴² PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 336; BIONDI, Biondo. Op. Cit., p. 72.

propias de ellas, se les priva del efecto de permitir la adquisición por prescripción de la cosa o derecho poseído de esta forma. Nótese que no por privarse jurídicamente del efecto de la prescripción, dejan de ser calificadas dichas situaciones como posesorias. Adicionalmente, corresponde aclarar que si bien parte de la doctrina considera que no existen más posesiones inútiles que las señaladas por el legislador en el artículo en comentario, en definitiva esta categorización es una creación doctrinal no reconocida expresamente por el legislador, por lo que es perfectamente concebible otras situaciones posesorias a las cuales se les prive del efecto de la prescripción adquisitiva.

Este criterio de distinción entre la posesión y sus efectos, a fin de resolver aquellas situaciones que puedan ser calificadas como posesorias, es planteado por P. J. Ravail, quien en su obra "*De l'objet de la possession*" afirma, ante la problemática de determinar esta calificación, que "si una legislación no atribuye al ejercicio de un derecho, considerado en sí mismo, efectos jurídicos, se puede afirmar con certeza que no ha admitido para él la posesión", agregándose que la posesión en sí produce un único efecto esencial, a saber, la de hacer presumir que el poseedor de un derecho es titular de éste²⁴³. Es en base a este efecto primario, que la legislación deriva otros efectos de orden

²⁴³ RAVAIL, P. J. De l'objet de la possession, citado por OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 126.

secundario, y que se presentarán en atención a la categoría de derecho de que se trate y de acuerdo a las necesidades prácticas de su ejercicio²⁴⁴.

94. (f) Calificación del acto (cuasi)posesorio de derechos. El sexto argumento apunta a la estructura de ejercicio de los derechos personales, indicando que a diferencia de los reales, ellos suponen el agotamiento o extinción del derecho por su ejercicio, que sería inmediato y único, y que ello contraría la lógica de la institución posesoria que supondría un ejercicio continuado y estable en el tiempo, requisito que solo es predicable respecto de ejercicio de derechos reales. A su vez, y como segundo criterio dentro de esta crítica, se argumenta que el crédito, que se agota en la exigencia de una prestación, no es apto para la idea de posesión como un poder de hecho puesto que el acto del deudor no se encuentra en poder del acreedor, *i.e.*, que el objeto del derecho que se pretende poseer no se encuentra en el ámbito de disponibilidad del poseedor.

Debemos tratar estos criterios separadamente.

En primer lugar, cuando se enuncia que el ejercicio de un derecho personal supone el agotamiento del mismo, no se está excluyendo la calificación de dicho acto como ejercicio del derecho. Lo que se ataca, en

²⁴⁴ OVEJERO, Daniel. Loc. Cit.

definitiva, es una característica de dicho ejercicio, a saber, que sería de orden inmediato y extintivo del derecho mismo, en contraposición al ejercicio de un derecho real, que permite un ejercicio continuado y duradero sin que por ello se extinga el derecho respectivo. Pero lo que debe ser calificado como posesorio no es la característica del ejercicio del contenido del derecho, sino el ejercicio mismo, con independencia que éste agote o no el derecho respectivo; en otras palabras, para definir una situación de ejercicio del contenido de un derecho como posesoria, no es pertinente dilucidar si dicho ejercicio cumple con alguna u otra característica, como sería en el caso en comento que se permitiera ejercer de forma continua o inmediata, sino que basta consignar que se trata de un ejercicio del contenido del derecho para que sea calificable como posesorio. A este respecto, nuevamente cabe recordar que la posesión en general, y la (cuasi)posesión de derechos en particular, responden a la idea de ser una manifestación del derecho que se ejerce, y no a una cualidad especial de dicho ejercicio.

Luego, en segundo lugar, al manifestar que el objeto del derecho que se pretende (cuasi)poseerse no estaría en el ámbito de disponibilidad del supuesto poseedor, se incurre en dos errores. El primero de ellos, es confundir el objeto de la posesión con el objeto del derecho; hemos reiterado que, para todos los efectos, el objeto de la (cuasi)posesión de derechos está constituido por el contenido del derecho respectivo, mientras que el objeto del derecho lo

conforma, bien una cosa corporal en la que incide el derecho, tratándose del dominio y otros derechos reales, o bien en una prestación de dar, hacer o no hacer, tratándose de derechos personales. En consecuencia, lo que se requiere que esté en el ámbito de disponibilidad del poseedor es el contenido del derecho, o en otras palabras, la posibilidad de ejercer dicho contenido, para calificar dicho ejercicio como un acto posesorio, y no en última instancia la disponibilidad de la cosa corporal u otra que constituya el objeto del derecho en cuestión. Siendo así, y en el caso de los derechos personales, bastaría con que el (cuasi)poseedor del crédito pudiese ejercer válidamente el contenido de éste, exigiendo el cumplimiento de la prestación al deudor, en la forma anotada y con los presupuestos enunciados anteriormente, *i.e.*, que se tenga un título justificativo de la titularidad del derecho invocado, para calificar a dicho ejercicio como posesorio. Mientras el poseedor del crédito tenga la posibilidad de realizar semejante ejercicio del contenido del derecho personal referido, se dice que el objeto de la posesión está en su ámbito de disponibilidad, y en consecuencia se habla de (cuasi)posesión de crédito.

95. (g) Tratamiento normativo de la (cuasi)posesión de derechos.

Finalmente, la séptima crítica manifiesta que no existe un tratamiento sistémico conjunto entre la posesión de derechos reales y personales. Se dice al respecto que dada la ubicación de esta institución en el Código Civil, ella solo podría hacer referencia a los derechos reales, y que consecuentemente cuando el

legislador ocupa la terminología posesoria para referirse a otras situaciones, como la posesión del estado civil o la de un crédito, lo hace de forma atécnica e incorrecta, puesto que no tienen ni características ni consecuencias asimilables a la (cuasi)posesión de derechos reales.

No dejando de ser efectiva esta crítica, su enunciado es, al menos, incompleto. Se ha reconocido por un gran sector de la doctrina que el tratamiento normativo de la posesión carece de sistematicidad; así, si bien el Título VII del Libro II del Código Civil trata de ella, sólo lo hace en referencia a su definición y calidades, en el párrafo 1º (artículos 700 al 720), y en los modos de adquirirla y perderla, en el párrafo 2º (artículos 721 al 731). Luego, en cuanto a la percepción de los frutos de la cosa poseída, sus reglas se encuentran en el párrafo 4º del Título XII del Libro II (artículos 904 y siguientes), a propósito de las prestaciones mutuas en la acción reivindicatoria; en lo referente a la prueba de la posesión, su regulación la encontramos en los artículos 924 y 925 del Código Civil, al tratar de las acciones posesorias (Título XIII del Libro II). En cuanto a uno de los efectos más relevantes de la posesión, a saber, la prescripción, ella es tratada en el Título XLII del Libro IV del Código Civil. En definitiva, ni aun en el tratamiento normativo de la posesión de cosas corporales se ha seguido por parte de nuestro legislador una técnica depurada y completamente sistemática de esta institución; ello no obsta a reconocer que,

por ejemplo, la prescripción es un efecto de la posesión a pesar de ser tratada en Libros diferentes.

Título III

Posesión de derechos extrapatrimoniales

96. La posesión de derechos como apariencia de titularidad. Debemos recordar que una de las principales características atribuidas a la posesión, y por la cual ha merecido un tratamiento especial en el estudio de la dogmática jurídica nacional y comparada, es que ella constituye una apariencia de dominio. En síntesis, un sujeto que se dice titular del derecho de dominio sobre una cosa corporal, la detenta materialmente; en razón de dicha detentación, el ordenamiento jurídico presume que lo hace en razón del ejercicio de su derecho de dominio sobre la cosa en cuestión, atribuyéndole una serie de efectos a la situación posesoria (*ius possessionis*) entre los que se cuentan la presunción del derecho que invoca, *i.e.*, ser el titular del derecho de dominio, hasta que otra persona pruebe lo contrario (artículo 700 inciso 2º del Código Civil). Si a este razonamiento adicionamos el resultado de nuestro análisis previo, entendiendo que el objeto de la posesión es el contenido de derecho que se ejerce, y volviendo aparente la identificación entre el derecho real de dominio y la cosa corporal en la que éste recae, resulta que *mutatis mutandis* en la posesión un sujeto que se dice titular del derecho de dominio sobre una cosa corporal ejerce el contenido de este derecho (*ius possidendi*), detentando materialmente la

cosa corporal, y en razón de este ejercicio el ordenamiento jurídico presume que dicho sujeto es el titular del derecho de dominio que invoca.

Nótese que en este punto, la modificación agregada por nosotros para efectos del análisis se reconduce a dos elementos, a saber, (i) adicionar que la detentación material de la cosa corporal es el ejercicio del derecho de dominio invocado por el poseedor, y (ii) que el ordenamiento jurídico presume la titularidad del derecho de dominio invocado sobre la cosa corporal objeto del derecho. Esto no es baladí, puesto que al llevar este análisis hacia la (cuasi)posesión de derechos, no es propiamente aplicable la primera fórmula expuesta, pero sí la segunda.

En efecto, cuando nos situamos en el ámbito de la (cuasi)posesión de derechos, tenemos que la situación posesoria trata de un sujeto que ejerce de hecho el contenido típico de un derecho, y que en virtud de dicho ejercicio el ordenamiento jurídico presume la titularidad del derecho cuyo contenido se ejerce. Puede observarse que esta formulación general es plenamente aplicable al caso de la llamada posesión de cosas corporales, de la forma expuesta anteriormente. Y en el caso de la (cuasi)posesión de derechos, ésta es la formulación lógico – lingüística que corresponde efectuar, ya que al hablar de derechos no es predicable el dominio respecto de ellos, sino su titularidad.

Cuando tratamos de la propiedad sobre cosas corporales, ella se refiere a la facultad de usar, gozar y disponer de ellas en forma arbitraria, sin que sea contra la ley o derecho ajeno, según los términos del artículo 582 del Código Civil; en consecuencia, se trata de la configuración de un tipo de derecho real, al que el ordenamiento jurídico denomina dominio, que recae sobre cosas corporales y en cuya virtud se permite el ejercicio de ciertas facultades que alcanzan al máximo del aprovechamiento de la cosa corporal que se puede obtener. Por lo mismo, la posesión de cosas corporales, entendida como apariencia del derecho de dominio sobre ellas, está justamente limitada a aquellos objetos de derecho que sean susceptibles de apropiación en los términos del artículo 582 del Código Civil, la que en la especie se reduce a las cosas corporales. Esto, puesto que este tipo de posesión no es más que el ejercicio del contenido del derecho de dominio sobre ellas, el que, como hemos analizado, se confunde con la cosa misma en la que incide.

Luego, tratándose de (cuasi)posesión de derechos, no puede decirse respecto de éstos que están en dominio de un sujeto, puesto que de ser así supondría que sobre un derecho de dominio cabría un dominio, y así sucesivamente. En este punto, la doctrina ha estimado correctamente que sobre los derechos existe una propiedad entendida como género, la cual corresponde a la titularidad del derecho en cuestión; así, no se habla de un derecho de dominio sobre un usufructo, o sobre un crédito, sino que de la

titularidad del derecho de usufructo, o la titularidad del crédito, respectivamente²⁴⁵.

De esta forma, la (cuasi)posesión de derechos correspondería a una apariencia ya no de dominio, sino que de titularidad del derecho al que se refiera; y como corolario de ello, implica que ya no encontramos la misma restricción en cuanto al objeto de posesión que para el caso de la de cosas corporales, en la cual se requería la patrimonialidad o apropiabilidad del objeto de la posesión, sino que el requisito es que el derecho cuyo contenido es el objeto poseído, sea susceptible de titularidad. Esta conclusión puede resumirse en la regla enseñada por von Ihering, según la cual en materia de posesión de derechos “donde no hay derecho (o no puede haber derecho) no puede haber posesión de derechos”²⁴⁶

97. El problema de la poseibilidad de derechos extrapatrimoniales. Gran parte de la doctrina nacional y comparada asume que la (cuasi)posesión de derechos se limita a los reales, y un sector no menor también considera que los derechos personales podrían ser susceptibles de ella, en virtud de los argumentos expuestos anteriormente. Sin embargo, no existen referencias acerca de la factibilidad de poseibilidad de derechos extrapatrimoniales; ello,

²⁴⁵ Vid. MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Op. Cit., p. 136.

²⁴⁶ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 149.

principalmente en razón de limitar la posesión en general al ámbito de los bienes²⁴⁷.

Lo que se plantea por gran parte de los autores es que la posesión, en cualquiera de sus formulaciones, sólo es predicable respecto de aquellas cosas que tengan los caracteres de apropiabilidad y traficabilidad, lo que en el caso de las cosas incorpóreas se reconduce a los derechos patrimoniales (reales y personales)²⁴⁸. Esto en función de la histórica clasificación de las cosas efectuada en el Derecho Romano clásico por Gayo, que para el caso de las cosas incorpóreas (*res incorporales*) en el ámbito jurídico las limita a los derechos de carácter patrimonial, *i.e.*, a los derechos reales y personales.

Adicionalmente, la idea de esta limitación de posibilidad de derechos a los de orden patrimonial encuentra sustento en los caracteres y efectos propios de la posesión como institución jurídica. Por un lado, sabemos que la posesión responde a la premisa de constituir una apariencia de dominio, lo que inmediatamente restringe el ámbito de aplicación de ella a aquellas cosas que sean susceptibles de apropiabilidad. Por otro lado, todos los efectos conocidos y regulados de la posesión parecen responder a la idea de que ella recae sobre

²⁴⁷ Vid. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. Cit., p. 129; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Op. Cit., p. 367; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit., p. 334; EGAÑA, Manuel Simón. Op. Cit., p. 151; GALIANO, José. Op. Cit., 1923, p. 77; VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 109; VALDECASAS, Guillermo. Op. Cit., p. 19; MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Op. Cit., p. 137; ROZAS VIAL, Fernando. Op. Cit., p. 221.

²⁴⁸ Vid. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 109.

una cosa apropiable; así, debe tener dicho carácter para poder ser adquirida por prescripción, ser objeto de defensa interdictal, y por supuesto para la aplicación de la presunción de dominio.

Ahora bien, de todo el estudio efectuado al tratar del concepto de posesión de derechos, y con mayor énfasis analizando la factibilidad de posibilidad de derechos personales, se pueden ver luces argumentales para aceptar la idea de una posesión de derechos extrapatrimoniales.

Para el desarrollo de esta posibilidad, hay que tener presente en primer lugar que nuestro ordenamiento jurídico considera con el carácter de cosa a todo tipo de derechos, y no solo a los patrimoniales como podría sugerir una interpretación restringida del artículo 576 del Código Civil. En el capítulo I hemos estudiado latamente este tópico, concluyéndose que en definitiva el género “cosas” comprende dos categorías distintas, a saber, (i) la que atiende a la apropiabilidad, dividiendo a la cosas en patrimoniales (también llamados bienes) y en extrapatrimoniales, y (ii) la que atiende a su materialidad, dividiendo a las cosas en materiales e inmateriales. Dentro de las cosas materiales se comprenden las cosas corporales, mientras que en la categoría de cosas inmateriales se reconocen a las cosas incorpóreas ya las cosas intelectuales. De la fusión de estas dos categorías, y excluyendo a las cosas intelectuales de nuestro análisis, existen cuatro resultados posibles: (a) cosas

corporales apropiables, o también denominados bienes corporales; (b) cosas corporales inapropiables; (c) cosas incorpóreas apropiables, también llamados derechos patrimoniales; y (d) cosas incorpóreas inapropiables, denominados derechos extrapatrimoniales. De ello, resulta que los derechos extrapatrimoniales, si bien no son considerados como bienes puesto que son inapropiables, son sin embargo cualificados como cosas por el ordenamiento jurídico, y en específico, como cosas incorpóreas, por carecer de materialidad y consistir en un derecho.

Luego, debemos recordar que nuestro concepto de posesión de derechos consiste en un poder de hecho en virtud del cual se ejerce el contenido de un derecho, con independencia de la titularidad de éste. Si ello es así, resulta que para efectos de la posesión de un derecho importa la posibilidad de ejercer el contenido de un derecho, sin distinguir *prima facie* si éste es de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Esta es, como ya lo hemos expuesto, la idea matriz en el desarrollo de la (cuasi)posesión de derechos, según anota von Ihering, por la cual cualquier individuo que se encontrara en el goce pacífico de un derecho, sin importar la naturaleza jurídica de éste, debía ser protegido en dicho goce cuando éste le fuera disputado²⁴⁹. En este mismo sentido, el profesor De Cossio y Corral se pronuncia argumentando que todos los derechos, e incluso ciertas cualidades personales que derivan de ellos,

²⁴⁹ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit., p. 157.

como el estado de filiación o matrimonio, pueden ser objeto de posesión²⁵⁰. Incluso se ha señalado que en el supuesto de que una cosa pública o sagrada estuviese sometida al poder de hecho de un particular –y que constituye la posesión-, tal poder carecería de los efectos jurídicos de ella²⁵¹, con lo cual no se descarta la existencia de posesión, sino que se le priva de sus efectos jurídicos.

Naturalmente, en este punto se hace patente la objeción por la cual la posesión consiste en una apariencia de dominio, lo que supondría que ella sólo es predicable respecto de los bienes, no así de cosas extrapatrimoniales, sean corporales o incorporeales. Pero ante esta objeción, hay que tener presente que al tratarse de la posesión de derechos no nos podemos referir a una apariencia de dominio de un derecho, puesto que como se ha visto, ello puede llevar al absurdo de suponer la existencia de un derecho de dominio sobre un derecho de dominio, y así sucesivamente. Aquí, de lo que se trata no es de una apariencia de dominio, sino de titularidad del derecho de que se trate; vale decir, la lógica de la posesión de derechos propende a responder si un derecho que se dice poseerse es susceptible de tener un titular. La lógica de entender que una cosa es susceptible de posesión en la medida que sea susceptible de apropiación corresponde a las cosas corporales, sobre las que sí es predicable la existencia de un derecho de dominio sobre ellas; no así en el caso de los

²⁵⁰ DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. Op. Cit., p. 45.

²⁵¹ VALDECASAS, Guillermo. Op. Cit., p. 19.

derechos, de cualquier clase que éstos sean, sobre los que se habla de su titularidad.

De la guisa anterior, resulta que la susceptibilidad de un derecho para ser poseído dice relación con la posibilidad de que éste pueda tener un titular. Siendo así, no se ve forma *a priori* de limitar la poseibilidad de los derechos a los patrimoniales, salvo que se pusiera como condición extra para calificar como posible a un derecho que éste fuese de orden patrimonial. Vale decir, para limitar la poseibilidad de los derechos a los patrimoniales (derechos reales y personales), debe decirse que (i) el derecho debe ser susceptible de tener un titular, y (ii) adicionalmente, dicho derecho debe ser de carácter patrimonial.

98. Derechos extrapatrimoniales susceptibles de posesión. De aceptarse la posibilidad de que los derechos extrapatrimoniales sean susceptibles de posesión, nos encontramos con un problema adicional, a saber, la utilidad de la aplicación de este instituto en el ejercicio de estos derechos. Para explicarnos, hemos de manifestar que es difícilmente concebible un derecho extrapatrimonial que no tenga un titular real del mismo, *i.e.*, no existirían *a priori* derechos extrapatrimoniales carentes de titular, lo que descartaría *in actum* cualquier hipótesis de titularidad aparente del derecho cuyo contenido se ejerce, y en razón de lo cual referirnos a dicho ejercicio como posesorio a su vez carecería de significación normativa.

Entonces, desde una perspectiva teórica, el problema no radica ya en la posibilidad del derecho en sí, puesto que de la formas en cómo se ha definido la operatividad de la posesión de derechos, todos ellos con independencia de su carácter real, personal o extrapatrimonial es susceptible de posesión. El problema es de índole práctico, puesto que si bien todo derecho es teóricamente posible, entendiendo por tal todo derecho cuyo contenido sea susceptible de ser ejercitado, el siguiente nivel de discusión radica en la utilidad de utilización de dicho concepto, lo que naturalmente nos lleva al ámbito de la posesión bajo titularidad aparente del derecho.

Quizás la hipótesis más preclara de esta circunstancia la configura la llamada “posesión del estado civil”²⁵². Al efecto, señala el artículo 310 del Código Civil que “[l]a posesión notorio del estado de matrimonio consiste principalmente en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales; y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general”. En tanto, el antiguo artículo 311 del Código Civil, derogado por la Ley N° 19.585 del año 1998, se refería a la posesión notoria del estado de hijo legítimo, señalando al efecto que ella “consiste en que sus padres le hayan tratado como tal (hijo legítimo), proveyendo a su educación y

²⁵² Vid. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit., p. 54.

establecimiento de un modo competente, y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como el hijo legítimo de tales padres”.

En ambos casos, se trata de una persona que aparentemente ostenta una determinada calidad jurídica o estado civil, no siendo realmente tal. Al efecto, la doctrina ha indicado que se tiene la posesión de un estado civil cuando se ejecutan actos jurídicos o materiales de aquellos que dan opción a un determinado estado civil, siendo tres los elementos constitutivos de esta particular posesión, a saber, (i) el nombre, (ii) el tratamiento, y (iii) la fama²⁵³.

De lo que se trata en esta hipótesis es de ostentar una calidad que en realidad no se tiene, o en otras palabras, de aparentar ser titular de un estado civil que en realidad no es tal, pero al que socialmente se le reconoce por actuar como si en verdad existiese²⁵⁴. Es justamente ésta la hipótesis general posesoria, y que le da importancia al estudio de ella, puesto que como ha notado el profesor Alessandri “[l]a posesión implica comportarse como dueño de un derecho, ejecutar los actos a que el derecho da opción; en otras palabras, la manifestación de un derecho”²⁵⁵. Ese es el sentido en el que la doctrina comparada entiende la posesión de derechos extrapatrimoniales, a saber, como

²⁵³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Op. Cit., p. 128.

²⁵⁴ Vid. OVEJERO, Daniel. Op. Cit., p. 127.

²⁵⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Loc. Cit.

posesión de ciertos estados o cualidades jurídicas derivados de dichos derechos²⁵⁶.

El caso de la posesión del estado civil concuerda plenamente con la figura posesoria que hasta ahora se ha venido tratando. En efecto, existe un ejercicio del contenido de un derecho, materializado en la actuación a título de cónyuge, no existiendo vínculo matrimonial que fundamente dicha calidad, pero reconocida socialmente. El legislador exige en el artículo 312 del Código Civil que dicha posesión, para ser recibida como prueba del estado civil, debe haber durado al menos diez años continuos; lo que si bien no es propiamente una forma de adquisición prescriptiva de dicho estado civil, en definitiva se acerca a dicho efecto, entendiendo las particularidades y aplicación de cada uno de estos institutos, atendida la naturaleza patrimonial de cada uno de ellos.

Fuera del caso citado, no parecen existir otras hipótesis de derechos extrapatrimoniales con titularidad aparente, por lo cual su estudio en realidad interesa para el caso estudiado.

²⁵⁶ Vid. DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. Op. Cit., p. 45 y ss.

CONCLUSIONES

El estudio del presente trabajo nos ha llevado a variadas conclusiones, que en gran medida fueron expuestas en su oportunidad en cada uno de los capítulos correspondientes y que pasamos a revisar.

En primer lugar, hemos analizado jurídicamente el concepto y alcance de la categoría de cosa incorporal para nuestro ordenamiento jurídico, develando que ella proviene directamente el desarrollo efectuado por el jurista romano Gayo en la época clásica del Derecho Romano, y quien al efecto estableció una serie de limitaciones o restricciones para la calificación de una cosa como incorporal. A partir de este punto, mostramos que gran parte de la doctrina considera que sólo los derechos patrimoniales, a saber, los reales y personales, son cosas incorporales; pero efectuando un nuevo análisis y relectura de la clasificación gayana de esta categoría, pudimos concluir que los llamados derechos extrapatrimoniales también pueden ser considerados como cosas incorporales por el ordenamiento jurídico nacional, derivando la categoría de bienes incorporales, esto es, aquellas entidades de Derecho que son susceptibles de apropiación y tráfico jurídico, a los derechos reales y personales.

Luego, se ha visto mediante una adecuada resistemización de las categorías de cosas, que atendida la materialidad de ellas se pueden clasificar en materiales e inmateriales, y esta última a su vez acepta como parte de ellas a las cosas incorporales propiamente tales y a las denominadas cosas intelectuales. Adicionalmente, y en base a dicha resistemización y a la recategorización de las cosas incorporales, pudimos ofrecer respuesta a las dos principales críticas formuladas doctrinariamente a su concepto, tanto en el orden jurídico como lógico, y que complementan válidamente otras respuestas esgrimidas históricamente al respecto.

Posteriormente, al profundizar en el estudio de la posesión de derechos en general y de su elaboración teórico conceptual en particular, pudimos comprobar que a la postre existen dos teorías que intentan explicar este fenómeno. La primera de ellas, a la que denominamos como cuasiposesión de derechos, sostiene en definitiva que no existe propiamente una posesión de los derechos, siguiendo en ello a la doctrina del Derecho Romano clásico, argumentando que aquella actividad consistente en el ejercicio del contenido de un derecho debe necesariamente recaer o incidir en una cosa corporal, razón por la cual se formula ella misma como una cuasi-posesión, esto es, casi una posesión, a la que falta este elemento de materialidad directa para poder ser calificada propiamente como posesoria. Por otra parte, la segunda teoría reseñada, a la que nombramos posesión de derechos, de elaboración propia,

sostiene que ella corresponde a un poder de hecho en virtud del cual se ejerce el contenido de un derecho con independencia de la titularidad del mismo, sin limitaciones relativas a que dicha actividad deba recaer en una cosa corporal, dando como resultado que ella puede ser calificada directamente como posesoria.

En concordancia con este segundo planteamiento, pudimos esbozar las bases para una noción unitaria de posesión en nuestro ordenamiento jurídico civil, concluyendo al efecto que en su origen, la posesión de cosas corporales responde a la idea de identificación entre el derecho de dominio y la cosa corporal objeto de dicho derecho, con lo cual y efectuando la abstracción teórica de rigor, se vislumbra que incluso este tipo de posesión responde a la idea de un ejercicio del contenido de un derecho (el de propiedad o dominio), y que ello servía de sustento a la noción en estudio.

Finalmente, y en relación al alcance de la posesión de derechos en relación al objeto de ella, pudimos plantear en el estudio de cada tipo de derecho poseible las peculiaridades de su susceptibilidad a ella. Así, teniendo como base que el objeto de la posesión de derechos es el contenido de ellos y no el derecho en sí, pudimos constatar que todos los derechos patrimoniales son susceptibles de posesión, con independencia del tipo de ejercicio que se realice de ellos en atención a su naturaleza jurídica particular, o bien a otras

consideraciones adicionales tales como los efectos posesorios o la estructura de esta institución. En definitiva, todo ejercicio del contenido de un derecho puede ser calificado de posesorio, con independencia de otras consideraciones subsecuentes. Ello es particularmente aplicable al caso de los derechos personales, que representa la mayor y más longeva discusión en torno al tópico de la poseibilidad de los derechos en general. En cuanto a la poseibilidad de los derechos extrapatrimoniales, dedujimos que si bien teóricamente y en general responden al esquema planteado, en la práctica ella parece estar limitada al caso de la posesión del estado civil establecida en los artículos 310 y siguientes del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Santiago, Chile, editorial Nascimento, 1940, tomo II.
2. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Tratado de los derechos reales: bienes. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 6ª edición, 2005, tomo I.
3. ALLENDE, Guillermo. La posesión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 5ª edición, 1961, volumen I.
4. BELLO, Andrés. Obras completas de don Andrés Bello. Santiago, Chile, impreso por Pedro G. Ramírez, 1881-1883, volúmenes XI al XIII.
5. BIONDI, BIONDO. Los bienes. Barcelona, España, Editorial Bosch, 1961.
6. BUTERA, Antonio. Codice Civile Italiano Commentato. Turín, Italia, Editorial U.T.E.T., 1941, tomo II.

7. CAPITANT, Henry y COLIN, Ambrosio. Curso elemental de derecho civil. Madrid, España, Editorial Reus S.A., 1923, tomo II, volumen II (traducción de Demófilo de Buen).
8. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1979, tomo VI, volumen III.
9. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, volumen III.
10. DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. Instituciones de derecho civil. Madrid, España, Editorial Civitas S.A., 1988, tomo II.
11. DEL CAMPO, Francisco. De la posesión. Montevideo, Uruguay, Peña y Compañía Impresores, 1939.
12. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil. Madrid, España, Editorial Tecnos S.A., 6ª edición, 1998.
13. EGAÑA, Manuel Simón. Bienes y derechos reales. Caracas, Venezuela, Editorial Criterio, 1964, volumen I.

14. ENNECCERUS, Ludwig. Derecho civil: parte general. Barcelona, España, Librería Bosch, 39ª edición, 1934 (traducción de Blas Pérez González y José Alguer).
15. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de derecho civil. Barcelona, España, Casa Editorial Bosch, 32ª edición, 1936, tomo III, volumen I (traducción de Blas Pérez González y José Alguer).
16. FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de derecho civil moderno. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
17. GALIANO, José. De las cosas, la posesión y acciones posesorias. Buenos Aires, Argentina, Libreros Editores Jesús Menéndez e Hijo, 1923.
18. GARCÍA GOYENA, Florencio. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. Madrid, España, 1852, s.e., tomo I.
19. GRANADILLO, Víctor Luis. Tratado elemental de derecho civil venezolano. Yaracuy, Venezuela, Imprenta Oficial del Estado, 1951, tomo III.
20. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho privado romano. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

21. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 2006.
22. HANISCH, Hugo. Andrés Bello y su obra en derecho romano. Santiago, Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1983.
23. HEINECCIUS, Johann Gottlieb. Elementos de Derecho Romano según el orden de las Instituciones. Madrid, España, Imprenta de don Pedro Sanz, 1830 (traducción de José Vicente).
24. HEINECCIUS, Johann Gottlieb. Recitaciones del derecho civil. Madrid, España, Imprenta de don Pedro Sanz, 1841 (traducción de Luis de Collantes y Bustamante).
25. JUSTINIANO. Digesta Iustiniani. Pamplona, España, Editorial Aranzandi, 1975 (traducción de Álvaro D'ors).
26. KASER, Max. Derecho romano privado. Madrid, España, Instituto Editorial Reus S.A., 2ª edición, 1982.

27. KIVERSTEIN, Abraham. Síntesis de derecho civil: de los objetos del derecho (bienes). Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 2ª edición, 1984.
28. KUMMEROW, Gert. Ensayo sobre la adquisición a non domino de bienes muebles. Caracas, Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1965.
29. LAGOS LAGOS, Moisés. Consideraciones sobre la posesión y especialmente sobre la de los bienes raíces. En: RDJ, T. XXIII, 1926.
30. LAFAILLE, Héctor. Derecho civil. Buenos Aires, Argentina, Compañía Argentina de Editores, 1943, tomo III, volumen I.
31. MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. Lecciones de derecho civil. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, tomo II, volumen IV.
32. OVEJERO, Daniel. La posesión. Buenos Aires, Argentina, Compañía Impresora Argentina S.A., 1942.
33. PAZ, Jesús H. La posesión en el proyecto de reforma del Código Civil. Buenos Aires, Argentina, Investigaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1941.

34. PEÑAHERRERA, Víctor Manuel. La posesión. Quito, Ecuador, Editorial Universitaria, 1965.
35. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
36. PESCIO, Victorio. Manual de Derecho Civil. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1951, tomo IV.
37. PETIT, Eugenio. Tratado elemental de derecho romano. México, Editorial Nacional, 1952 (traducción de José Fernández).
38. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado práctico de derecho civil francés. La Habana, Cuba, Editorial Cultura S.A., 1946, tomo III (traducción de Mario Díaz Cruz).
39. POTHIER, Robert Joseph. Tratado de la posesión. En: Obras de Pothier. Barcelona, España, Álvaro Verdaguer, 1878-1883, volúmenes III y IV.

40. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de derecho civil. Buenos Aires, Argentina, Editorial La Ley, 1967, tomo VI (traducción de Delia García Daireaux).
41. RODRÍGUEZ BARRIOS, Federico. Posesión en la legislación civil colombiana. Cartagena, Colombia, Editorial Semanario Popular, 1936.
42. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. De las posesiones inútiles en la legislación chilena. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1995.
43. ROZAS VIAL, Fernando. Derecho civil: los bienes. Santiago, Chile, Distribuidora Forense Ltda., 1984.
44. SALEILLES, Raymond. La posesión. Madrid, España, s.n., 1909.
45. SAMPER POLO, Francisco. Instituciones jurídicas de Gayo. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
46. SAVIGNY, M. tratado de la posesión. Madrid, España, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845.

47. VALDECASAS, Guillermo. La posesión. Granada, España, Universidad de Granada, 1953.
48. VILLEY, Michel. El derecho romano. Buenos Aires, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960 (traducción de Martha Lafitte de Juncal y Julio Angel Juncal).
49. VON IHERING, Rudolf. Tres estudios jurídicos. Buenos Aires, Argentina, Editorial Atalaya, 1947 (traducción de Adolfo González Posada).
50. WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter. Derechos reales. Madrid, España, Fundación Cultural del Notariado, 7ª edición, 1998, volumen I (traducción de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez-Rosado).