

EL SISTEMA DE ACCIONES REALES, PARTE GENERAL:
UNA RECONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL

The system of actions in rem, general part: a rational reconstruction

FERNANDO ATRIA LEMAITRE*

Universidad de Chile

Resumen

Este artículo explica y defiende una forma de reconstrucción racional del sistema de acciones reales del Código Civil. Esta reconstrucción arroja más luz sobre el sistema de acciones reales que la clasificación tradicional entre acciones que protegen “directa” e “indirectamente” el dominio, al explicar la posición que a cada acción le corresponde en un sistema que pretende dar protección adecuada a la propiedad. “Adecuada” quiere decir: una protección que sea tan accesible al que la requiere como sea posible, pero controlando las posibilidades de “desborde”, es decir, de llegar con la protección a quien no la merece.

Palabras clave

Acciones reales, Propiedad, Posesión.

Abstract

This essay explains and defends a rational reconstruction of the system of real action in the Civil Code. The proposed reconstructions are superior to the traditional distinction between actions that “directly” and “indirectly” protect real rights, because it explains the position of each action in a system designed to grant adequate protection to property. “Adequate” means: accessible to those who require it but mindful of not protecting those who do not deserve it.

Key words

Actions in rem, Property, Possession.

1. Aclaraciones conceptuales: acciones, reales

1.1. Sobre la idea misma de “acción civil”

¿Qué son las acciones?¹ “Es el derecho en pie de guerra” solía decirse². Esta respuesta tradicional probó ser insatisfactoria por razones de dos tipos independientes, aunque relacionados.

La primera tenía que ver con la relación entre tres elementos: el derecho (subjetivo), la acción (civil) y la acción (procesal)³. Las dos primeras nociones son tradicionales y la tercera surgió durante el siglo XX. De acuerdo al uso tradicional del lenguaje, el derecho subjetivo puede distinguirse de la acción civil diciendo ya que la acción civil es un tipo de derecho de subjetivo (diferenciado por su carácter estrictamente procesal) ya diciendo, en el lenguaje de la pandectística que hemos recordado, que la acción civil era un momento del derecho subjetivo

* PhD (Edinburgh, 1999). Profesor asociado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Chile; dirección electrónica: fatria@derecho.uchile.cl. La investigación de la que este artículo es parte contó con el respaldo del Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, a través del proyecto 1190014, del cual el autor es investigador principal. Agradezco la ayuda invaluable que me prestaron María Ignacia Besomi y Gonzalo Falcón, ayudantes de la Universidad de Chile. También agradezco la colaboración de Rosita Díaz y Antonia Morales, entonces ayudantes alumnas de la Universidad Adolfo Ibáñez.

¹ Para algunas aclaraciones metodológicas sobre este intento de reconstrucción racional, véase ATRIA (2017a), pp. 148-150.

² Aunque lo ha trascendido, la fórmula es originalmente de PUCHTA (1881).

³ En general, véase HOYOS (1987), pp. 98-126; ROMERO (2006), pp.13-15.

(el derecho en pie de guerra). Estas observaciones fueron conocidas “desde antiguo”: “La intuición de que compete a las partes un derecho subjetivo de carácter estrictamente procesal, es antigua; a esa intuición respondió el nombre de acción (*actio*), con el cual se denota el obrar en juicio, es decir, el desplegar actividad para la tutela, mediante el proceso, del interés de la parte, como contenido del derecho mismo; antigua es, asimismo, la intuición de que por un lado la *actio* se distingue del *ius*, en el proceso hecho valer, pero de que, por el otro lado, es también ella un *ius* (*ius persecuendi in iudicio quod sibi debetur*)”⁴.

Esto es lo que suele denominarse una concepción “monista” de la acción. El monismo consiste en “la identidad acción-derecho material”⁵, es decir identidad acción-derecho subjetivo⁶. Y con la distinción ente estas dos nociones (el surgimiento de teorías “dualistas”) surgió el problema. La distinción entre la acción civil y la acción procesal es innegable, una vez formulada. Ya en 1941 podía decirse que “La dificultad estaba en distinguir el derecho que se hace valer en juicio (derecho subjetivo material), del derecho mediante el cual se hace valer aquél (derecho subjetivo procesal). Con cuánta lentitud y fatiga se haya superado esa dificultad, lo enseña la historia de la ciencia jurídica, que es una parte de la historia del derecho; uno de los capítulos más interesantes de ella, atañe al desarrollo del concepto autónomo de *acción*. Hoy este desarrollo está realizado. Por tanto, por acción se entiende el *derecho subjetivo procesal de las partes*”⁷.

El surgimiento del concepto procesal de acción impugnó el concepto de acción civil, que quedó obligado a encontrar y ocupar un espacio entre el derecho material y la acción procesal. Pero no es claro que haya espacio entre esos dos conceptos.

La segunda razón estaba relacionada con la anterior. Las acciones que constituyen el sistema de acciones del Código Civil tienen todas una larga historia, en la mayoría de los casos remontable al derecho romano. Una de las características relevantes del derecho romano, que constituyó el contexto de surgimiento de las acciones reales, es que se trataba de un *derecho de acciones*, entendido desde la acción: *ubi remedium ibi ius*. Esto no quiere decir, pese al aforismo, que si no hay acción no hay derecho. Lo que quiere decir es que el solo hecho de que exista un derecho no es en sí suficiente para la protección jurisdiccional⁸.

En el contexto de un derecho codificado, sin embargo, la regla se invierte: “En los sistemas jurídicos continentales la noción de derecho (derecho subjetivo) es el concepto fundamental del derecho privado y su ascendencia llevó a relegar el derecho de acciones a los códigos procedimentales. Como ha sostenido H F Jolowicz, cuando la noción de derecho ‘se hizo la noción principal del derecho privado, no podía haber duda de que las diferencias en los diversos tipos de acción... eran en realidad diferencias substantivas’, y ‘los códigos modernos de derecho civil en consecuencia no necesitan una parte especial sobre acciones’”⁹.

Es evidente que la noción de acción civil es independientemente relevante si “los derechos [son] definidos por la existencia de una acción (*ubi remedium ibi ius*)”¹⁰; pero si la regla se invierte y ahora *ubi ius ibi remedium*, la acción será solo un reflejo del derecho subjetivo, y perderá su interés independiente. Salvo como una noción puramente procesal, caso en el cual será absorbido por la noción de acción procesal. Y la noción de acción civil parece vaciarse de contenido.

Es decir, para continuar con la metáfora inicial, si los derechos no pueden ir a la guerra por sí mismos, parece relevante preguntarse por cómo ponerlos en pie de guerra. Pero si los derechos ya no necesitan ponerse en pie de guerra y pueden directamente reclamar protección, la noción de acción civil pierde parte importante de su relevancia. Como hoy el derecho es pensado indudablemente desde esta segunda perspectiva, no parece haber mucho que decir

⁴ CARNELUTTI (1960), p. 315.

⁵ HOYOS (1987), p. 99; ROZAS (1998), p. 22.

⁶ CASARINO (2005), p. 57.

⁷ CARNELUTTI (1960), pp. 315-316. Véase adicionalmente HOYOS (1987), p. 100.

⁸ Sobre la distinción entre el derecho y la acción en el procedimiento formulario romano, véase ZIMMERMANN (1990), pp. 26 y ss.

⁹ SAMUEL (2001), pp. 89-90, comentando a JOLOWICZ (1957), p. 90.

¹⁰ SAMUEL (2001), pp. 89-90.

desde el punto de vista de las acciones, y por eso cualquier problema que se encuentre en el sistema de acciones puede ser resuelto apelando a la regulación substantiva, porque la procedencia de una “acción” dependerá sin residuo de la existencia del derecho subjetivo respectivo.

Esta no es una cuestión puramente “teórica”. Cuando Humberto Trucco elaboró la “teoría” de la posesión inscrita, se encontró con el problema de que conforme a ella el poseedor inscrito que ha sido materialmente despojado no tiene, después de un año del despojo, acción nominada alguna. Esto, dice Trucco, “no es para alarmar a nadie; porque expedito tiene el camino para instaurar una acción nominada ó inominada cualquiera contra el detentador de su propiedad”¹¹. Actualmente, hay quienes generalizan esta idea y alegan que hay, implícita en las reglas substantivas de la Constitución o el Código Civil, una “acción restitutoria general”. Peñailillo, por ejemplo, cree que “puede sostenerse que el ordenamiento jurídico no exige encuadrar toda pretensión en una determinada acción nominada, regulada por la ley. Basta que tenga arraigo en un derecho del reclamante que merezca ser tutelado”¹². Y entonces sostiene que, aunque no haya una acción restitutoria general (y “sin perjuicio de mantener el reclamo para que se consagre”¹³), basta con lo dispuesto por el artículo 19 N° 24 de la Constitución, o el artículo 582 del Código Civil, para que cualquier “dueño que injustamente está privado del objeto de su dominio [...] pued[a] reclamarlo de quien lo tiene sin fundamento legítimo, y el juez tendría que ordenar restituirlo”¹⁴.

El argumento de Peñailillo supone que la regulación especial de algunas acciones sería sólo “supletoria”, es decir no excluiría la posibilidad de acciones innominadas. Esta es, por cierto, la solución dominante para el problema análogo de los contratos nominados en un régimen de *pacta sunt servanda*¹⁵. Pero es poco plausible dar a las acciones reales esta lectura “dispositiva”; en efecto, ¿qué sentido tendría (por ejemplo) la regulación de la acción reivindicatoria como una acción que debe dirigirse en contra del poseedor (895), del correspondiente deber del mero tenedor demandado de indicar a nombre de quién detenta (art. 896), del deber de indemnizar que la ley impone al mero tenedor que no cumple ese deber o que se hace pasar por poseedor (art. 897), si en cualquier caso el demandante, con solo decirlo, pudiera ejercitar una acción innominada en contra del mero tenedor? Para las acciones necesitamos, entonces, una explicación distinta que la que ha sido suficiente en el caso de los contratos nominados.

La acción es una forma jurídica. Las formas jurídicas, en general, tienen la función de hacer probable algo improbable¹⁶. Al delimitar correctamente una controversia las acciones permiten identificar cuáles son los puntos centrales de los que depende su correcta solución, y definir de antemano qué antecedentes son o pueden ser relevantes y cuáles no. Así facilitan la decisión y reducen la discreción del juez, la imprevisibilidad del resultado, etc.

Adicionalmente, las acciones que el Código regula guardan entre sí una determinada relación, formando un sistema que pretende hacer irrelevante la diferencia entre *ubi ius ibi remedium* y *ubi remedium, ibi ius*. Eso se logra si de hecho hay una acción disponible para cada pretensión que desde el punto de vista substantivo es jurídicamente relevante. Esto retiene lo mejor de los dos mundos: de un sistema de acciones, el hecho de que cada controversia es planteada y presentada ante el juez para su solución habiendo previamente asumido una forma

¹¹ TRUCCO (1910), p. 145; sobre esto, véase ATRIA (2017a), p. 163.

¹² PEÑAILILLO (2006), p. 537.

¹³ PEÑAILILLO (2006), p. 537.

¹⁴ PEÑAILILLO (2006), p. 537. En adición a Peñailillo, sobre la inexistencia y necesidad de una “acción restitutoria general”, véase PÉREZ (2014), pp. 387-421 y LATHROP (2011), pp. 3-24.

¹⁵ La distinción entre contratos nominados y contratos innominados tenía sentido en un sistema, como el romano, en el que el solo consentimiento por regla general no era suficiente para crear obligaciones (*ex nudo pacto non oritur actio*). Excepcionalmente, el solo consentimiento creaba obligaciones en el caso de los contratos nominados (compraventa, arrendamiento, mandato, sociedad). ¿Qué sentido tiene esta distinción en un sistema de *pacta sunt servanda*, en que el solo consentimiento obliga? La respuesta es la de López Santamaría: esa regulación es *supletoria* de la voluntad de las partes, y por eso *dispositiva* en el sentido de que puede ser modificada por ellas. LÓPEZ (1986), pp. 99-100.

¹⁶ Véase ATRIA (2016), cap. 7.

que hace probable que su solución sea la correcta; de un sistema de derechos, el hecho de que toda pretensión substantiva es protegida¹⁷.

El Código Civil contiene por cierto un sistema de acciones cuidadosamente configurado de modo de satisfacer esta condición. Es, dicho de otro modo, un sistema racionalmente estructurado. Pero el sistema no toma en cuenta la posesión inscrita, lo que crea un notorio vacío. Ese vacío, sin embargo, no aparece en la descripción de la parte general, sino al tratar especialmente los distintos componentes del sistema, y por eso aquí será identificado, no discutido¹⁸.

1.2. Acciones reales y personales; sus características y diferencias

Las acciones reales se caracterizan porque lo que es cuestionado por aquél en contra de quien se dirigen es precisamente la posición especial que el actor reclama tener respecto de la cosa; recíprocamente, la identidad del demandado está dada no por sus características personales sino por la relación que éste tiene con la cosa, habitualmente el hecho de que la detenta. En este sentido es relevante la idea contenida en los artículos 577 y 578: mientras las acciones reales pretenden defender o restablecer la situación del actor respecto de una cosa, sin respecto a determinada persona, las acciones personales se dirigen en contra de quien ha contraído personalmente una obligación, para que la cumpla.

La distinción entre acciones reales y personales se construye sobre la distinción entre derechos reales y derechos personales: de los derechos reales nacen las acciones reales y de los derechos personales nacen las acciones personales¹⁹.

Esto es correcto aunque deberá ser depurado más adelante. Lo importante es que las acciones reales suponen *una cosa* respecto de la cual alguien tiene una posición especial. Las consecuencias de esta diferencia son considerables, por lo que conviene analizarlas con cuidado²⁰.

En primer lugar, las acciones personales suponen en rigor una obligación incumplida, es decir, una situación ilícita. En realidad, la existencia de la acción (personal) supone que la obligación está en estado de incumplimiento: cuando la obligación se cumple la acción se extingue, y si el incumplimiento no es ilícito la obligación no es exigible y el acreedor no tiene acción. Las acciones reales existen aun cuando no haya estado de incumplimiento: el hecho de ser alguien dueño quiere decir que tiene la acción reivindicatoria, de modo que la situación en que es dueño y carece de acción es inconcebible (porque una cosa y la otra son lo mismo). Esto explica la existencia de una acción como la querrela de amparo (art. 921), que tiene por finalidad *prevenir* un atentado que todavía no ha ocurrido a la posición jurídica protegida (en este caso la posesión). El hecho de que el acreedor tema el incumplimiento futuro del deudor no significa, normalmente, que el acreedor tenga una acción para prevenir ese incumplimiento (la caducidad del plazo por insolvencia notoria del deudor del art. 1496 no es objeción a esto: en ese caso se trata de que la obligación se hace exigible, no que hay acción para exigir el cumplimiento de una obligación no exigible).

¹⁷ La reconstrucción defendida aquí se hace desde la óptica de las acciones como formas de protección de derechos. ¿Es este un supuesto teóricamente inocente, o ya contiene una opción que entonces sería bueno al menos explicitar? En mi opinión, la respuesta es: de lege ferenda no es inocente, pero lo es de lege lata. En efecto, esta óptica deja fuera de consideración la protección del tráfico. Esta consideración, sin embargo, no es directamente relevante para el sistema del Código Civil, con la sola excepción del caso regulado en los incisos 2º y 3º del art. 890. Este es el caso de “cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase”, y en él la acción reivindicatoria se encuentra sujeta a una condición adicional de procedencia: que el demandante pague al demandado “lo que haya dado por ella” más los gastos necesarios y útiles. El hecho de que en ese caso la acción reivindicatoria sea todavía procedente (a diferencia de regímenes en que en casos como ese serían hipótesis de adquisición a non domino) muestra la relativa irrelevancia, desde el punto de vista de la reconstrucción del sistema de acciones, de la protección del tráfico como criterio inmediatamente relevante.

¹⁸ Véase ATRIA (2017a); ATRIA (2017b); ATRIA (2017d).

¹⁹ La distinción hecha en estos artículos proviene de la summa divisio de las acciones entre derechos en la cosa o jus in re y derechos a la cosa o jus ad rem. Un análisis sobre la historia y fuentes de estas normas en BARRIENTOS (2014), pp. 575 y ss.

²⁰ Véase PEÑAILILLO (2017).

En segundo lugar, las acciones reales no prescriben, porque no suponen, a diferencia de las acciones personales, una situación jurídica inestable, como lo es la existencia de una obligación. La existencia de una obligación civil es una situación *inestable* en el sentido de que tiende a su extinción por consumación. Esta idea puede expresarse diciendo que las obligaciones *nacen para extinguirse*, y por eso su modo normal de extinción es el pago, es decir, su cumplimiento²¹. Pero aunque una obligación nace para extinguirse, es en rigor posible que no se extinga, porque la extinción depende de un hecho voluntario del deudor (el cumplimiento) o del acreedor (el ejercicio de su acción). Si ninguno de estos hechos ocurre la situación inestable podría en principio prolongarse indefinidamente. *La prolongación indefinida de situaciones estructuralmente inestables es algo que el sistema jurídico pretende evitar en todo caso*. Para ello, la prescripción extintiva introduce un principio de estabilización que opera cuando la forma normal (=probable) de estabilización no ha operado. Así se hace imposible la prolongación indefinida: o la situación inestable (la obligación que permanece en estado de incumplimiento) se extingue por consumación (el deudor cumple, voluntaria o coactivamente), o se extingue por operación de este modo alternativo.

Ahora bien, ser dueño o tener un derecho real no es, a diferencia de ser deudor, una situación estructuralmente inestable (es decir, no es una situación que mire a su extinción por consumación), por lo que tratándose de acciones reales no hay una situación estructuralmente inestable que pueda prolongarse indefinidamente. Por consiguiente, no hay razón por la cual la ley deba contener un mecanismo adicional y residual de estabilización. Por eso la prescripción extintiva no afecta a las acciones reales.

La observación de que las acciones reales no prescriben es en realidad aplicación de un principio más general: las acciones reales nunca se extinguen por vía principal. Ellas pueden extinguirse, por cierto, pero solo como consecuencia de la extinción del derecho real que ellas protegen²².

Una tercera diferencia importante entre acciones reales y personales se refiere a sus *condiciones de operación*. Como una acción personal supone la existencia de una obligación, para ejercer exitosamente la acción el demandante necesita sólo probar la existencia del derecho correlativo. Al probar la existencia de su derecho el demandante prueba al mismo tiempo la existencia de la acción que ejerce (sujeto, por supuesto, a la condición de que la acción no haya prescrito) y el hecho de que la conducta del deudor puede ser calificada como incumplimiento, porque no ha realizado lo que sea que estaba obligado a realizar.

Esto es precisamente lo que no se puede decir tratándose de las acciones reales. El reivindicante tiene acción reivindicatoria porque es dueño. Pero del hecho de que el demandante sea dueño de la cosa no se sigue inmediatamente la ilicitud de la detentación de la cosa por el demandado, porque hay diversas consideraciones que pueden intervenir para bloquear esta implicación. El caso más obvio es que el demandado tenga un título que, ante el demandante, justifique su detentación de la cosa de modo que el demandante, aunque sea dueño, esté obligado a tolerar el uso de la cosa por el demandado (y por eso el dueño no puede ocupar la acción reivindicatoria en contra de su arrendatario, pese a alguna opinión contraria²³) o, lo que es más importante, es posible que para el que detenta la cosa sea ilícito entregar la cosa al demandante (por ejemplo, porque tiene una obligación, adquirida en virtud de un contrato de arrendamiento, de entregarla a su arrendador, que tiene la posesión de la cosa).

Al probar que tiene el derecho protegido por la acción, entonces (es decir: que es dueño), el reivindicante todavía no ha probado que el demandado deba ser condenado a restituir la cosa. Debe probar adicionalmente que la detentación de la cosa por el demandado es ilícita, y para eso debe mostrar que éste tiene una posición contraria a derecho. Por eso la reivindicatoria exige que el demandado sea poseedor (art. 895 CC): si el demandado detenta a nombre de un tercero (por ejemplo, como arrendatario), será su arrendador (o el arrendador de éste, en el

²¹ Véase ABELIUK (1971), pp. 21-23.

²² En relación a la extinción de la acción reivindicatoria, ROZAS (1998), p. 380.

²³ ALESSANDRI et al. (1941), p. 775.

caso del subarriendo) el que tendrá la posición contraria a derecho. La posesión del arrendador dará al arrendatario cobertura jurídica. Esta cobertura se explica por razones procesales: el juicio contra el arrendatario no producirá cosa juzgada respecto del arrendador, y como la controversia genuina es entre el que reclama ser dueño y el arrendador, será fútil. Nótese lo que esto significa: *frente al dueño, sólo del poseedor puede decirse sin más que su detentación es ilícita*. En efecto, si el que detenta no es poseedor, es decir, si no reclama ser dueño, el solo hecho de que el demandante pruebe *en juicio contra él* ser dueño no es suficiente para mostrar que su detentación es ilícita. El poseedor, por su parte, reclama ser dueño, de modo que si otro prueba ante él que es dueño esa prueba inmediatamente muestra que su detentación es ilícita. Es decir, el poseedor funda su detentación en que el demandante no es dueño porque lo es él: ese es el sentido de que la acción se dirija contra el poseedor.

El punto puede ser generalizado: la caracterización de las acciones reales en el Código Civil implica que para el ejercicio de éstas no es suficiente (de hecho, veremos que a veces no es siquiera necesario) mostrar que el demandante tiene el derecho real que busca proteger. Ellas siempre suponen algo más, que permita concluir que la detentación por el demandado es ilícita. En el caso de la reivindicación, que hemos considerado, que el demandado sea poseedor; en el caso de la acción publiciana, que se trate de un poseedor de peor derecho; en el caso de la acción del art. 915, que el demandado haya retenido indebidamente; en el caso de los interdictos posesorios, que el demandante haya visto su posesión ilícitamente turbada o embarazada (art. 921) o que haya sido injustamente privado (art. 926) o violentamente despojado de la cosa (art. 928).

Que esta es una nota estructural de las acciones reales y las distingue de las acciones personales puede notarse al considerar los problemas que han surgido en relación con la acción de precario, que es una acción personal devenida en acción real sin que ello haya afectado el modo en que ella se entiende en cuanto a sus condiciones de procedencia. Por cierto, el problema no se plantea respecto de la acción de *comodato* precario, porque como el comodato es un contrato real, la acción comodataria directa tendrá como condición de procedencia la prueba por el demandante de la entrega de la cosa a título de mera tenencia. Pero la llamada acción de precario se diferencia de la acción comodataria directa precisamente en que no supone la existencia de un contrato ni la entrega de la cosa, y por eso ella parece permitir al demandante recuperar la cosa con la sola prueba de su derecho. Entender la acción de precario de este modo, como si fuera una acción personal para cuyo ejercicio exitoso basta la prueba por el demandante de su derecho, es insostenible, por la misma razón ya observada: es posible que el demandante pueda probar, contra el demandado, su derecho a la cosa pero que a pesar de eso el demandado esté legitimado para detentarla. Aquí el problema aparece en la inteligencia que debe darse a la expresión del inciso final del artículo 2195, “ignorancia o mera tolerancia del dueño”. Si es entendida en el contexto de una acción personal, habrá que entender que si el demandante ha probado ser dueño (mediante prueba de su posesión) corresponderá al demandado probar que tiene un título para detentar la cosa, oponible al demandante²⁴; pero si la acción de precario es tratada como una acción real, corresponderá al demandante acreditar que el demandado no tiene título para detentar la cosa, del mismo modo que corresponde al demandante probar que el demandado es poseedor en la reivindicatoria, o que retuvo indebidamente en la acción del 915, etc. Por cierto, cargar al demandante con la prueba de un hecho negativo en muchos casos implicará cargarlo con una *probatio diabólica*. Pero descargarlo de esa prueba lleva también a consecuencias insostenibles. No es este el lugar para discutir esta cuestión en detalle, y la mención aquí de este problema solo tiene por finalidad mostrar la relevancia de este punto sobre las acciones reales. Si la acción de precario ha de desempeñarse como una acción real, debe someterse a la disciplina de las acciones reales. Y no está claro como eso pueda hacerse de un modo satisfactorio²⁵.

²⁴ Como sostiene el profesor LÓPEZ (2004), p. 61.

²⁵ Véase ATRIA (2017b).

Una cuarta distinción importante se encuentra en el objeto de la acción: las acciones reales miran a futuro, en tanto buscan el cese de una interferencia ilícita con un derecho real, mientras las acciones personales miran al pasado, porque buscan la indemnización de un daño.

Las acciones reales suponen que alguna acción a cuya realización sin interferencia tiene derecho el titular de la acción está siendo ilícitamente obstaculizada por aquél en contra de quien la acción se dirige. La finalidad de la acción es *eliminar esa interferencia* de modo de permitir el ejercicio del derecho por su titular. Este ejercicio, por su parte, es *una acción del titular del derecho* (nótese de nuevo la diferencia con los derechos personales, en que la acción de la que se trata es una acción del deudor). *El objeto de la acción no es la reparación del perjuicio que la interferencia ocasiona, sino el cese del hecho (ilícito) de la interferencia misma*. Por eso, cuando (por ejemplo) el demandado por hecho suyo ha hecho la restitución (el cese de la interferencia) imposible (porque ha enajenado o destruido culpablemente la cosa) la posibilidad de ejercer la acción real desaparece, y es reemplazada por una acción personal en contra del poseedor que enajenó o destruyó la cosa, por el precio o los perjuicios en su caso (es la “reivindicatoria ficta”: arts. 898, 900).

Las acciones personales no buscan intervenir fácticamente con la acción de interferencia del deudor, sino compensar normativamente la infracción de un derecho, y de ese modo proteger un interés patrimonial del acreedor. La finalidad de la acción personal no es que el demandado cese en su interferencia, sino la protección de ese interés. Por eso, va de suyo en la acción personal que si la acción debida por el deudor ha devenido imposible por hecho suyo la obligación se transforma en la obligación de pagar perjuicios. Esta transformación de la obligación no afecta su naturaleza: la obligación, para usar el lenguaje del artículo 1672, subsiste pero cambia de objeto.

2. La explicación tradicional de las acciones reales

2.1. La protección de los derechos reales (en particular del dominio y de la posesión) en sentido lato

El intento de reconstrucción contenido aquí se refiere solo a las acciones reales del Código Civil, aunque la protección de la propiedad excede a las acciones reales del Código Civil (el profesor Peñailillo incluye correctamente la legítima defensa, la protección constitucional del derecho de propiedad y los llamados ‘delitos contra la propiedad’ entre los medios legales de protección del dominio²⁶). La cuestión de cómo ese sistema se incluye en otro más amplio que contiene estas otras formas de protección es algo que por ahora deberá quedar pendiente.

2.2. La clasificación tradicional de las acciones reales

La doctrina nacional distingue entre acciones que protegen directamente el dominio y acciones que lo protegen indirectamente²⁷. Alessandri, Somarriva y Vodanovic afirman que serían acciones directas de protección del dominio la acción reivindicatoria, la confesoria y la negatoria (estas dos últimas, por cierto, no existen en el Código Civil)²⁸. Aunque reconocen que la cuestión es “muy discutida” agregan los interdictos de obra nueva y de obra ruinoso y la acción de demarcación²⁹. Las otras acciones se caracterizan por “proteger el dominio solo de forma indirecta”, y son (“principalmente”) las acciones posesorias y la acción publiciana.

Peñailillo sigue en esto a Alessandri, Somarriva y Vodanovic, tanto en la distinción misma como en la identificación de las acciones de protección “directa” y las de protección “indirecta”. Las primeras, nos dice, protegen directamente el dominio y las segundas, aunque de hecho

²⁶ PEÑAILILLO (2006), pp. 511-512.

²⁷ ALESSANDRI et al. (1941), pp. 771-772; ALESSANDRI et al. (1998), p. 255; PEÑAILILLO (2006), pp. 512-514.

²⁸ ALESSANDRI et al. (1941), p. 771.

²⁹ ALESSANDRI et al. (1941), p. 771.

puedan dar protección al dominio, tienen como “misión específica atender a otras situaciones jurídicas”³⁰. Estas otras situaciones jurídicas son en realidad una sola: la posesión (esto es lo que es común a los interdictos posesorios y a la acción publiciana)³¹. Por eso dice Peñailillo que estas acciones “están destinadas a proteger la posesión, pero cuando el poseedor lo es como consecuencia de ser dueño (lo cual ocurre generalmente, por lo que se justifica la presunción del artículo 700), al protegerse la posesión se está protegiendo el dominio”³².

Aplicando esta distinción a las otras acciones mencionadas, habría que decir que la acción de precario es una acción de las primeras, en tanto protege directamente el dominio (el art. 2195 inc. 2° hace referencia al “dueño”). La acción del artículo 915 también parecería ser de esas que protege directamente el dominio, por cuanto parece ser una extensión de la acción reivindicatoria. La reivindicatoria ficta no es una acción real, sino una acción personal³³.

En breve, las acciones reales son clasificadas del siguiente modo:

Acciones directas de protección del dominio:

- (i) Acción reivindicatoria
- (ii) Acción de demarcación y cerramiento
- (iii) Interdictos especiales de obra nueva y obra ruinososa
- (iv) Acción del art. 915
- (v) Acción de precario

Acciones indirectas de protección del dominio:

- (i) Interdictos posesorios generales.
- (ii) Acción publiciana.

2.3. Déficit de la clasificación tradicional

Una clasificación debe satisfacer dos condiciones: debe descansar en un criterio que idealmente constituya una dicotomía, de modo que todos los elementos a ser clasificados correspondan a una y solo a una de las categorías de la clasificación³⁴. Si la clase mayor es “acciones de protección del dominio”, la propiedad que caracterizaría a la primera subclase sería “protegen directamente al dominio”, y la otra subclase sería definida por la negación de esa propiedad. En este sentido, la estructura de la clasificación tradicional es correcta.

Pero la cuestión se hace mucho menos clara cuando la pregunta es qué quiere decir que una acción proteja directamente al dominio. Alessandri, Somarriva y Vodanovic no lo explican, sino lo afirman³⁵; Peñailillo hace exactamente lo mismo³⁶. Pero esto no es claro. Que una acción proteja “directamente” al dominio puede significar:

- (a) Que la ley la vincule explícitamente al dominio;
- (b) Que el que la interpone debe alegar su propio dominio;
- (c) Que el demandado debe probar ser él el dueño, o al menos que el demandante no lo es;
- (d) Que proteja el contenido del derecho de dominio, o una parte de él.

Respecto del primer criterio debe decirse lo que siempre debe decirse del tenor literal: que es un elemento importante, porque las palabras son por cierto el modo normalmente más

³⁰ ALESSANDRI et al. (1941), p. 771.

³¹ CLARO (1979), pp. 486-487.

³² PEÑAILILLO (2006), p. 514.

³³ “Este es un caso curioso en que la reivindicación cambia de objeto, el cual pasa a ser el precio o valor”, dice ALESSANDRI (1940), p. 211. Por cierto, lo correcto es decir que como cambia de objeto deja de ser reivindicación y deja de ser acción real. La doctrina es mayoritaria en este último punto. Ver, por ejemplo, ALESSANDRI et al. (1998), p. 287; PEÑAILILLO (2006), pp. 532 y s.

³⁴ Una dicotomía es la división de una clase en dos subclases, una de las cuales es definida por una propiedad y la otra por su negación. Esto puede iterarse, y de ese modo es posible clasificar dicotómicamente en más de dos subclases.

³⁵ “El primero está constituido por las acciones dominicales propiamente dichas y que son las que lo protegen en forma directa. Algunas de estas acciones...” (ALESSANDRI et al. (1941), p. 771) y sigue la distinción entre reprimir violaciones ya producidas y precaver infracciones futuras.

³⁶ “Un primer grupo está constituido por las acciones del dominio propiamente tales, que lo protegen directamente. A su vez, algunas de ellas...” (PEÑAILILLO (2006), p. 512) y sigue la misma distinción que en el caso de Alessandri y Somarriva.

expedito de acceder al sentido; que cuando la expresión legislativa dispone que una determinada acción la tiene el dueño, hay normalmente que entender que es necesario ser dueño para tener dicha acción, y por esto el criterio (a) normalmente implica (b); pero que no es autosuficiente, es decir, requiere ser explicado en términos de los otros criterios. Y que cuando el tenor literal no concuerde con los criterios explicativos del tenor literal, serán éstos los que importen, al menos desde el punto de vista de una reconstrucción como la que intentamos aquí. Por consiguiente, que una acción proteja “directamente” el dominio debe ser entendido en función de (b), (c) o (d), no de (a).

¿Es (b) el criterio que estamos buscando, que nos permite identificar cuándo una acción protege “directamente” al dominio? En ese caso, tendríamos que decir que lo hace la acción reivindicatoria; pero ciertamente no los interdictos especiales, porque no solo el dueño tiene esos interdictos, y de hecho quien los intenta no podrá invocar su dominio (art. 923). Nótese que el art. 923 se refiere genéricamente a “los juicios posesorios”, por lo que pese a su ubicación en el título XIII es aplicable a los procedimientos del título XIV. El interdicto de obra nueva lo tiene “el poseedor” (art. 930) y el de obra ruinosa, de hecho, lo tiene “el que tema que la ruina de un edificio vecino le cause daño” (art. 932), lo que parece incluir no solo al poseedor, sino también al mero tenedor.

Más interesante es la relación entre el criterio (b) y el (c). ¿Es (c) un criterio independiente? Es decir, una vez que hemos determinado que (b) concurre, ¿hay todavía una pregunta independiente por (c)?

Inicialmente uno pensaría que (b) y (c) están vinculados: si el actor debe invocar su dominio, entonces el demandado se defenderá probando el suyo, o al menos que el demandante no es dueño. Esto es verdadero en el caso de la acción reivindicatoria: el actor deberá alegar ser dueño de la cosa, y el demandado deberá probar que él es el dueño. Pero no es generalizable. Considérese la acción de precario. Conforme al inciso 2º del artículo 2195 la acción corresponde al “dueño”. Reiteradamente se ha sostenido que los requisitos de procedencia de la acción de precario son tres: que la cosa esté en poder del demandado, que el demandante sea dueño de la cosa, y que no tenga deber alguno de tolerar el uso de la cosa por el demandado, esto es, que la actual detentación del demandado sea reconducible a la ignorancia o mera tolerancia del dueño³⁷. Dadas estas condiciones de procedencia, pareciera que la condición (a) está cumplida desde luego (el inciso 2º del art. 2195 es explícito en su referencia al “dueño”) y que de eso se sigue que la condición (b) está también cumplida. Pero eso no implica que la condición (c) se cumpla también. Porque aunque el actor deberá alegar ser dueño, el dominio no será lo que es controvertido en el juicio de precario³⁸. Si el dominio fuera controvertido, sería porque el demandado reclama ser dueño, y como tiene la cosa habría que decir que es poseedor; y si el demandado es poseedor la acción tendrá que ser la reivindicatoria, no la de precario. Ante el demandado, que no pretende ser dueño, la prueba de la posesión siempre será suficiente para probar el dominio. Por eso, en la acción de precario el actor invocará su dominio pero en los hechos lo que tendrá que probar será (solo) su posesión. Establecida que sea su posesión, será en virtud de la presunción del artículo 700 inciso final que dará por establecido su dominio. Por cierto, uno podría decir que la acción de precario protege al dominio, pero que dadas las circunstancias típicas del precario para probar el dominio siempre será suficiente la prueba de la posesión. Pero entonces la pregunta sería qué diferencia hay entre una acción que protege directamente el dominio y una que protege directamente la posesión. La respuesta tendría que ser que en buena medida se trata de una cuestión de palabras, lo que implica que nada demasiado importante puede depender de que la respuesta sea una u otra.

Volviendo a (c), es claro que se trata de un criterio independiente de (a) y de (b). Según este criterio, solo la acción reivindicatoria sería una acción de las que protege directamente el

³⁷ Sobre las condiciones de la acción de precario y el modo en que ellas han sido entendidas y desarrolladas por la jurisprudencia, véase en general LARROUCAU Y ROSTIÓN (2015); ROSTIÓN (2013). En el mismo sentido, HALABÍ Y SAFFIRIO (1996), pp. 19-20 y VERGARA (1991), p. 12.

³⁸ HALABÍ Y SAFFIRIO (1996), pp. 22-23.

dominio, porque solo en ella la controversia entre demandante y demandado será directamente sobre el dominio, en el sentido de que será decidida por la prueba directa e inmediata del dominio.

Pero a veces parece que Alessandri, Somarriva (Vodanovic) y Peñailillo están pensando en el cuarto criterio, (d). Solo en este sentido podría decirse que los interdictos especiales protegen directamente al dominio. Los interdictos especiales “protegen en forma directa el dominio previniendo el daño o peligro que puede temerse”, dicen Alessandri y Somarriva³⁹, idea que es repetida por Peñailillo⁴⁰. El criterio aquí debería ser entendido de la siguiente manera: protege directamente el dominio no solo una acción cuando está orientada a exigir el reconocimiento de un derecho de dominio que es negado (como en el caso de la acción reivindicatoria, que por eso satisface la condición (c)), sino también cuando protege el contenido del derecho.

Pero si proteger el contenido del derecho es suficiente para que una acción sea considerada como protegiendo directamente ese derecho, la distinción que estamos comentando, entre acciones que protegen directa e indirectamente el dominio, colapsa. Porque no cabe duda que la posesión es parte del contenido de la propiedad. En efecto, es trivial afirmar que la propiedad incluye el *ius possidendi*, el derecho a poseer. Por consiguiente, el dueño que interpone una querrela de restitución está protegiendo el contenido de su derecho de dominio tan “directamente” como el que interpone una querrela de obra nueva: en un caso, está defendiendo su derecho a usar la cosa sin interferencia; en el otro, su derecho a que la cosa no sea dañada. Pero ese daño es simplemente otra forma de interferencia.

La distinción entre acciones que protegen directa e indirectamente el dominio, entonces, es una clasificación que como tal no es sólida. No es sólida porque descansa en un criterio ambiguo, que puede significar varias cosas y que, en definitiva, colapsa.

¿Es la objeción anterior definitiva, o puede corregirse depurando el criterio de clasificación? La respuesta depende de las razones por las que deseamos clasificar. Si lo que se pretende al clasificar es ordenar una determinada materia para exponerla, o para generar un recurso mnemotécnico adecuado para que el estudiante aprenda y recuerde las materias respectivas, la distinción tradicional puede quizás ser suficiente (¡aunque habría que preguntarle a los estudiantes!). Pero lo que buscamos nosotros aquí no es un recurso mnemotécnico, sino un criterio que nos dé luces respecto de la racionalidad del sistema de acciones. Y como criterio que permita la reconstrucción del sistema, articulando su racionalidad, la distinción directo/indirecto no nos permite avanzar, porque no hace transparente el sentido de distinguir entre la protección directa y la protección indirecta.

3. Una reconstrucción alternativa

3.1. La proporcionalidad del sistema

La racionalidad del sistema de acciones está dada por la medida en que él contiene un *sistema proporcionado de protección*. La idea de proporcionalidad aquí significa que las formas jurídicas deben dar protección con la mayor facilidad posible que sea compatible con la identificación correcta de la controversia respectiva.

Toda acción exige a quien la ejerce la satisfacción de ciertas condiciones. Mientras más exigentes sean esas condiciones, más difícil será obtener la protección que la acción pretende vehicular. Pero, por otro lado, menos desborde habrá. En lo que sigue, usaremos la expresión “desborde” para caracterizar los casos en que el sistema protege a quien no se busca proteger. La exigencia de proporcionalidad consiste en que el sistema de acciones debe incluir, para cada controversia típica, una forma jurídica que exija las condiciones más bajas necesitadas por la naturaleza del conflicto en cuestión, y que disminuyan todo lo que sea posible el desborde.

³⁹ ALESSANDRI et al. (1941), p. 771.

⁴⁰ PEÑAILILLO (2006), p. 513.

La facilidad en el acceso a la protección y la evitación del desborde son exigencias contradictorias en el sentido de mientras más se cumpla una menos se cumple la otra. Esto tiene una consecuencia de importancia capital. En efecto, implica que del hecho de que una acción exista *para proteger* un determinado derecho no necesariamente se sigue que ella *protegerá* solo ese derecho. En efecto, probar un derecho puede ser mucho más difícil de lo necesario en ciertos contextos, por lo que exigirle al actor que lo haga como condición para ser protegido puede ser desproporcionado. Al eximir al actor de la necesidad de probar su derecho, surge la posibilidad de desborde.

Caso 1 A vende y enajena una cosa a B, que a su vez la enajena a C. Luego el contrato de compraventa entre A y B es declarado nulo.

En el Caso 1 A, el vendedor original, tiene contra C, que adquiere del comprador de A, la acción reivindicatoria, que exige que A pruebe su dominio sobre la cosa. Para hacerlo deberá probar que adquirió del dueño o que ha poseído por tiempo suficiente para haber adquirido por prescripción. ¿Qué ocurre si A no puede probar ninguna de estas dos cosas en juicio contra C? La respuesta es: la acción reivindicatoria deberá ser rechazada. Y C se quedará con la cosa. Pero ¿qué tienen que ver con la detentación de C las razones por las cuales la acción fracasó? Cuando la pregunta es si A ha de ser preferido a C y ella se plantea después de que el contrato de compraventa original entre A y B (de quien C adquirió el dominio) ha sido declarado nulo, el hecho de que A no pueda probar su dominio es irrelevante. Si en un caso como el indicado A solo tuviera la acción reivindicatoria habría un severo problema de desproporcionalidad.

El sistema del Código Civil, por cierto, no tiene un déficit tan notorio de proporcionalidad. Y por eso en el Caso 1, A no necesita ejercer la acción reivindicatoria, puede usar la acción publiciana. Para ejercer la acción publiciana solo tendrá que probar que poseía la cosa con título y que tiene mejor derecho que C a la cosa⁴¹. Que A tiene mejor derecho que C a la cosa en este caso es evidente, porque el derecho de C descansa en un contrato que fue declarado nulo en beneficio de A. Aquí lo protegido sigue siendo el dominio de A, pero para evitar la desproporcionalidad la ley permite a A acceder a la protección con la prueba de mejor derecho que C.

3.2. Facilitación, desborde y la comprensión invertida del sistema de acciones

Nótese que facilitar la protección de A implica desborde: la acción reivindicatoria protege al dueño y solo al dueño, pero la acción publiciana protege no solo al dueño, sino a quien no es dueño pero tiene la posesión regular⁴². De esto, como hemos visto, la doctrina tradicional concluye que la acción publiciana no es una acción de protección del dominio, sino de la posesión (regular). El profesor Peñailillo sostiene, refiriéndose a los interdictos posesorios y a la acción publiciana, que “en nuestro Derecho estas acciones están destinadas a proteger la posesión, pero cuando el poseedor lo es como consecuencia de ser dueño (lo cual ocurre generalmente, por lo que se justifica – como se ha dicho – la presunción del art. 700) al protegerse la posesión se está protegiendo el dominio”⁴³.

Esta es una explicación invertida. La acción publiciana no es una acción *destinada* a proteger la posesión, sino una acción que *de hecho* protege la posesión, como condición para desempeñar la función genuina a la que *está destinada*, que es proteger el dominio. La consideración que Peñailillo introduce incidentalmente (que el poseedor regular habitualmente es dueño), es la cuestión central, desde la cual la finalidad de la acción publiciana es clara.

La inversión que produce la explicación tradicional crea problemas donde no los hay. Si la acción publiciana protege la posesión, ¿qué es lo que tiene el actor cuando ejerce su acción? La

⁴¹ La posesión regular, pese a que es caracterizada por el art. 702 por referencia a dos (o tres) requisitos, en realidad es posesión con título: véase ATRIA (2017c). En todo caso, si A prueba que tenía justo título ya habrá probado su posesión regular, porque su buena fe se presumirá.

⁴² ALESSANDRI et al. (1998), p. 273; BARCIA (2008), p. 72.

⁴³ PEÑAILILLO (2006), p. 514.

acción debe ejercerla contra el poseedor de la cosa, por lo que al ejercerla está concediendo de entrada que no es poseedor. Pero si no es poseedor, ¿cómo puede ejercer la acción que tiene el poseedor regular? Entonces es necesario postular una concepción de la posesión en la que ésta ya no es un hecho, sino un derecho, en el sentido de que es todavía posible llamar a alguien poseedor cuando otro posee de hecho la cosa⁴⁴.

El problema es creado por la inversión de la doctrina tradicional, y desaparece cuando ella es corregida. Como lo explica Peñailillo, para ella el sentido de la acción publiciana es proteger la posesión, y el desborde es que protege el domino (porque normalmente el poseedor regular es dueño). Las cosas son exactamente al revés. El sentido de la acción publiciana es proteger al dominio, y para ello la exigencia que la ley formula al dueño que reclama protección es reducida por razones de proporcionalidad, lo que implica mayor facilitación pero mayor posibilidad de desborde.

Nadie ha observado estas cuestiones con la agudeza de Rudolf Jhering: “La protección posesoria ha sido [...] introducida teniendo en cuenta la propiedad. Pero es imposible conceder esta protección al propietario sin que los no propietarios se aprovechen de ella al mismo tiempo [...]. La posesión adquiere de esta manera frente a la propiedad una independencia tal, que no sirve sólo y exclusivamente a la propiedad, sino que puede también volverse contra ella. El mismo servicio que presta al propietario que posee de protegerle sin dificultades contra los ataques extraños, lo presta al *no propietario* que posee, y también contra el mismo *propietario* que no posee”⁴⁵.

Jhering también advierte contra la inversión que ahora estamos intentando identificar: “La exacta inteligencia de esa relación es, en mi opinión, el verdadero *punctum saliens* de toda la teoría posesoria. Si se la considera como el aspecto normal de la posesión, se llega necesariamente a las teorías expuestas que buscan el fin de la posesión en la posesión misma; si, por el contrario, se ve, como yo hago, el fin de la posesión en facilitar la prueba introducida en favor del propietario, tal relación se convierte en un simple *sobreprecio* que el comprador lleva con lo demás. Para los defensores de la primera opinión esa relación es el fin de la posesión, para mí es una *peligrosa pero inevitable consecuencia*: el tributo que debe pagar la ley para procurar al propietario la protección más fácil de la propiedad que en su favor ha sido introducida”⁴⁶.

Esto también ilumina la situación de los interdictos posesorios. Para verlo tenemos que considerar nuevas hipótesis:

Caso 2 *C despoja violentamente a A, que ha tenido la posesión irregular de la cosa por 7 años, sin poder agregar posesión anterior alguna.*

Caso 3 *Ante el despojo de C (véase Caso 2), A decide tomarse la justicia por su mano y, reuniendo a un grupo de amigos, recupera con violencia la cosa de manos de C.*

En el Caso 2, A no puede usar la acción reivindicatoria, porque no podrá producir prueba absoluta de su dominio; y no podrá usar la acción publiciana, porque no es poseedor regular. Pero las razones por las cuales no puede usar ninguna de estas dos acciones no tienen relación alguna con la detentación de C, no constituyen siquiera un principio de justificación de la detentación de C. Como la detentación de C es reconducible a su (reciente) violencia, su posesión no permite presumir propiedad alguna; pero al mismo tiempo el que fue violentamente despojado perdió la cosa sin cobertura de juridicidad alguna, por lo que restablecerlo con el solo mérito de la prueba del despojo violento es ratificar el derecho. Y de ese modo se da fácil acceso a la protección a todos los dueños que poseen ante el despojo violento, sin cargarlos con la necesidad de probar su dominio, lo que A no podía hacer y que en las circunstancias sería innecesario. Al igual que en el caso anterior lo protegido es la propiedad, pero exigir prueba de la propiedad sería desproporcionado. Aquí la posibilidad de desborde es mucho mayor que en el caso anterior, lo que queda ejemplificado en el Caso 3. Ahora el dueño

⁴⁴ Sobre esta discusión, véase ALESSANDRI et al. (1998), pp. 357-359; y BARCIA (2008), p. 48.

⁴⁵ JHERING (1926), p. 92.

⁴⁶ JHERING (1926), p. 92.

se ha tomado la justicia por su mano, y en consecuencia C, que tenía la cosa porque en un primer momento (en el Caso 2) había despojado violentamente al dueño, tiene una acción contra el propio dueño para obtener la restitución de la cosa. Como observaba Jhering en el pasaje ya citado, el mismo servicio que la querrela de restablecimiento presta al propietario que posee de protegerle sin dificultades contra los ataques extraños, lo presta al *no propietario* que posee⁴⁷.

3.3. Dos criterios para ordenar la reconstrucción racional del sistema

La racionalidad del sistema de acciones, entonces, supone adecuar proporcionadamente las exigencias para facilitar la protección y evitar el desborde. Eso se logra mediante dos criterios que estudiaremos a continuación.

3.3.1. La distinción entre la dimensión dinámica y estática del dominio y las acciones reales

El régimen de las cosas tiene una dimensión estática, porque bajo él los individuos tienen determinados derechos respecto de las cosas. Pero esos derechos no permanecen sin variación, porque el mismo régimen de las cosas tiene una dimensión dinámica: los derechos sobre las cosas pueden nacer, extinguirse o ser transferidos.

En la perspectiva estática la pregunta central es qué derechos tiene quién sobre qué cosas; en la dinámica, es por la licitud de los modos en que los que tienen las cosas se hicieron con ellas. Esta distinción estructura el sistema de acciones reales: las acciones reales pueden descansar en una u otra perspectiva.

Esto, por cierto, no supone ni implica que ambas dimensiones no tienen relaciones entre sí. Es precisamente al contrario: como hay relaciones entre ambas, es posible obtener de una dimensión conclusiones para la otra. Y aquí se hace relevante que en materia de acciones (es decir: en juicio, para el juez) la pregunta no es nunca quien es dueño, si A o B; la pregunta es siempre si A debe ser preferido a B.

Esta pregunta puede ser respondida desde la óptica estática: A debe ser preferido a B porque el derecho de A debe ser preferido al derecho de B. Pero es posible responderla desde la óptica dinámica solamente: en el caso más obvio, si B despojó violentamente a A, A debe ser preferido, sin necesidad de preguntarnos si A tiene derecho sobre la cosa. Esto permite ordenar las acciones reales, según si suponen un derecho del actor sobre la cosa (reivindicatoria, publiciana, del art. 915) o que el actor alega que el modo en que el demandado se ha hecho de la cosa muestra que debe entonces restituir (los interdictos posesorios). En este caso lo que importa no es si el demandante tiene o no un derecho sobre la cosa (por eso la prohibición del art. 923), sino solo la calificación jurídica del modo en que el control de la cosa se desplazó de uno a otro.

3.3.2. La prueba absoluta o relativa del dominio

La distinción anterior nos permite agrupar a un lado las tres primeras acciones enumeradas más arriba (reivindicatoria, publiciana y del art. 915), que son acciones que miran a la dimensión estática del régimen de las cosas y al otro lado los interdictos posesorios, que miran a la dimensión dinámica del régimen de las cosas. Pero esto es solo el primer paso. Al atender a la caracterización de las acciones que miran al aspecto estático del dominio podemos observar que, dadas las características de la situación en la que cada una de ellas procede, la exigencia (“estática”) de que el actor pruebe su derecho significa cosas distintas.

Caso 4 A es poseedor inscrito del predio P. Su inscripción data de 1965. Pero la cosa es detentada por B, que adquirió de C, que en 2014 había inscrito el mismo predio conforme al

⁴⁷ Una breve reseña sobre las fuentes históricas que dieron origen a las acciones posesorias en AMUNÁTEGUI (2013), pp. 7 y ss.

procedimiento creado por el DL 2695 de 1979, de regularización de la posesión de la pequeña propiedad raíz.

En el Caso 4 A y B tienen pretensiones de dominio *independientes e incompatibles entre sí*. Es decir, B tiene una cosa pacíficamente y la detenta como dueño. Pero A también reclama ser el dueño de la cosa. Entre A y B no hay relación alguna ni vínculo, salvo el hecho de que ambos reclaman ser dueños de la misma cosa. Que las pretensiones de dominio sean independientes entre sí quiere decir que ninguna puede ser reconducida a la otra⁴⁸. Para recuperar su cosa, entonces, A deberá acreditar ante el juez que el dueño de la cosa es él. Para eso necesitará utilizar la acción reivindicatoria.

El hecho de que las pretensiones de dominio sean independientes implica dos cosas: primero, que en principio la que se da por probada es la de quien posee la cosa, porque la posesión permite presumir la propiedad (art. 700 inc. 2º); segundo, que el que se dice dueño y no tiene la posesión deberá probar su dominio absolutamente, es decir, deberá probar que, con independencia de las pretensiones de B, él es el dueño de la cosa. En lo sucesivo, esto será descrito diciendo que A debe producir *prueba absoluta* de su derecho de propiedad.

Entonces, si A se dirige contra B, la prueba que deberá rendir es que (A) él era dueño en virtud de su inscripción de 1965, y que (B) la inscripción regularizatoria de C no fue suficiente para afectar su dominio. Para esto último podrá alegar, como en algunos casos los tribunales han declarado, que la inscripción regularizatoria fue obtenida con fraude o es inválida, que el DL Nº 2695 de 1979 es inaplicable por inconstitucionalidad, etc⁴⁹. O, si han transcurrido menos de dos años de la inscripción regularizatoria, que a pesar de ella C sigue siendo dueño (arts. 15 y 26 DL Nº 2695 de 1979).

Lo importante a ser notado respecto del Caso 4 es que se trata de una controversia sobre cuál de dos pretensiones de dominio independientes entre sí es correcta. Esto implica declarar que A es dueño y que en consecuencia C no es dueño, o lo contrario. En estas circunstancias, no es desproporcionado que la ley exija al demandante probar positivamente su dominio. Aunque esta carga es pesada, exigirla no es desproporcionado porque ella se justifica para poder decidir correctamente la controversia.

Caso 5 A vende y transfiere, por inscripción en el Conservador, un predio a D en 2013. Luego D vende y enajena el predio a E en 2014. En 2015, cuando C ya había obtenido una inscripción regularizatoria sin saberlo A (véase el Caso 4), A obtiene la resolución del contrato que celebró con D en 2014 por no haber pagado D el precio (en el título quedó constancia de que el precio no había sido pagado en su totalidad).

La exigencia de producir prueba absoluta de su derecho, que caracteriza a la acción reivindicatoria, es la exigencia máxima, la más difícil de satisfacer; consideraciones de proporcionalidad implican, entonces, que ella solo sea condición de la protección cuando no haya exigencias más débiles que puedan dar debida cuenta de la controversia. De lo dicho más arriba se sigue que esa exigencia es proporcionada cuando se enfrentan dos pretensiones de dominio incompatibles e independientes entre sí. Cuando las dos pretensiones no son independientes entre sí, porque ellas pueden relativizarse una a la otra, entonces es posible acceder a la pretensión sin que para eso sea condición probar positivamente el dominio.

Eso es lo que ocurre en el Caso 5 (que, como puede observarse, comparte algunas características fundamentales con el Caso 1). En efecto, la resolución judicialmente declarada, cuando la condición constaba en el título respectivo, pasa contra terceros (art. 1491), por lo que es claro que A, el primer vendedor, tiene contra E, adquirente de D, la acción reivindicatoria.

⁴⁸ Sobre esto, véase ATRIA (2017a).

⁴⁹ Así, por ejemplo, en un caso en que la inscripción obtenida mediante el procedimiento del DL Nº 2695, de 1979, fue declarada sin efecto por no cumplir los requisitos legales, se estableció que la posesión a que daba lugar tal inscripción no afectaba el dominio del anterior dueño por no provenir de justo título, por lo que había que cancelarla y dar lugar a la acción reivindicatoria interpuesta por el dueño (Corte Suprema, Rol Nº 10447-2017, de 23 de mayo de 2017); efectos similares tuvo la declaración de inaplicabilidad de los arts. 15 y 16 del DL Nº 2695, de 1979 a un caso concreto, pese a la constitucionalidad en abstracto del procedimiento establecido en el mismo decreto (Tribunal Constitucional, Rol Nº 707-2007, 25 de octubre de 2007); sobre los efectos generales de una inscripción posesoria del DL Nº 2695, de 1979 obtenida dolosamente o mediante engaño, Corte Suprema, Rol Nº 76345-2016, de 25 de abril de 2017.

Pero su prueba absoluta de dominio se verá al menos dificultada (o incluso impedida, dependiendo del modo en que se solucione el Caso 4) por el hecho de que ahora C es poseedor inscrito. A invocará en contra de E su inscripción de 1965 y la resolución judicialmente declarada. ¿Podría E defenderse alegando que A no es dueño porque C lo es, conforme al artículo 15 del DL 2695 de 1979?

Si la acción ejercida por A fuera la acción reivindicatoria, no cabe duda de que esas alegaciones de E serían perfectamente pertinentes. En efecto, en la acción reivindicatoria el demandante debe probar no solo la posesión del demandado, sino su propio dominio, porque la acción solo la tiene el dueño. Pero a diferencia del Caso 4, en el Caso 5 la pretensión de E no es independiente de la pretensión de A, porque E reclama ser dueño porque su tradente D era (reclamaba ser) dueño, y D era dueño porque su propio tradente A era (reclamaba ser) dueño. Por consiguiente la pretensión de E está en una posición relativa a la de A (es decir: está en la misma línea posesoria o, declarada que sea la resolución, en una inferior), formada por los dos contratos, el contrato de A con D y el contrato de D con E⁵⁰. Al resolverse el primero, y sin necesidad de pronunciarse sobre el derecho de A, es posible decir: A tiene mejor derecho que E a la cosa⁵¹.

En el Caso 5, entonces, la exigencia de prueba absoluta del derecho que caracteriza a la acción reivindicatoria no es necesaria, porque es posible solucionar la controversia entre A y E sin pronunciarse sobre si A es positivamente dueño de la cosa: basta determinar que tiene mejor derecho que E. Por consiguiente, obligarlo a producir prueba absoluta de su derecho sería desproporcionado: sería formular una exigencia más elevada de lo que es necesario, y eso significaría desprotección innecesaria.

Cuando se enfrentan dos pretensiones de dominio que son relativas una a la otra, es posible usar la acción publiciana. Es lo que hará A en el Caso 5: alegará que él era el poseedor regular de la cosa, como lo prueba su inscripción de 1965, y que su derecho es mejor que el de E. Para probar lo primero basta la inscripción, y para probar lo segundo basta mostrar que la pretensión de E está unida a la de A por una cadena de contratos que, al declararse la resolución de la primera compraventa, ha quedado cortada. La cuestión de si en el Caso 4 A perdería o no con C es aquí irrelevante, porque no afecta la posición relativa de A frente a E.

Caso 6 B, que en 2015 adquirió la cosa de C (véase Caso 4), arrienda la cosa a G en 2016. El contrato de arrendamiento termina al fin de ese año. G no restituye la cosa y B no la reclama, hasta 2022 en que quiere recuperarla.

B ya no tiene contra G la acción del arriendo, que ha prescrito (art. 2515). ¿Puede usar una acción real? Si usa la acción reivindicatoria deberá probar su dominio. Pero el dominio de B depende, como antes, del modo en que se solucione el Caso 4. Ahora bien, por las mismas razones que en el Caso 5, la controversia entre A y B es indiferente aquí, porque no es necesario decidirla para determinar que entre B y G es B el que debe ser preferido: si G tiene la cosa es porque la recibió de manos de B bajo un título de mera tenencia que ya se ha extinguido, y entonces no es una detentación que pueda oponer a B.

En el Caso 6 la acción reivindicatoria tiene un inconveniente adicional, que afecta también a la acción publiciana. No cabe duda de que B tiene mejor derecho que G. Pero la acción publiciana supone reconocer la existencia de una controversia sobre el dominio, y eso es lo que a B en el caso no le interesa hacer. B, como antiguo arrendador, alega que G, antiguo arrendatario, no tiene una pretensión de dominio digna de ser reconocida, porque es mero tenedor (art. 714). Es decir, B no necesita, y tampoco va en su interés, reconocer la posesión de G. La situación en la cual se encuentra G es la misma que la regulada por la regla tercera del artículo 2510. En efecto, se trata de las consecuencias de que quien haya recibido la cosa bajo un título de mera tenencia se dé por dueño de la cosa y comience a actuar y ser reconocido como dueño (actuar y ser reconocido como dueño es el sentido de las dos condiciones de la regla tercera del art. 2510). Conforme al artículo 2510, una vez que hayan transcurrido 10 años

⁵⁰ Para una discusión detallada del concepto de "línea posesoria", véase ATRIA (2017a), p. 189.

⁵¹ El Caso 5 muestra que es posible que una parte tenga mejor derecho que otra incluso cuando ninguna de ellas tiene derecho (!).

el antiguo mero tenedor devenido poseedor se hará dueño de la cosa. Pero antes de eso será solo un injusto retenedor (por eso B en el Caso 6 no tiene interés alguno en reconocer su posesión), y estará al alcance de la acción del artículo 915. Por eso en este caso la idea genérica de “mejor derecho” que caracteriza a la acción publiciana adquiere un contenido especialmente preciso: G se hizo con el *corpus* en tanto mero tenedor de B. Si B puede probar eso, que el título bajo el cual G recibió la cosa lo obligaba a restituírsela y que al no hacerlo G retuvo indebidamente la cosa, no necesita probar nada más. Para eso cuenta precisamente con la acción del artículo 915.

3.4. La diversificación del sistema de acciones reales para evitar la desproporcionalidad

Generalizando, es posible observar cómo el sistema de acciones reales pretende maximizar su cobertura satisfaciendo al mismo tiempo un criterio de proporcionalidad, que implica que la protección debe estar disponible para quien la requiera sujeta a las exigencias más fáciles de satisfacer que al mismo tiempo sean suficientes para decidir correctamente la controversia, disminuyendo el desborde. Una acción, como la reivindicatoria, que exige prueba absoluta del dominio (y por eso evita el desborde: solo protege al que busca proteger) será en muchos casos desproporcionada, porque su ejercicio exitoso exige satisfacer condiciones que en muchos casos van más allá de lo necesario para decidir correctamente la controversia. La desproporción implica desprotección innecesaria. Esto deja una enseñanza de extraordinaria importancia: la manera más inmediata y más completa de proteger (proteger un derecho mediante una acción que exija prueba de ese mismo derecho) crea normalmente espacios de desprotección, que pueden ser más o menos considerables.

Para evitar esta paradójica consecuencia, el régimen de las acciones reales se diversifica, y esa diversificación implica que las acciones reales no pueden ser caracterizadas como las que protegen inmediatamente los derechos reales. El sentido de esta diversificación es evitar la desproporcionalidad, de modo que quien requiera protección tenga a su disposición una acción que le permita acceder a la protección que necesita, *ni más ni menos*. No menos, porque eso implicaría obviamente desprotección, pero *tampoco más*, porque eso implicaría proteger a quien no debe ser protegido.

4. El sistema reconstruido sobre los dos criterios anteriores

Para reconstruir sobre la base de la lista que ya hemos identificado la racionalidad de la diversificación de las acciones reales podemos, entonces, atender a lo que cada acción exige acreditar como condición para su ejercicio efectivo. Esto nos guiará al momento de mostrar cómo el derecho evita la desproporcionalidad y nos indicará en cada caso cuál es la situación en la que la acción relevante procede y cuáles son sus condiciones de interposición.

La estructura supone la aplicación ordenada de los dos criterios que hemos formulado: primero, las acciones se distinguen según si atienden al aspecto estático o al aspecto dinámico del régimen de las cosas; las primeras descansan en la prueba del derecho del actor, las segundas en la sola ilicitud jurídica del desplazamiento.

Luego, las acciones que miran al aspecto estático del dominio pueden ordenarse según si exigen prueba (absoluta) del dominio o prueba (relativa) de mejor derecho. Esta doble clasificación ordena las acciones del siguiente modo:

a. Acciones que miran al aspecto estático del régimen de las cosas

1. *Acciones que descansan en la prueba absoluta del derecho.* Suponen una controversia entre dos pretensiones de dominio incompatibles e independientes entre sí. Prueba “absoluta” quiere aquí decir: prueba positiva de que el actor ha satisfecho en concreto las condiciones

legales para ser reconocido como titular del derecho. Estas acciones suponen un juicio en el que la existencia o titularidad del derecho real es la cuestión principal controvertida. El ejemplo obvio es el de la acción reivindicatoria. Procede como recurso de última instancia. Siempre será preferible para el dueño utilizar una de las demás acciones, si es suficiente para acceder a la protección que requiere.

2. *Acciones que descansan en la prueba relativa del derecho.* Suponen una controversia entre pretensiones que pueden relativizarse una a la otra. “Prueba relativa” significa que lo que se prueba no es la existencia o la titularidad del derecho respectivo, sino que el actor tiene mejor derecho que el demandado a la cosa. El caso paradigmático es el de la acción publiciana. La acción del art. 915 corresponde también a esta categoría⁵².

b. Acciones que miran al aspecto dinámico del régimen de las cosas

3. *Acciones que descansan en la calificación jurídica del movimiento de la cosa de A a B.* Estas acciones no exigen prueba ni absoluta ni relativa de derecho alguno sobre la cosa, porque no suponen prueba de derecho sobre la cosa. Son acciones que miran únicamente a la dimensión dinámica de la propiedad. Descansan solamente en la calificación del desplazamiento, es decir, del modo en que se produjo el desplazamiento de la cosa de la esfera de control de uno a la de otro. El paradigma de acción de este tipo es el interdicto de restablecimiento, que requiere solamente probar que el demandado despojó violentamente al demandante. Nada más es necesario. Los interdictos posesorios en general responden a esta descripción⁵³.

c. Integrante honorario del sistema de acciones

4. *La acción de precario.* Esta acción no forma parte del sistema de acciones reales en el plan del Código, pero hoy no puede ser ignorada. Ella ha sido la solución al problema que la posesión inscrita crea en el sistema de acciones, cuya discusión corresponde a la parte especial⁵⁴).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELIUK, RENÉ (1971): *Las Obligaciones y sus Principales Fuentes en el Derecho Civil Chileno* (Santiago, López-Viancos).

ALESSANDRI, ARTURO (1940): *De los bienes: Versiones taquigraficas tomadas en la clase de derecho civil por León Gaete* (Santiago, Zamorano y Caperan).

ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL Y VODANOVIC, ANTONIO (1941): *Curso De Derecho Civil* (Santiago, Nascimento).

ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL Y VODANOVIC, ANTONIO (1998): *Tratado de los Derechos Reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

AMUNÁTEGUI, CARLOS (2013): “¿Algo huele mal en Freirina? Los interdictos posesorios especiales como acciones de protección medioambiental”, en *VV.AA., Estudios de Derecho Civil VIII* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 5-16.

ATRIA, FERNANDO (2016): *La Forma del Derecho* (Madrid, Marcial Pons).

ATRIA, FERNANDO (2017a): “El sistema de acciones reales, parte especial: acción reivindicatoria, publiciana y del art. 915”, en: *Ius et Praxis* (Vol. 23, Nº 2), pp. 147-212.

⁵² En particular: ATRIA (2017a).

⁵³ En particular: ATRIA (2017d).

⁵⁴ En particular: ATRIA (2017b).

- ATRIA, FERNANDO (2017b): “El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral* (Vol. 30, Nº 2), pp. 57-856.
- ATRIA, FERNANDO (2017c): “Sobre el título en la posesión, las cosas al parecer perdidas y la ocupación”, en: Adrián Schopf y Juan Carlos Marín (Eds.), *Libro homenaje a Enrique Barros. Lo público y lo privado en el derecho* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 865-906.
- ATRIA, FERNANDO (2017d): “El sistema de acciones reales, parte especial. Los interdictos posesorios”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Vol. 30), pp. 9-54.
- BARCIA, RODRIGO (2008): *Lecciones de Derecho Civil Chileno. De los bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARRIENTOS, JAVIER (2014): *Código Civil, edición concordada con observaciones históricas, críticas, dogmáticas y jurisprudenciales* (Santiago, Thomson Reuters)
- CARNELUTTI, FRANCESCO (1960): *Instuciones del Proceso Civil* (Buenos Aires, EJEA), volumen I.
- CASARINO, MARIO (2005): *Manual de Derecho Procesal (Derecho procesal civil)*, 6ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), volumen III.
- CLARO SOLAR, LUIS (1979): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), volumen 3.6.
- HALABÍ, FUAD Y SAFFIRIO, CARLOS (1996): *La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia* (Santiago, ConoSur).
- HOYOS, FRANCISCO (1987): *Temas Fundamentales de Derecho Procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- JHERING, RUDOLF VON (1926): *El Fundamento de la Protección Posesoría* (Madrid, Editorial Reus).
- JOLOWICZ, H. F. (1957): *Roman Foundations of Modern Law* (Oxford, Clarendon Press).
- LARROUCAU, JORGE Y ROSTIÓ, IGNACIO (2015): “Del juicio de precario”, en: Rodrigo Barcia (Ed.), *Derechos Reales* (Santiago, Legal Publihsing), pp. 37-105.
- LATHROP, FABIOLA (2011): “Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el derecho chileno”, en: *Ius et Praxis* (Vol. 17, Nº 2), pp. 3-24.
- LÓPEZ, JORGE (1986): *Los Contratos (parte general)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- LÓPEZ, JORGE (2004): “Obligaciones y contratos”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* (Vol. 1), pp. 57-84
- PEÑAILILLO, DANIEL (2006): *Los Bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- PEÑAILILLO, DANIEL (2017): “Derecho real y derecho personal. La frontera difusa”, en: Adrián Schopf y Juan Carlos Marín (Eds.), *Libro homenaje a Enrique Barros. Lo público y lo privado en el derecho* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 907-934.
- PÉREZ, MARÍA FRANCISCA (2014): “La protección del dueño ante quien retiene indebidamente un bien: análisis jurisprudencial del artículo 915 del código de bello”, en: *Revista de derecho (Coquimbo)* (Vol. 21, Nº 1), pp. 387-421
- PUCHTA, GEORG FRIEDRICH (1881): *Cursus der Institutionem* (Leipzig, Arkose Press).
- ROMERO, ALEJANDRO (2006): *Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), volumen I.
- ROSTIÓ, IGNACIO (2013): *El Precario en la Jurisprudencia Chilena* (Santiago, Legal Publishing)
- ROZAS, FERNANDO (1998): *Los Bienes* (Santiago, Conosur).
- SAMUEL, GEOFFREY (2001): *Law of Obligations and Legal Remedies* (London, Taylor & Francis).

TRUCCO, HUMBERTO (1910): “Teoría de la posesión inscrita dentro del código civil chileno”, en: Revista de Derecho y Jurisprudencia (Vol. 6), pp. 131-155

VERGARA, SOFÍA (1991): El Comodato Precario y el Simple Precario ante el Derecho y la Jurisprudencia (Santiago, Conosur).

ZIMMERMANN, REINHARD (1990): Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition (Cape Town, Juta).

JURISPRUDENCIA CITADA

AGRÍCOLA SANTA XIMENA CON CLUB DEPORTIVO LOS HALCONES (2017): Corte Suprema 23 de mayo de 2017 (acción reivindicatoria), Rol N° 10447-2017, en: poderjudicial.cl.

IRIS DE LAS MERCEDES RAMÍREZ NUÑEZ CON MARÍA ROJAS NUÑEZ (2017): Corte Suprema 25 de abril de 2017 (acción penal), Rol N° 76345, en: poderjudicial.cl.

FORESTAL MININCO S.A. CON LUIS MÉNDEZ FAÚNDEZ (2007): Tribunal Constitucional 25 de octubre de 2007 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 707-2007, en: tribunalconstitucional.cl.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto con fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Justicia, Código Civil. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

Decreto ley 2695, que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz. Diario Oficial, 21 de Julio de 1979.