

Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



"Las Acciones Posesorias"

Carlos Hidalgo Muñoz

Tesis para optar al Grado
de Magíster en Derecho.

Concepción

2014



Esta tesis ha sido elaborada con la dirección
del Profesor Don Daniel Peñailillo Arévalo.

Índice

Abreviaturas	6
Introducción	8
PRIMERA PARTE: PROPOSICIONES GENERALES	
A.- CONCEPTO	10
B.- FUNDAMENTO	13
1.- La protección posesoria según Savigny	13
2.- La protección posesoria según Jhering	14
3.- Doctrina del Código Civil chileno	21
C.- UTILIDAD	24
D.- ANTECEDENTE HISTÓRICO	26
1.- Derecho Romano	26
2.- Derecho Canónico	39
3.- Derecho Francés	42
4.- Derecho Español	43
5.- Proyecto de Código Civil de Andrés Bello	45
E.- FUENTE	48
F.- NATURALEZA	50
SEGUNDA PARTE: LA REGULACIÓN COMÚN	
A.- INTRODUCCIÓN.....	51
B.- CARACTERÍSTICAS.....	52
C.- LOS REQUISITOS.....	53

1.- SER POSEEDOR.....	53
a.- Condiciones que debe reunir la posesión.....	56
1.- Posesión de un año.....	57
2.- Posesión tranquila.....	63
3.- Posesión no interrumpida.....	65
b.- Adhesión de posesiones.....	67
c.- Otras calidades distintas al Poseedor.....	69
1.- Los meros tenedores.....	69
2.- El usufructuario, el usuario y el habitador.....	72
3.- Los Comuneros.....	74
4.- Los herederos del poseedor.....	77
d.- Actos de mera facultad y mera tolerancia.....	78
e.- Prueba de la posesión.....	78
2.- QUE LA COSA SEA SUSCEPTIBLE DE ACCIÓN POSESORIA.....	87
a.- Situación de los bienes muebles.....	88
b.- Inmuebles por naturaleza, por adherencia y destinación.....	96
c.- Servidumbres inaparentes y discontinuas.....	99
d.- El derecho real de herencia.....	101
e.- Bienes nacionales de uso público.....	101
f.- Concesiones de uso en los bienes públicos.....	103
3.- EXISTENCIA DE HECHOS PERTURBATORIOS DE LA POSESIÓN.....	104
a.- Legitimados pasivos.....	105
1.- El autor de los actos de turbación o despojo.....	105
2.- Mero tenedor.....	106
3.- Herederos del turbador o usurpador.....	107
4.- Actual poseedor que ha adquirido la cosa directamente del turbador.....	107
5.- Autoridades administrativas.....	108
6.- Resoluciones judiciales.....	112
7.- Acciones posesorias entre comuneros.....	113

b.- Plazo en que deben interponerse los interdictos posesorios.....	117
1.- Acciones que tiene por objeto conservar la posesión.....	118
a.- Hecho aislado, único y definitivo.....	118
b.- Diversos hechos sucesivos o repetidos.....	118
2.- Acciones que tiene por objeto recuperar la posesión arrebatada al poseedor.....	119
c.- Prescripción o caducidad del plazo para impetrar las acciones posesorias.....	122
d.- La cosa juzgada.....	127
e.- Citación de evicción.....	129

TERCERA PARTE: LAS ACCIONES POSESORIAS EN PARTICULAR

A.- QUERRELLA DE AMPARO Y QUERRELLA DE RESTITUCIÓN.....	131
1.- Concepto.....	131
2.- Objeto.....	132
3.- Efecto perseguido.....	134
4.- Sujeto pasivo.....	134
5.- Contenido formal en la presentación de una querrella de amparo y de restitución.....	135
6.- Requisitos de procedencia.....	135
7.- La indemnización de perjuicios como Pretensión del querellante de amparo y restitución.....	143
B.- QUERRELLA DE RESTABLECIMIENTO.....	146
1.- Concepto.....	146
2.- Naturaleza jurídica.....	146
3.- Objeto.....	147
4.- Legitimación activa.....	148
5.- Requisitos de procedencia.....	149
6.- Indemnización de perjuicios.....	153
7.- Plazo de prescripción.....	154
8.- Legitimación pasiva.....	157
9.- Cosa juzgada.....	158

C.- EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA DE DEFENSA POSESORIA.....	158
D.- EL DELITO DE USURPACIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS ACCIONES POSESORIAS.....	162
E.- LAS ACCIONES POSESORIAS COMO VÍA DE DEFENSA FRENTE A LAS INMISIONES.....	164
F.- OTROS INTERDICTOS ESPECIALES.....	171
Conclusiones.....	172
Bibliografía.....	175



Abreviaturas

art., arts.	artículo, artículos
CC.	Código Civil
cons.	Considerando
CP.	Código Penal
CPC.	Código de Procedimiento Civil
COT.	Código Orgánico de Tribunales
C. Pol.	Constitución Política
D.	Derecho
DFL.	Decreto con Fuerza de Ley
DL.	Decreto Ley
D.O.	Diario Oficial
DS.	Decreto Supremo
edic.	edición
Edit.	Editorial
Excma.	Excelentísima
F. del M.	Revista Fallos del Mes
G.T.	Gaceta de los Tribunales
Iltma.	Ilustrísima
inc., incs.	inciso, incisos
ob. cit.	obra citada
p., pp	página, páginas
RDJ.	Revista de Derecho y Jurisprudencia
Regl.	Reglamento
Repert.	Repertorio
Rev.	Revista
secc.	Sección
sem.	Semestre

sent.	Sentencia
sgts.	siguientes
T.	tomo
tít., títs.	título, títulos
trad.	traducción, traductor
Univ.	Universidad
v.	ver o véase
vol.	Volumen
Excma.	Excelentísima



Introducción

Westermann postula que, desde un punto de vista práctico, la protección posesoria es el aspecto más importante del propio derecho de la posesión. Descansa sobre la aspiración de no perturbar una situación de calma en la sociedad.

La importancia que las acciones posesorias revisten en las relaciones cotidianas, ha motivado su estudio desde antaño; basta recordar que desde el imperio romano fue necesaria su implementación, donde el pretor tuvo un notable cometido; y así, durante toda la historia, juristas han ido contribuyendo a su complementación.

Para intentar formular una teoría sobre las acciones posesorias, desarrollaremos este estudio en tres partes.

La primera, estará destinada a proponer un concepto de acción posesoria y analizar el fundamento de la protección posesoria; exponer sus orígenes históricos; describir la fuente de estos interdictos dentro de nuestra legislación y la naturaleza jurídica atribuible a tal figura.

En la segunda parte de nuestro trabajo, relativo a la regulación común de las acciones posesorias, estudiaremos las características y requisitos para su procedencia.

Por último, en la tercera parte nos avocaremos a las acciones posesorias en particular, conceptualizándolas, caracterizándolas y determinando sus requisitos particulares a la luz de la regulación, doctrina y jurisprudencia nacionales, considerando la experiencia del derecho comparado.

Por último, el lector encontrará un análisis a la teoría de las inmisiones, institución poco desarrollada legislativamente y no estudiada mayormente por nuestra doctrina. Se buscará formular un concepto y proponer una solución ante la falta de una reglamentación específica sobre la materia.

Se ha intentado realizar un trabajo práctico, buscando caracterizar críticamente a las acciones posesorias conforme a la legislación chilena vigente, detectar los problemas que presenta nuestra regulación y ofrecer soluciones a alguno de los principales problemas detectados, apoyándonos para ello en la doctrina nacional y extranjera, jurisprudencia de nuestros tribunales y soluciones ofrecidas en el derecho comparado.

Por último, se debe advertir que este trabajo no tiene por objeto el estudio de las acciones posesorias especiales, como la denuncia de obra nueva, denuncia de obra ruinoso y demás figuras posesorias especiales contempladas en los artículos 930 y 950 del Código Civil y 565 a 583 del Código de Procedimiento Civil.

Carlos Hidalgo Muñoz.

LAS ACCIONES POSESORIAS

PRIMERA PARTE: PROPOSICIONES GENERALES

A.- CONCEPTO

“Las acciones posesorias son remedios o defensas concedidas al poseedor, tendientes a proteger la posesión, ya sea ante actos de verdadero desapoderamiento o de mera turbación de aquella”.¹ Maynz las define como “aquellas que tienen por fundamento la posesión y por fin protegerla”.² Queriendo significar con ello, que, las acciones posesorias nacen del sólo hecho de la posesión, considerada en sí misma, como institución distinta e independiente de la propiedad, y su fin es protegerla.³

Según Castan, las acciones posesorias protegen el simple hecho de la posesión, amparando al poseedor contra cualquier perturbador, pero sin recabar una declaración acerca del derecho a la posesión.⁴

El Código Civil chileno, en el artículo 916, da una definición funcional, señalando que “tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos”, por lo

¹ Gabás, Alberto: “Juicios Posesorios”. Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 63.

² Maynz, Carlos: “Curso de Derecho Romano”. Edit. Jaime Molinas, Editor, 2ª edic. Barcelona, 1892, T. II, p.708.

³ En este sentido, Salvat, Raymundo: “Tratado de Derecho Civil Argentino”. Edit. Tipográfica Editora Argentina S.A, Buenos Aires, 1961, T. I, p. 291.

⁴ Castan Tobeñas, José: “Derecho Civil Español Común y Foral”. Edit. Reus S.A. 12ª edic. Madrid, 1982, T. II, V. I, p. 622.

que en su concepto son típicos procesos en que la contienda versa sobre la posesión de bienes raíces o derechos reales en ellos constituidos.⁵

En nuestro concepto, las acciones posesorias son los medios establecidos por la ley para activar el órgano jurisdiccional y obtener de la autoridad competente un reconocimiento de la posesión, con el fin de mantener al poseedor libre de toda turbación o de restituirlo en la misma, si ha sido despojado, independientemente del derecho de poseer.⁶

A las acciones posesorias, suele llamársele también interdictos, y esto es así, por la denominación que el Código de Procedimiento Civil da a los juicios posesorios. Este código, al tratar estas figuras en sus artículos 549 y siguientes, lo hace bajo el epígrafe "de los interdictos", pero dicha denominación es empleada para designar el proceso en que se debate el hecho de la posesión, que es un procedimiento breve y sumario.⁷⁻⁸

El concepto de interdicto, no es más que una imitación de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que adoptó la nomenclatura romana, no

⁵ Este concepto contenido en el Código Civil, no se condice con todas las acciones que se reglamentan bajo dicho título, ya que, como se verá más adelante, la de restablecimiento, prevista en el artículo 928 del Código Civil, protege aún al mero tenedor; de ahí que se discuta su naturaleza de acción posesoria.

⁶ Al igual que el Código Civil argentino, el nuestro, emplea la palabra acción tomándola en un sentido sustancial, que presupone la existencia del derecho, partiendo de la base de que quien tiene el derecho tendrá la acción. En este sentido, Musto, Néstor: "Derechos Reales". Edit Astrea, Buenos Aires, 2007, T. I, p. 287.

⁷ Para más antecedentes v. Casarino Viterbo, Mario: "Manual de Derecho Procesal". Edit. Jurídica de Chile, 5ª edic. Santiago, 2005, T. VI, p. 11.

⁸ Si bien en nuestro sistema jurídico, acciones posesorias o interdicto posesorio son tratados como conceptos análogos, ello no constituye una regla en derecho comparado. En el sistema argentino, por ejemplo, se da un significado diverso, distinguiendo entre la acción posesoria propiamente dicha, disponible sólo para el poseedor calificado; y, acción policial, innominada o interdicto, disponible para todo poseedor o tenedor aun vicioso, permitiendo con ambas figuras, acción posesoria e interdicto, recuperar o mantener la posesión (artículos 2469 2473, 2479, 2480, 2481, 2487 y 2490 del Código Civil argentino). Para más antecedentes v. Gabás, Alberto. Ob. cit. p.47 y sgts.

existiendo entre nuestro juicio posesorio y los interdictos romanos coincidencia ni en el procedimiento ni en su contenido.⁹ En efecto, *Interdictum* era originariamente una ordenanza por la cual el magistrado mandaba o prohibía hacer alguna cosa, *interdicit*. “Por extensión de su significado, este término sirvió para designar un procedimiento que, bajo ciertos respectos especiales, difería del procedimiento judicial ordinario”.¹⁰

En nuestro sistema, además, se utiliza la expresión “querella” para referirse a las acciones posesorias. El artículo 549 del Código de Procedimiento Civil, utilizó el concepto de “querella” para referirse a las acciones posesorias de amparo, restitución y restablecimiento. Al parecer, dicha expresión fue acuñada a la usanza francesa, donde la acción de querella equivalía a lo que llamaban acción de interdicto.¹¹ Esto tendría su explicación en la enorme influencia que tuvo el code y la doctrina francesa en la formación de los códigos del siglo XIX, entre ellos el nuestro.¹²

⁹ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio: “Tratados de los Derechos Reales”. Edit. Jurídica de Chile, 6ª edic. Santiago, 2005, T. II, p. 307.

¹⁰ Claro Solar, Luis: “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado”. Edit. Jurídica de Chile, Volumen IV. Santiago, 1992, p. 466.

¹¹ En el derecho francés, se daba al poseedor una acción que llamaban “querella”. Así, cuando el poseedor la intenta en virtud de hallarse perturbado en su posesión, se le llamaba “querella en caso de toma de posesión e innovación”. Cuando se intentaba a causa de haber sido despojado por violencia, se le denominaba “querella a viva fuerza o por despropiación” o “acción de reintegración”. El origen de esta expresión debiera buscarse en el derecho consuetudinario francés, donde muchas costumbres y órdenes se habían ocupado de esta acción. Así, por ejemplo, la orden de 1667 título 18, artículo 1, ya utilizaba la expresión querella. Posteriormente, en el *code*, a la querella se le denominó *complainte*, abarcando bajo este concepto a los interdictos *retinendae* y *recuperandae possessionis* del derecho romano. Para más antecedentes v. Pothier, Roberto: “Tratado de la Posesión y Prescripción”. Trad. Manuel Deó. Edit. Librería de Juan Llordachs, Barcelona, 1880, p. 253 y sgts.

¹² Entre las fuentes tenidas a la vista por el redactor del Código de Procedimiento Civil, se cuenta la Novísima Recopilación, Las siete Partidas, el Código Civil, entre otros ordenamientos jurídicos. Sin embargo revisadas que fueron, no se encontró antecedentes sobre la expresión “querella” utilizada por el artículo 549. Para más antecedentes v. Lira, José Bernardo: “Prontuario de Los Juicios o

Creemos que no resulta conveniente mantener esta denominación que efectúa el Código de Procedimiento Civil; aparece inadecuada frente al derecho sustantivo, a la historia de las acciones posesorias y al contexto internacional, que no utiliza tal concepto.

B.- FUNDAMENTO

Este punto tiene especial relevancia, por cuanto la protección posesoria debe ser considerada como el aspecto más importante del propio derecho a la posesión. En efecto, si bien la posesión es un hecho, de él derivan importantes consecuencias jurídicas, como la presunción de derecho del dominio. De ahí entonces, que los ordenamientos jurídicos amparen este hecho mediante las acciones posesorias.¹³

En cuanto al fundamento de la protección posesoria, se han vertidos variadas teorías, siendo las principales las sostenidas por Savigny y Jhering.

1.- LA PROTECCIÓN POSESORIA SEGÚN SAVIGNY

Para este tratadista, la posesión era un simple hecho acompañado de ciertas consecuencias legales y, al no ser más que un simple hecho, su existencia era independiente de todas las reglas que el derecho civil ha establecido para la adquisición y pérdida de los derechos. Agregaba que la adquisición o la pérdida de la posesión pueden resultar de la violencia

Tratado de Procedimientos Judiciales y Administrativos con Arreglo a la ley". Edit. Librería Central de Mariano Servat. 5ª edic. Santiago, 1895, p. 354 y sgts; Lazo, Santiago: "Los Códigos Chilenos Anotados. Código de Procedimiento Civil". Edit. Poblete Cruzat Hermanos, Santiago, 1918, p. 701 y sgts; Novísima Recopilación de las Leyes de España. Edit. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1992, Libro 11, P. 184 y sgts, y 300 y sgts.

¹³ En este sentido, Casarino Viterbo, Mario. Ob. cit. p. 11.

aunque aquella no sea un acto jurídico. ¹⁴ Surge, a partir de esta concepción, lo que se ha denominado teoría mixta, que postula que la posesión es al mismo tiempo un hecho y un derecho, por cuanto, siendo un hecho, produce efectos legales.¹⁵

Para Savigny, el fundamento de las acciones posesorias radica en la prohibición de la violencia injusta contra la persona; “buscaba el fundamento o la razón de ser de las acciones posesorias en la represión de la injuria, es decir, de todo ataque a la personalidad del poseedor”¹⁶. En efecto, este autor sostenía que la posesión se presentaba como un poder de hecho sobre una cosa, sin tener ningún carácter legal, incluso adquirido mediante la violencia, pero en ese estado es protegido contra ciertas violaciones. Más aun, explica, “este fundamento consiste en la unión de este estado puramente de hecho con la persona que posee y cuya inviolabilidad sirve al mismo tiempo para protegerla contra toda especie de violaciones que podrían también dirigirse contra la persona misma. La persona debe estar siempre al abrigo de toda violencia, y si esta se comete, siempre es una injusticia cuyas consecuencias pueden ser diversas”.¹⁷⁻¹⁸

2.- LA PROTECCIÓN POSESORIA SEGÚN JHERING

En oposición a la teoría de Savigny, se levanta el pensamiento de Jhering.

¹⁴ Para más antecedentes v. Savigny, Friedrich: “Tratado de la Posesión”. Edit. Comares, Granada, 2005, p. 16 y sgts.

¹⁵ En este sentido, Peñailillo Arévalo, Daniel: “Los Bienes”. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 329.

¹⁶ Claro Solar, Luis. Ob. cit., p. 465.

¹⁷ Savigny, Friedrich. Ob. cit. p. 25.

¹⁸ La concepción de Savigny se enmarca dentro de lo que se ha venido en denominar Teoría Relativa sobre el fundamento de la protección posesoria. Para mas antecedentes v. Díaz Parra, Absalón: “La Protección Posesoria de los bienes Muebles”. Memoria de prueba. Universidad de Chile, 1939, p.16.

Este autor clasificó las diversas teorías existentes al respecto en dos grandes grupos: Teorías Absolutas y Teorías Relativas.¹⁹ Esquema que sigue teniendo validez, porque las opiniones expuestas con posterioridad, han sido únicamente variantes de las analizadas por Jhering.²⁰

A.- TEORÍAS ABSOLUTAS

Conciben a la posesión considerándola en sí misma y por ella misma. La posesión no debe su importancia a consideraciones extrañas, sino que, por sí misma es por lo que pretende ser reconocida jurídicamente. Dentro de esta clasificación se distingue: la teoría de la voluntad y la teoría de Stahl.²¹

1.- TEORÍA DE LA VOLUNTAD

Según esta teoría, se protege a la posesión por ser ésta encarnación de la voluntad de quien posee.²² Esta teoría era sostenida por Gans, Puchta y Bruns.

Gans considera la detentación de la cosa como un acto de voluntad del sujeto. Si esta voluntad está en armonía con la ley, constituye propiedad; si por el contrario, sólo descansa es el ánimo del sujeto, se está frente a la posesión. Si la voluntad, en ambos casos, es reconocida y

¹⁹ Jhering, Rudolf: "Teoría de la Posesión". Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1892. p 2 y sgts.

²⁰ Además de la clasificación propuesta por Jhering, existe una planteada por el Marqués de Olivart. Este distingue entre teorías filosófico-positivas y teorías histórico-negativas. Para más antecedentes v. Castan Tobeñas, José. Ob. cit. p. 585.

²¹ Se ha postulado dentro de esta clasificación, la Teoría de la Personalidad, según la cual, la primera protección que reciben los derechos sobre las cosas se da históricamente en cuanto que son manifestación o proyección de la personalidad humana. Entre otros autores Windscheid y Ferrini. Más antecedentes v. Jordano Barea, Juan: "Una relección sobre la posesión", en Rev. Anuario de Derecho Civil (octubre-diciembre), Madrid, 1986, p. 1.044

²² Jordano Barea, Juan. Ob. cit. p. 1044.

protegida, es porque en si misma es un elemento sustancial que reclama protección. Sostiene que la voluntad particular de la persona, cuando se aplica a las cosas, es un derecho y debe ser tratada como tal.²³

Puchta, adoptando la idea de Gans, postula que “la voluntad de una persona jurídicamente capaz debe, hasta cierto punto, ser reconocida en derecho, aun antes de haberse afirmado como justa, precisamente porque es la voluntad de una persona jurídicamente capaz, y que en tal supuesto, es posible que sea justa”.²⁴ Según este autor, en la posesión se encuentra protegida la capacidad jurídica, siendo el derecho de la posesión una especie particular del derecho de la personalidad.

Bruns, hace un examen separado de los dos factores de la posesión: el poder físico y la voluntad. Señala que el poder físico, siendo un simple estado de hecho, no encierra fundamento de una protección jurídica. Respecto a la voluntad, que se realiza en la posesión, aun cuando en sí no constituya derecho alguno, debe ser protegida en razón de su naturaleza general. Expone que la posesión no es un derecho como la propiedad, sino un hecho; y este hecho es protegido contra la violencia, sólo porque es la manifestación positiva de la voluntad y en consideración a los derechos generales de la voluntad. Concluye este autor, que la protección posesoria permite la plena consagración jurídica de la personalidad y libertad de los hombres.²⁵

2.- TEORÍA DE STAHL

Para este autor, la posesión lleva en sí misma su importancia jurídica. Sostiene que conviene proteger la posesión, porque ésta sirve para satisfacer las necesidades humanas, destino universal que se le

²³ Para más antecedentes, Jhering, Rudolf: “Teoría de la Posesión”. Ob. cit. p. 36; Díaz Parra, Absalón. Ob. cit. p. 29; y, Musto, Néstor. Ob. cit. p. 281.

²⁴ Puchta, citado por Jhering, Rudolf. Ob. cit. p. 36 y sgts.

²⁵ Bruns, citado por Jhering, Rudolf. Ob. Cit. p. 37 y sgts.

asigna al patrimonio. Así, para este autor, el fundamento de la protección posesoria descansa sobre el aspecto económico que presenta para el comercio aun la simple detentación.²⁶

B.- TEORÍAS RELATIVAS

De acuerdo a estas teorías, la protección de la posesión no tiene su fundamento en la posesión misma sino en consideraciones, instituciones y preceptos jurídicos extraños a ella; no es protegida sino para dar a otros la plenitud de su derecho.²⁷ Dentro de esta clasificación se distingue:

1.- TEORÍA DE LA PROHIBICIÓN DE LA VIOLENCIA

Para Savigny y, posteriormente, Rudorff, la protección posesoria se explica por la idea que hay de evitar la violencia para conservar la paz jurídica o el orden público constituido. Savigny acentúa el motivo jurídico privado que asiste al poseedor, constituyendo la perturbación posesoria un delito contra el poseedor; por el contrario, Rudorff presta mas atención en el motivo jurídico público que asiste a la comunidad, siendo la perturbación a la posesión un atentado contra el orden público.²⁸

2.- TEORÍA DE THIBAUT

Conocida como teoría del vencimiento justificado. Este autor funda la tutela posesoria en el principio de que nadie puede vencer a otro sin motivos justificados y preponderantes para fundar su derecho.²⁹ Postula que un estado de cosas puramente de hecho, en sí, adquiere la más alta importancia, al punto de que todo aquel que ejerce de hecho un derecho,

²⁶ Para más antecedentes, Jhering, Rudolf. Ob. cit. p. 53 y sgts; Díaz Parra, Absalón. Ob. cit. p. 30; y, Musto, Néstor. Ob. cit. p. 281 y sgts.

²⁷ En este sentido, Jhering, Rudolf. Ob. cit. p. 2.

²⁸ Para más antecedentes v. Jhering, Rudolf. Ob. cit. p. 4. Sin perjuicio de lo ya dicho con ocasión del estudio de la teoría de Savigny.

²⁹ En este sentido, Jordano Barea, Juan. Ob. cit. p. 1.045.

debe ser mantenido en ese estado de hecho, mientras otro no demuestre tener un mejor derecho.³⁰

3.- TEORÍA DE LA PRERROGATIVA DE PROBIDAD

En Röder encuentra su máxima expresión. Este autor postula que hay que presumir que el poseedor es propietario o titular del derecho por imponerlo así la normal probidad de las personas; esto de acuerdo al principio de que todo hombre debe ser considerado probo, mientras no se demuestre lo contrario.³¹

4.- TEORÍA DE LA PROPIEDAD

Dentro de ésta se pueden distinguir las siguientes teorías.

a.- Propiedad probable

Esta teoría se traduce en que la posesión era semejante a un derecho, porque estaba basado en la presunción de la propiedad y que por este motivo existía el derecho de invocar acciones posesorias. Esta teoría fue incluso seguida por Savigny hasta la publicación de su quinta edición de su Tratado de la Posesión inclusive.³²

b.- Teoría de la propiedad en gestación

Esta teoría, propuesta también por Gans, se traduce en la máxima: Si la posesión puede conducir a la adquisición de la propiedad por prescripción, al defender la posesión se protege a esa propiedad posible.³³

³⁰ Para más antecedentes v. Jhering, Rudolf. Ob. cit. p. 26 y Musto, Néstor. Ob. cit. p. 277.

³¹ Para más antecedentes v. Jhering, Rudolf. Ob. cit. p. 28; Musto, Néstor. Ob. cit. p. 277; y, Jordano Barea, Juan. Ob. cit. p. 1.045 y sgts.

³² Para más antecedentes v. Savigny, Friedrich. Ob. cit. p. 26; y, Jhering, Rudolf. Ob. cit. p. 32 y sgts.

³³ Para más antecedentes, Jhering, Rudolf. Ob. cit. p. 34 y sgts; y, Jordano Barea, Juan. Ob. cit. p. 1.046.

c.- Teoría de la exteriorización o visibilidad de la propiedad

Esta teoría fue propuesta por el propio Jhering, donde la posesión es protegida por ser un complemento necesario de la propiedad.

Este autor sostuvo que la posesión es un derecho, un interés jurídicamente protegido; y la protección que la ley concede a la posesión es para completar y hacer efectiva la plena protección de la propiedad, ya que generalmente el poseedor es el propietario.³⁴ Expuso que si los derechos son los intereses jurídicamente protegidos, no puede haber duda de que es necesario reconocer el carácter de derecho a la posesión, por cuanto ésta constituye la condición de la utilización económica de la cosa, independientemente que este disfrute resulte posible para el derechohabiente o para el que no tiene derecho.³⁵

Así entonces, para Jhering, la posesión es la exteriorización de la propiedad, siendo su protección un complemento necesario de la protección del dominio. "Concebida así la posesión, acompaña siempre a la utilización económica de la propiedad y el propietario no tiene que temer que el derecho le abandone mientras use de la cosa de una manera conforme a su destino".³⁶

Postula Jhering que el derecho de propiedad se manifiesta por medio de la posesión, la que permite al propietario ejercer las facultades de goce y disposición, que constituyen su derecho sobre la cosa; presentándose aquella como la exteriorización del dominio, como el signo probable de la propiedad. Así, para mantener esta situación, que constituye una garantía de la propiedad, se han reconocido al poseedor las acciones posesorias, a

³⁴ En este sentido, Tapia Ramírez, Javier: "Derechos Reales". Edit. Porrúa, México DF, 2012, p. 377.

³⁵ Para más antecedentes v. Jhering, Rudolf: "Cuestiones Jurídicas". Edit. La España Moderna. Madrid, s/f, p. 115.

³⁶ Jhering, Rudolf: "Teoría de la Posesión". Ob. cit. p. 190.

fin de que sea respetada la posesión o se le restituya en ella, si hubiere sido despojado de ésta.³⁷

Al contrario de la teoría de Savigny, para Jhering la posesión no es protegida porque la violencia es prohibida, sino que la razón de ser de la protección posesoria debe buscarse en la posesión misma y no en el carácter ilícito o delictual de la turbación posesoria, que puede ser causada por actos que no revisten tal entidad. En efecto, de acuerdo a esta última teoría, el poseedor es protegido, no porque sea una persona y porque toda persona deba ser protegida contra los actos ilícitos o delictuales, sino porque es poseedor y, como tal, tiene más derecho que el que no posee; constituyendo así las acciones posesorias los medios defensivos de la propiedad, la que dejaría de existir, si el propietario, para protegerse en el goce de su derecho, debe cada vez probar su dominio. Para que la protección de la propiedad quede completamente asegurada, es necesario que su sola exterioridad, es decir, la posesión, esté respetada y protegida. De manera tal, que si la posesión no estuviera protegida, no constituiría más que una relación de hecho con la cosa; pero por la circunstancia de estar ella protegida, adquiere el carácter de relación jurídica, que es sinónimo de derecho.³⁸⁻³⁹ Esta teoría, tiene la ventaja de vincular a la posesión con propiedad.⁴⁰

En conclusión, para Jhering, la ley protege la posesión, no en consideración a ella misma, sino porque la posesión es la exteriorización de la propiedad; la protección de la posesión por medio de acciones especiales facilita la defensa de la propiedad, liberando al propietario de

³⁷ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 465.

³⁸ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 465 y Laquis, Manuel Antonio: "Derechos Reales". Edit. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, T I, p. 498.

³⁹ Se ha sostenido que las teorías de Savigny y de Jhering no son incompatibles, sino que por el contrario se complementan. v. García Valdecasas, Guillermo: "La Posesión". Edit. Comares, Madrid, 1987, p. 76.

⁴⁰ Salvat, Raymundo. Ob. cit. p. 314.

tener que rendir prueba de su derecho en cada caso, además lo normal es que la persona que posee una cosa sea su propietario o se encuentre autorizado por él.⁴¹

3.- DOCTRINA DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

En nuestra doctrina predomina la idea de que el Código Civil concibió a la posesión como un hecho. En efecto, la posesión se trataría de una situación de hecho, de la que surgen consecuencias jurídicas y a las que el derecho protege. Andrés Bello en esta materia consideró a Pothier, quien concebía a la posesión como un hecho.⁴²⁻⁴³

Siendo la posesión un hecho, se ha encontrado el fundamento de la protección posesoria en el mantenimiento de la paz jurídica y la prohibición de la arbitrariedad, siguiendo con ello la teoría de Savigny.

De la forma antes enunciada lo ha entendido nuestra doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de nuestros tribunales. En efecto, se ha dicho "Las acciones posesorias propiamente tales, e incluso la querrela de restablecimiento, encuentran su razón de ser en la paz social. Impiden que los particulares, con prescindencia de la autoridad del estado, se hagan justicia por sí mismos y alteren, por obra de sus solos medios, la situación de hecho existente relativa a los inmuebles"⁴⁴⁻⁴⁵

⁴¹ En este sentido, Cuello Peña y Lillo, Daniel: "Los Interdictos Posesorios en el Derecho Romano y su Influencia en el Código Civil Chileno". Memoria de Prueba. Univ. Central de Chile, Santiago, 2006, p.59; y, Salvat, Raymundo. Ob. cit. p. 313.

⁴² En este sentido, Peñailillo Arevalo, Daniel. Ob. cit. p. 331.

⁴³ En nuestra doctrina, consideran a la posesión como un hecho autores como Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. I, p. 358; Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. III. p. 459; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 331.

⁴⁴ Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 305; y, Jiménez Larrain, Fernando: "Comentario de Jurisprudencia: Los Interdictos Posesorios". Memoria de Prueba. Univ. de Concepción, Concepción, 1962, p.11.

Una posición distinta encontramos en la obra de Absalón Díaz Parra, quien considera que la posesión se protege porque se ve en el poseedor a un propietario y que nuestro derecho ha seguido la concepción de Jhering, teniendo a la vista para ello lo prescrito en el artículo 700 inciso 2 del Código Civil, en cuanto el poseedor se presume dueño mientras no se pruebe lo contrario, y el artículo 706 inciso 1 del citado código, en cuanto señala que el poseedor de buena fe es el que tiene la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exento de fraudes y de todo otro vicio.⁴⁶ En nuestro concepto, ésta posición puede fundamentarse, además, en el tenor de los artículos 916 y 917 CC; en ellos se advierte que el fundamento de la protección posesoria esta ligada al dominio, y por ende a la posesión como manifestación del dominio. En efecto, cuando el artículo 917 del Código Civil se refiere a que es improcedente la acción posesoria respecto de las cosas que no pueden ganarse por prescripción, en el fondo lo que está amparando es una situación jurídica ligada al dominio. Por lo demás, el único artículo que explícitamente hace referencia a una situación que podría alterar la paz social es el artículo 928 de Código Civil, norma que se refiere a la llamada querrela de restablecimiento, interdicto al que justamente se le ha controvertido su naturaleza de acción posesoria.

Por su parte, nuestros tribunales han resuelto reiteradamente que las acciones posesorias tienen su razón de ser en la paz social, ya que impiden que los particulares, con prescindencia de la autoridad del Estado, se hagan justicia por sí mismos y alteren, por obra de sus solos medios, la situación de hecho existente relativa a los inmuebles.⁴⁷ Incluso se ha

⁴⁵ Para más antecedentes v. Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. III, p. 466; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 545.

⁴⁶ Díaz Parra, Absalón. Ob. cit. p. 39.

⁴⁷ En este sentido, RDJ. T. 30 sec. 1, p. 23 y T. 45 sec. 1, p. 285, además, Excma. Corte Suprema. Fallo de 24 de septiembre de 2009. Rol 5.080-2008;

expresado que “desde el Derecho Romano y a través de toda la legislación universal, se reconoce que las acciones posesorias están dirigidas al mantenimiento de una situación de hecho, que exige la necesidad social dirigida a la conservación del orden público, mediante la sustitución de los órganos públicos a la voluntad de los particulares, sin la cual se retrogradaría a la justicia directa de los pueblos primitivos, que es la negación del orden jurídico, fundamento indispensable de la convivencia colectiva”. Argumento reiteradamente citado por la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores.⁴⁸

Al igual que en nuestro sistema, en el derecho extranjero, la doctrina de Savigny ha tenido una amplia aceptación. A modo ejemplar, podemos citar el sistema alemán;⁴⁹ español;⁵⁰ italiano;⁵¹ argentino;⁵² colombiano;⁵³ y mexicano.⁵⁴ Caracterizan a la protección posesoria como un medio para mantener la paz y como una garantía de los derechos en la cosa que no

Fallo de 26 de octubre de 2010. Rol 5-2009; Corte de Apelaciones de Chillán. Fallo de 15 de marzo de 2013. Rol 488-2012 y Fallo de 5 de noviembre de 2012; Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 23 de octubre de 2007. Rol 3.563-2001; Corte de Apelaciones de Talca. Fallo de 11 de enero de 2012. Rol 52-2011; y, Corte de Apelaciones de Talca. Fallo de 5 de agosto de 2010. Rol 293-2010.

⁴⁸ RDJ. T. 62 sec. 1, p. 459; y, Excma. Corte Suprema. Fallo de 27 de noviembre de 2006. Rol 3.175-2004.

⁴⁹ Westermann, Harry; Westermann, Harm Peter; Gursky, Karl-Heinz; y, Eickmann, Dieter: “Derechos Reales”. Trad. De Ana Cañizares, José María Miquel, José Miguel Rodrigues y Bruno Rodriguez-Rosado. Edit. Fundación Cultural del Notario, 7ª edic. Madrid, 2007 p. 254; y, Wolff, Martin: “Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas”. Trad. de Blas Pérez González y José Alguer. Edit. Bosch, 3ª edic. Barcelona, 1971, T. III, p. 101.

⁵⁰ En este sentido, Vásquez Barros, Sergio: “Los Interdictos”. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 147.

⁵¹ En este sentido, Messineo, Francesco: “Manual de Derecho Civil y Comercial”. Trad. De Santiago Sentis. Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.954, T.III, p. 233.

⁵² En este sentido, Laquis, Manuel Antonio. Ob. cit. p. 498.

⁵³ En este sentido, Peña Quiñones, Ernesto y Peña Rodríguez, Gabriel: “El Derecho de Bienes”. Edit. Legis, 2 edic. Bogotá, 2008, p. 379.

⁵⁴ En este sentido, Tapia Ramírez, Javier. Ob. cit. p. 387.

están protegidos por un derecho absoluto, evitando la violencia o el despojo injustificado.⁵⁵

Sin embargo, y compartiendo la opinión de autores como Guillermo García Valdecasas y Juan Jordano, creemos en la conjugación de las teorías de Savigny y Jhering, donde la posesión se tutela no sólo en virtud del principio de protección de la apariencia de los derechos sino también por el respeto al orden instituido, tutelándose una apariencia jurídico-real y evitando al mismo tiempo la violencia o autotutela.⁵⁶

C.- UTILIDAD

Las acciones posesorias, como ya se dijo, tiene por finalidad defender la posesión que el interdictante venga materialmente detentando, contra todo acto de despojo o de simple turbación, permitiéndole conservar o recuperar materialmente el respectivo bien y, con ello, proteger al verdadero poseedor en el curso la prescripción adquisitiva.

Albaladejo, sostiene que la protección de la posesión se apoya en que la ley no debe permitir que una situación existente, aunque sea de hecho como la posesoria, sea atacada ni siquiera por el hecho que persigue un fin justo en sí y menos por quien pretende despojar injustamente al poseedor.⁵⁷

En los interdictos posesorios no se discute el dominio ni el derecho a la posesión, pues son juicios sumarísimos que se refieren únicamente al hecho de la posesión, sin perjuicio del derecho a ella, y que pueden llegar

⁵⁵ Westermann, Harry; Westermann, Harm Peter; Gursky, Karl-Heinz; y, Eickmann, Dieter. Ob. cit. p. 254; Vásquez Barros, Sergio. Ob. cit. p. 147; Laquis, Manuel Antonio. Ob. cit. p. 498; y, Tapia Ramírez, Javier. Ob. cit. p. 387.

⁵⁶ Para más antecedentes v. García Valdecasas, Guillermo. Ob. cit. p. 76; Jordano Barea, Juan. Ob. cit. p. 1.047.

⁵⁷ Para más antecedentes, Albaladejo, Manuel: "Derecho Civil III Derecho de Bienes". Edit. Edisofer S.L. 10ª edic. Madrid, 2004, p. 93 y sgts.

a tener el carácter de preliminares de otros juicios ulteriores. En efecto, se ha dicho "las acciones posesorias han sido establecidas en interés y protección de la posesión y, como tal, una vez que se haya acreditado ésta en la forma sumaria que corresponda, entra a usufructuarse de sus beneficios, sin tener que inmiscuirse con otros derechos, que, como el de propiedad, necesitan de un prolijo examen, el que no se aviene con la índole especial de esta acción, sujeta a un procedimiento de tramitación rápida y sumaria".⁵⁸

El Código Civil, en su artículo 923, refuerza esta idea al expresar que en los juicios posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una o por otra parte se alegue. De aceptarse lo contrario, se desvirtuaría totalmente el objeto de las acciones posesorias, ya que la prueba del dominio es difícil de realizar sumariamente, y los juicios posesorios deben obligatoriamente tener una tramitación rápida, ya que están destinados a regularizar una situación momentánea, transitoria, que requiere un pronunciamiento inmediato a fin de evitar los trastornos que se producen cuando existe un estado de incertidumbre en materia posesoria.⁵⁹

Por último, tratándose de la querrela de reestablecimiento, acción que ampara al mero tenedor y que no da lugar a una prescripción adquisitiva, la finalidad de esta acción se halla únicamente en el mantenimiento de la paz jurídica y la prohibición de la arbitrariedad.⁶⁰

⁵⁸ Mendoza Aylwin, Sergio: "Los Interdictos Posesorios ante la Jurisprudencia". Memoria de Prueba. Univ. de Chile, Santiago, 1947, p. 10.

⁵⁹ En este sentido, Aguirre Flores, Francisco. "Requisitos Generales de las Acciones Posesorias". Memoria de Prueba. Univ. de Chile, Santiago, 1957, p. 13.

⁶⁰ Para más antecedentes, Alessandri, Somarriva y Vodanovic. Ob. cit. p. 305; García Gil, Javier: "La protección del Dominio y de la Posesión". Edit. Edisofer S.L, Buenos Aires, 1997, p. 569 y sgts.

D.- ANTECEDENTE HISTÓRICO

1.- DERECHO ROMANO

Las acciones posesorias tienen su origen en el antiguo derecho romano, especialmente por obra del pretor, quien dictó normas que tuvieron por finalidad tutelar la posesión, otorgando al poseedor acciones de naturaleza especial denominadas interdictos posesorios. No obstante ser un hecho, la posesión fue protegida por medios judiciales. Esta protección posesoria fue de tal magnitud que abarcó incluso supuestos en los cuales no se perturbaba la posesión pero de todas formas estaba en juego una cuestión de índole posesoria que ameritaba una decisión a su respecto.⁶¹

A.- NOCIÓN DE INTERDICTO

Las acciones posesorias recibieron el nombre de interdicto.⁶² Se trata de órdenes dadas por el magistrado a petición de un ciudadano, por la que se procuraba solucionar ciertas diferencias, disponiendo, bien la exhibición de cosas o personas, bien la restitución de cosas o bien la abstención de determinados actos.⁶³ El pretor, mediante el interdicto, buscaba mantener una situación u obtener un determinado comportamiento, sin investigar la verdad de las afirmaciones del interesado y sin citar al individuo contra el que se dirigía el interdicto.⁶⁴

⁶¹ En este sentido, Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis: "Derecho Romano". Edit. Tea, Buenos Aires, 1962, p. 53.

⁶² Se ha sostenido que no conviene llamar a los interdictos acciones posesorias, por cuanto hay diferencias fundamentales entre una acción y un interdicto, como sería por ejemplo, que la acción protege un derecho mientras que el interdicto protege una situación de hecho v. Jorquera F., Francisco: "Manuel de Derecho Romano". Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1949, p. 352.

⁶³ El magistrado encargado de administrar justicia toma el nombre de Pretor. Para más antecedentes v. Zalazar Berguño, Jorge: "Influencia del pretor en algunos Aspectos del Derecho Civil". Univ. de Chile, Santiago, 1943, p. 7.

⁶⁴ En este sentido, Petit, Eugéne: "Tratado Elemental de Derecho Romano". Edit. Albatros, Buenos Aires, 1958, p.724; Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit.

El origen de palabra interdicto proviene de *interdicere*, prohibir, porque los primeros interdictos que existieron en Roma fueron de carácter prohibitorio; ⁶⁵ “por extensión de su significado, este término sirvió para designar un procedimiento que, bajo ciertos respectos especiales, difería del procedimiento judicial ordinario”.⁶⁶

B.- ORIGEN DEL INTERDICTO

En Roma existió lo que se llamaba “*ager publicus*”, término utilizado para referirse al suelo y terrenos de uso público. Estas eran las tierras conquistadas que pertenecían al pueblo romano, entregadas en concesión para su ocupación y explotación en beneficio propio. Al principio sólo eran concedidas a los patricios, pero a partir del 387 a.C, la ocupación fue concedida a los plebeyos. Este hecho multiplicó el número de poseedores y, con ello, los conflictos entre los ocupantes y pretendientes de la concesión. Por otro lado, los patricios intentaban recuperar fracciones de tierras concedidas por ellos a título de precario a los “clientes”, clase intermedia entre patricios y plebeyos que provenían de estos últimos, a quienes los patricios daban su apoyo, convirtiéndose en sus patronos, no pudiendo concederse en estos casos, como medio de protección, la *rei vindicatio*, toda vez que carecían de la calidad de propietarios.⁶⁷ Así, en Roma, el suelo era en parte propiedad de cada ciudadano y en parte de dominio público, que pertenecía a todos los habitantes de la ciudad común, pudiendo cada particular no sólo aprovecharlos y cultivarlos, sino además

p. 53; Ventura Silva, Sabino: “Derecho Romano”. Edit. Porrúa S.A, 2ª edic. Buenos Aires, 1966, p.202; e Iglesias, Juan: “Derecho Romano”. Instituciones de Derecho Privado. Edit. Ediciones Ariel, 6ª edic. Barcelona, 1958, p. 324.

⁶⁵ Existe divergencia en doctrina en cuanto al origen de la palabra interdicto. Para mas antecedentes V. Abascal Brunet, Alejandro: “Interdictos Posesorios”. Edit. Imp. Y Lib M. Cornejo, Santiago, 1920, p. 4.

⁶⁶ Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 466.

⁶⁷ En este sentido, León Tinti, Pedro: “Defensas Posesorias”. Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 41.

guardarse los frutos. Pero esta facultad constituía una simple ocupación, que no daba medios de defensa, ni acciones contra los actos perturbatorios de terceros, deficiencia que fue salvada con la introducción de los interdictos posesorios⁶⁸. Estos se presentaban como medidas policiales emanadas de la autoridad del pretor, destinada a mantener el orden, extendiéndose con posterioridad a la protección de las tierras privadas.

Se ha dicho también que “el origen o, al menos, el desarrollo de los interdictos protectores de los bienes raíces se relaciona con dos circunstancias: primero, la dificultad que hubo para probar el dominio de los inmuebles después que, con las guerras púnicas (264 al 146 a.C.), Roma adquirió desarrollo, lo que hacía peligroso o aleatorio valerse de la acción reivindicatoria; y segundo, el ataque que sufrieron los bienes durante las guerras civiles de los dos últimos siglos de la República (fines del siglo II y mediados del I antes de J.C.), agitados periodos en que los propietarios eran expulsados de sus dominios, instalándose en sus casas y fundos los usurpadores. La urgencia de las soluciones impuso los interdictos, en que la prueba quedaba limitada al hecho de la posesión, turbada o perdida injustamente, sin que la decisión prejuzgara sobre el derecho de dominio”.⁶⁹

Por otro lado, se ha sostenido que los interdictos respondieron a la necesidad de conceder protección a todas aquellas relaciones que no tenían el carácter de un derecho, pero que requerían atención e intervención del magistrado en caso de diferencias, como sería, por ejemplo, la protección contra todo ataque o usurpación de cosas públicas o sagradas o la protección de los derechos del patrono sobre sus libertos.⁷⁰

⁶⁸ En este sentido, Abascal Brunet, Alejandro. Ob. cit. p.12.

⁶⁹ Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 306.

⁷⁰ Para más antecedentes, Petit, Eugène. Ob. cit. p. 724.

De una u otra forma, es indiscutible la gran importancia que llegó a tener en Roma la posesión, lo que llevó a idear un medio que la garantizase y defendiese. En efecto, surgió la necesidad de dar a ciertas manifestaciones de voluntad humana una protección eficaz, que las pusiera a cubierto de violaciones o ataques, ya que, por no tener el carácter de un derecho, no podían contar con una acción.⁷¹ Este medio fue, como ya se dijo, la institución de los interdictos posesorios, la cual adquirió su más alto grado de desarrollo en la época de Justiniano.⁷²

Los interdictos inicialmente recibieron aplicación en el ámbito administrativo y público como medio de defensa de las *res divine iuris* y de las *res in publico usu*, incorporándose posteriormente al ámbito del derecho privado, a fin de dar solución a controversias que tenían más vinculación con el interés público que con el individual, como ocurría por ejemplo con el interdicto de *liberto exhibendo*, mediante el cual se lograba la restitución de una persona libre, llegando finalmente a adecuar los interdictos a las relaciones entre particulares, partiendo con aquellas de interés patrimonial.⁷³

C.- PROCEDIMIENTO

El origen procedimental de los interdictos fue, en sus albores, puramente administrativo. Luego, bajo el régimen formulario, pasó a ser un procedimiento jurisdiccional.⁷⁴

⁷¹ En este sentido, Abascal Brunet, Alejandro. Ob. cit. p. 5.

⁷² En este sentido, Tocornal Gándarillas, Tomás: "Interdictos Posesorios". Memoria de Prueba. Univ. de Chile, Santiago, 1930, p.4.

⁷³ Para mas antecedentes v. Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p. 53 y sgts.

⁷⁴ En el procedimiento formulario las partes comparecen libremente al tribunal y exponen al Magistrado sus pretensiones. Este, después de oírlos fija en un escrito muy breve (la Fórmula) la cuestión controvertida y los envía ante el juez para que falle el caso. Para más antecedentes v. Zalazar Berguño, Jorge. Ob. cit. p. 18.

En Roma, la posesión era de dos especies: civil y natural. La primera consistía en la tenencia material de una determinada cosa con ánimo de señor o dueño; y la segunda, en la detención de una cosa sin ánimo de señor o dueño, pero con derechos sobre ella, como sería por ejemplo el caso del usufructo, uso o habitación. Por otro lado, estaba la mera tenencia, que consistía en la simple tenencia de una cosa, sin ánimo de señor o dueño, ni con algún derecho sobre ella, como por ejemplo, la que tenía el arrendatario. A fin de dar protección a esta posesión, se comenzó concediendo acciones extraordinarias, llamadas así porque un mismo magistrado conocía del hecho y del derecho. Se procedía sumariamente, eliminando toda clase de formalismos y tramitaciones que, en circunstancias ordinarias, debieran cumplirse. A estos medios extraordinarios de protección, se les denominó interdictos. Estos procedían en favor de la posesión civil, de la natural o de la mera tenencia.

El procedimiento interdicial se desarrollaba ante el magistrado, en presencia del cual, el demandante solicitaba la concesión del interdicto; tras un examen sumario del asunto, el magistrado denegaba el interdicto, si encontraba inadmisibile la pretensión del demandante, o emitía un interdicto concediéndolo, si estimaba que se reunían las condiciones exigidas, debiendo en este caso conformarse el demandado. El demandante debía probar la posesión, fuese justa o injusta, y acreditar que el demandado había efectuado un acto que le perturbaba en el ejercicio de dicha posesión; Esta acción debía intentarse en contra de la persona culpable de la perturbación, no requiriéndose que el acusado fuese el que pretendía ejercer la posesión por sí mismo. Si se invocaba la posesión, había que probarla; logrado esto, el tribunal ordenaba hacer cesar la perturbación y dar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. La devolución de los frutos no procedía, sino a contar desde la *litis contestatio*. Finalmente, el magistrado tenía la facultad para imponer

al vencido una caución a favor de la parte gananciosa, a fin de dejar a cubierto a ésta de molestias posteriores.⁷⁵⁻⁷⁶

Si las partes cumplían la orden del pretor, el asunto quedaba concluido, de lo contrario pasaba a otro tribunal, que dictaba una sentencia⁷⁷. En efecto, si se resistían, el pretor enviaba a las partes ante un juez para solucionar el conflicto. Les entregaba una fórmula, con la cual explicaba someramente el asunto debatido y la forma en que debía fallar.⁷⁸ En suma, la desobediencia a la orden impartida por el pretor, abría una nueva instancia procesal, de carácter ordinario, conocida como procedimiento ex-interdicto, apartándose del régimen administrativo.⁷⁹

D.- INTERDICTOS POSESORIOS ROMANOS

En Roma, los interdictos tuvieron diversas aplicaciones; Así por ejemplo, impedir que alguien estorbase el libre uso que a todos correspondía de las cosas comunes o divinas, o bien, para proteger ciertos derechos particulares que carecían de una acción regular y, en otros casos, para asegurar la posesión.

⁷⁵ En este sentido, Abascal Brunet, Alejandro Ob. cit. p.11.

⁷⁶ Para más antecedentes v. Cuello Peña y Lillo, Daniel. Ob. cit. p. 42.

⁷⁷ En este sentido, Serafini, Felipe: "Instituciones de derecho Romano". Edit. Hijos de J. Espasa, Barcelona, 1915, T. I, p. 318.

⁷⁸ Junto al Pretor o Magistrado, existieron los Jueces. Estos colaboraban con el Pretor en la administración de justicia. La autoridad de las resoluciones dictadas por el Magistrado emanaba de su *imperium*. El Juez, por el contrario, no dictaba una verdadera sentencia, sino más bien emitía una opinión, la que podía ser distinta a la del Pretor. Ahora bien, la concesión de la Fórmula estaba precedida de la *sponsio reciproca*, por la cual, las partes prometían a la otra el pago de una suma determinada si no resultaba titular del derecho discutido. Para más antecedentes v. Petit, Eugéne. Ob. cit. p.325; Zalazar Berguño, Jorge. Ob. cit. p. 16; y, Picó Ferrer, Agustín: "Del Procedimiento Civil en el Derecho Romano". Memoria de Prueba. Univ. De Chile, Santiago, 1946, p. 36.

⁷⁹ Para más antecedentes v. Pizarro Baigorrotegui, Adolfo: "Los Interdictos en el Derecho Romano". Memoria de Prueba. Univ. De Chile, Santiago, 1984, p. 47 y sgts; De la Puente González, Rafael: "Acciones Posesorias". Memoria de Prueba. Univ. de Chile, Santiago, 1908, p.8.

Los interdictos posesorios en sentido estricto eran de dos clases: los *recuperandae possessionis* y los *retinendae possessionis*. A estas dos categorías se agrega los interdictos *adipiscendae possessionis* y los *tan adipiscendae quam recuperandae*. A estos últimos se le discute su calidad de tal.⁸⁰

1.- LOS INTERDICTOS RECUPERANDAE POSSESSIONIS

El poseedor, mediante estos interdictos, recupera la posesión de la cual ha sido despojado.⁸¹ Se concedía para aquellos casos en que el poseedor trataba de recobrar la posesión perdida, ya sea porque se había utilizado en su contra fuerza o violencia, o bien, porque no se le restituía la posesión de una cosa por quien la tiene a título precario y le privaba oculta y maliciosamente de su posesión.⁸²⁻⁸³

En esta categoría se distinguen tres tipos de interdictos:

⁸⁰ Para mas antecedentes v. Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p. 54 y 55; Petit, Eugéne. Ob. cit. p. 730 y 731.

⁸¹ Ventura Silva, Sabino. Ob. cit. p. 203.

⁸² En este sentido, Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p. 55; Petit, Eugéne. Ob. cit. p. 727; Jorquera, Francisco. Ob. cit. p. 321; y, Samper Polo, Francisco: "Derecho Romano". Edit. Ediciones UC, 3^a edic. Santiago, 2009, p. 131.

⁸³ Se ha dicho que estos interdictos *recuperandae possessionis*, fueron creados por el pretor como repuesta a los conflictos sucedidos luego de la distribución del *ager publicus* efectuada a favor de los particulares, especialmente de las tierras no cultivadas que formaban parte de los fundos itálico. Además, con la dictación de leyes agrarias que limitaron la extensión que cada ciudadano podían ocupar legalmente, genero en algunos inconformismo, de lo que se derivó que estos atentaran contra los que estimaban mas favorecidos con la distribución, realizando desposesiones violentas; amén de lo anterior, los clientes no querían restituir las tierras recibidas de partes de sus patronos; y no siendo los ciudadanos titulares de las tierras distribuidas por el estado, la ley no le otorgaba protección mediante la acción dominical, lo que finalmente fue corregido por el pretor con el interdicto *recuperandae possessionis*. Para más antecedentes v. Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p. 55; y, Petit, Eugéne. Ob. cit. p. 727.

a.- El Unde vi

Se concede al que ha sido violentamente expulsado de la posesión de un inmueble o impedido entrar en él, a objeto que se ordene al ocupante restituir el predio y las cosas que el demandado tenía en él. Así entonces, tenía por objeto obtener la restitución de la posesión y la reparación de todos los daños. Se aplica sólo a los bienes inmuebles y el afectado dispone de un año contado desde la expulsión para entablar este interdicto.⁸⁴

La desposesión puede provenir de una violencia ordinaria (*vis quotidiana*), porque se lleva a cabo sin el empleo de armas, o a mano armada (*vis armata*), porque se produce mediante el uso de armas, cualquiera que sea su materialidad: espadas, palos, piedras, etc. Se requiere, además, que exista una violencia física o moral efectiva, no siendo suficiente abandonar el inmueble ante el temor de ser desposeído por terceros armados.⁸⁵

Este interdicto se puede intentar contra el autor directo de la usurpación y además contra la persona que la ordenó y la llevó a cabo valiéndose de un tercero.

Tratándose de la violencia ordinaria, el poseedor agredido recuperará su posesión, sólo si ésta, no era violenta, clandestina o precaria, respecto del que lo privó de la posesión. En el caso de la violencia armada, ante la gravedad del hecho, la posesión era restituida al afectado en todo caso, incluso al que poseía respecto del usurpador con violencia, clandestinidad o como precarista.⁸⁶

⁸⁴ En este sentido, Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p. 56; Petit, Eugéne. Ob. cit. p. 728; Jorquera, Francisco. Ob. cit. p. 321; Samper Polo, Francisco. Ob. cit. p. 322; y, Guzmán Brito, Alejandro: "Derecho Privado Romano". Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, T. I, p. 520.

⁸⁵ Para más antecedentes v. Iglesias, Juan. Ob. cit. p. 323 y sgts;y, Ventura Silva, Sabino. Ob. cit. p. 203.

⁸⁶ En este sentido, Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p. 56.

b.- El de precario

Este interdicto tiene por objeto obtener la restitución de la cosa dada a título de precario.⁸⁷ "Los romanos daban el nombre de precario a la concesión de uso de una cosa o de un derecho que el poseedor hacía gratuitamente y por favor a otra persona, bajo reserva de revocar la ventaja concedida cuando lo juzgase conveniente".⁸⁸

El pretor creó esta figura a fin de lograr la restitución del inmueble al cedente, cuando éste requería su devolución al beneficiado y éste se negaba a restituirla, sin necesidad de fundarse en la relación contractual existente entre aquél y el precarista. Si bien originalmente fue ideada para amparar los bienes inmuebles, posteriormente fue extendido este interdicto para lograr la restitución de los bienes muebles dados a título de precario.

Este interdicto puede intentarse por el poseedor cedente o sus herederos contra el tenedor precario y sus herederos, debiendo estos restituir la cosa y reparar el daño causado por la retención indebida; Si no era posible la devolución, el precarista debía responder del valor de la cosa al tiempo de interponer el interdicto.⁸⁹ Se ha sostenido que para ejercer esta acción no existía plazo alguno, admitiéndose en su contra sólo la excepción de prescripción temporal de 30 años.⁹⁰

⁸⁷ Se discute el carácter posesorio de este interdicto, por cuanto presupone que el demandado es precarista y este podría alegar y probar no ser precarista sino dueño u otro título que justifique su tenencia, lo que atenta contra la naturaleza de los interdictos posesorios, donde no cabe la discusión del dominio; por otro lado, se dice que cuando se otorga una cosa en precario, la posee el que la da y el que la recibe y, cuando el cedente la reclama, lo que en realidad intenta es reintegrarla. Para más antecedentes v. Guzmán Brito, Alejandro. Ob. cit. p.521 y Ventura Silva, Sabino. Ob. cit. p.204.

⁸⁸ Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p. 56.

⁸⁹ Para más antecedentes v. Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p.57; Serafine, Felipe. Ob. cit. p.322; y, Samper Polo, Francisco. Ob. cit. p. 113.

⁹⁰ En este sentido, Abascal Brunet, Alejandro. Ob. cit. p.10.

c.- El de clandestina possessione

Este interdicto es concedido a quien perdió la posesión de un inmueble porque otro se lo quitó clandestinamente. Se trata del caso en que una persona es privada, oculta y maliciosamente, de la posesión que tenía sobre un inmueble.

Este interdicto cayó en desuso, cuando se estableció el principio de que la posesión de un inmueble no se pierde sin conocimiento del poseedor, siendo reemplazado, posteriormente, por el interdicto *unde vi*.⁹¹

2.- LOS INTERDICTOS RETINENDAE POSSESSIONIS

Estos interdictos tenían por objeto conservar la posesión en manos del poseedor que tenía la cosa bajo condiciones determinadas, impidiendo cualquier acto de violencia de parte del adversario⁹². "Se mantenía en posesión de la cosa a una de las partes, cuando existía controversia sobre la posesión si otra persona se considera también con derecho a poseer"⁹³. Entonces, su principal función consistía en hacer cesar toda turbación que experimentaba un poseedor como consecuencia de la pretensión de un adversario⁹⁴.

Son dos los *interdictos retinendae possessionis*: el *interdictum uti possidentis*, para los inmuebles, y el *interdictum utrubi*, para las cosas muebles.

⁹¹ Para más información v. Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p.57; Serafine, Felipe. Ob. cit. p.323; y, Petit, Eugéne. Ob. cit. p. 728.

⁹² Se ha dicho, que este interdicto había sido introducido para determinar cual de los dos litigantes sobre la propiedad debía ser el poseedor y cuál el demandante v. Claro Solar, Luis. Ob. cit. p.469; siendo el pretor quien en definitiva decidía si el actual poseedor debía conservar la posesión con el papel de demandado, o devolverla al adversario y asumir el papel de demandante v. Petit, Eugéne. Ob. cit. p. 728.

⁹³ Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p.57.

⁹⁴ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p.469.

Para obtener esta protección posesoria, debía justificarse la posesión, sin importar si estaba de buena o mala fe, dado que el pretor no la otorgaba al simple detentador.⁹⁵

a.- Interdictum uti possidentis

Este interdicto favorecía al poseedor de cosas inmuebles frente a las perturbaciones de hecho ocasionadas a su posesión por otra persona, bajo la condición de que dicha posesión no sea viciosa respecto al adversario. "Salía vencedor el que en el momento de pronunciar el interdicto (interdicto *reddito*) poseía *nec vi, nec clam, nec precario* enfrente de su adversario"⁹⁶, vale decir, la posesión no debía ser tachada de violenta, clandestina, ni concedida a título de precario; "si estos vicios existen con respecto a la otra parte, a quien se ha desposeído, tal posesión viciosa es sin fuerza en su contra, y en este sentido, el interdicto *uti possidentis* le serviría para recuperar la posesión perdida".⁹⁷

Finalmente, este interdicto era anual, debiendo entablarse dentro del año en que ha ocurrido el acto de turbación de la posesión, comprendiendo la sentencia los perjuicios causados durante el juicio y el año anterior.⁹⁸

b.- Interdictum utrubi

Este interdicto amparaba la posesión que una persona tenía sobre cosas muebles. Se protegía al poseedor del bien mueble que lo hubiera poseído por más tiempo dentro del último año, contado hacia atrás desde la emisión del interdicto⁹⁹. "La victoria se concedía al que había poseído por mayor tiempo durante el año anterior al interdicto, siempre que en

⁹⁵ Para más información v. Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p.56.

⁹⁶ Serafine, Felipe. Ob. Cit. p. 319.

⁹⁷ Claro Solar, Luis. Ob. Cit. p.470.

⁹⁸ Para más información v. Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p.58 y Petit, Eugéne. Ob. cit. p. 729.

⁹⁹ Guzmán Brito, Alejandro. Ob. cit. p.518.

este caso, la posesión no fuere viciosa enfrente del adversario".¹⁰⁰ Se puede agregar posesiones, por ejemplo, para el caso de venta, herencia o donación.¹⁰¹

Se amparaba el mayor tiempo de posesión y no el sólo hecho de poseer en la actualidad, como acontecía con el *uti possidentis*, debido a lo sencillo que resultaba traspasar las cosas muebles de una mano a otra.¹⁰²

3.- INTERDICTOS ADIPISCENDAE POSSESSIONIS

Tienen por objeto adquirir una posesión que no se tiene, de cosas aún no poseídas.¹⁰³ Los principales interdictos de esta especie son el interdicto *quórum bonorum*, el *Salviano*, el *quod legatorum* y el *possessorium*.

a.- Interdicto quorum bonorum

Se concedía al heredero pretoriano con el objeto de obtener, de quien hubiera entrado en posesión de una herencia o de parte de ella, la restitución de las cosas que tuviese en su poder, sea a título de heredero o simple poseedor. Esta acción se otorgaba únicamente a quien no hubiese poseído, y no, entonces, al que perdió la posesión una vez obtenida.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Serafine, Felipe. Ob. cit. p.319.

¹⁰¹ En el derecho Justiniano, se equiparó el interdicto *utrubi* con el *uti possidentis*, decidiendo que en ambos casos, la posesión sería atribuida al poseedor actual, quien posee de modo no viciosos enfrente del adversario v. Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p.59; Serafine, Felipe. Ob. cit. p.319; Petit, Eugéne. Ob. cit. p. 730; y, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p.471.

¹⁰² En este sentido, Guzmán Brito, Alejandro. Ob. cit. p.518.

¹⁰³ Se ha señalado que al no servir para proteger la posesión, sino que para adquirirla, los Interdictos *adipiscendae possessionis*, no puede ser considerado como una verdadera acción posesoria v. Serafine, Felipe. Ob. cit. p.318.

¹⁰⁴ Para más información v. Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p.59 y Claro Solar, Luis. Ob. cit. p.467.

b.- Interdicto Salviano

Este interdicto servía al propietario de un fundo frente al arrendatario, cuando éste no hubiera pagado el arriendo a su vencimiento. Así, el arrendador se hacía poner en posesión de los objetos que el colono o arrendatario hubiera introducido en la finca, afectados por una simple convención al pago del arriendo;¹⁰⁵ pudiendo dirigirse este interdicto en contra de cualquier detentador de las cosas, si éstas hubiesen salido de la posesión del arrendatario.¹⁰⁶

c.- Interdicto quod legatorum

Este interdicto fue concedido al heredero civil y al *bonorum possessor*, para hacerles restituir las cosas de que el legatario se hubiera apoderado sin el consentimiento de ellos, debiendo el legatario restituir, aquellas y, de no ser posible o no querer hacerlo, debía pagar por el importe del legado.¹⁰⁷

d.- Interdicto possessorium

Este interdicto se concedía al comprador, con el objeto de hacerse poner en la posesión del patrimonio adjudicado a consecuencia de una subasta.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Para más información v. Petit, Eugéne. Ob. cit. p. 727; Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p.60 y Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 468.

¹⁰⁶ No obstante se sostuvo que no sería posible ejercer este interdicto más que contra el colono o arrendatario del mismo, de suerte, que si los objetos hubieran pasados a terceros poseedores este interdicto no podía ejercitarse v. Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p.60.

¹⁰⁷ Para más información v. Petit, Eugéne. Ob. cit. p. 727 y Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p.59.

¹⁰⁸ Para más información v. Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit, p.59.

4.- INTERDICTOS TAN ADIPISCENDAE QUAM RECUPERANDAE

Recibían aplicación en juicios como el reivindicatorio o petición de herencia, obligándose al demandado a dar caución por la restitución de la cosa reclamada que estaba en su poder, para el caso en que resultare vencido en la contienda; y, de no caucionar, quedaba obligado a transferir al demandante la posesión de la cosa en litigio.¹⁰⁹ Este interdicto tenía la peculiaridad de invertir los roles de las partes, ya que, si el demandado primitivo decidía proseguir el juicio, estaba obligado a asumir el papel de demandante, debiendo probar su pretensión.¹¹⁰

2.- DERECHO CANÓNICO

En el derecho canónico, inspirado en las reglas del derecho romano, también se elaboraron acciones destinadas, en un principio, a proteger a los obispos que habían sido despojados de sus sedes, constituyendo una reacción frente al régimen feudal que había turbado la prohibición de tomarse la justicia por propia mano. Posteriormente, estas acciones canónicas pudieron practicarse inclusive en los juicios civiles y por laicos víctimas de despojos.

Posteriormente el Papa Inocencio III dictó una carta decretal, disponiendo que el interdicto romano de "*Under vi*", que sólo podía dirigirse contra el autor del despojo y no contra el tercer poseedor de la cosa, pudiera ahora en contra del tercer poseedor.

¹⁰⁹ Se discute su naturaleza posesoria al igual que los interdictos adipiscendae possessionis. En la época de justiniano cayeron en desuso.

¹¹⁰ Para mas antecedentes Peña Guzmán, Luis & Argüello, Luis. Ob. cit. p.60 y Petit, Eugéne. Ob. cit. p. 730.

Otra creación del derecho canónico fue la *exceptio spoli*, introducida por las decretales apócrifas, denominadas decretales *pseudoisidorianas*¹¹¹. Con ella, se protege la posesión reprimiendo la violencia que los herejes y los señores feudales habían ejercido contra los obispos, despojándolos de su sede y de los bienes de su iglesia.

En su origen, la *exceptio spoli*, era una simple excepción dilatoria que permitía al obispo *spoliatus* substraerse al procedimiento criminal, mientras no haya sido repuesto en posesión de todo lo que se le ha quitado. En efecto, el obispo despojado, que ha sido acusado ante el Sínodo y ha opuesto la *exceptio spoli*, debía ser restituido en la posesión para que la causa criminal pudiera seguir su curso. Así, entonces, la acción para la restitución que se deducía de la *exceptio spoli*, no tenía una existencia independiente, suponía necesariamente que se había iniciado una instancia criminal y que el obispo acusado se escudaba con dicha *exceptio*.¹¹²

Durante la Edad Media se establecieron remedios posesorios como la *Condictio ex canon redintegranda*. Estaba referida únicamente a los obispos despojados, no presentando las características de una medida general que pudiera aplicarse a un laico que fuera acusado de un delito después de haber sido despojado de sus bienes¹¹³. A mediados del siglo XII el canon *redintegranda* fue reproducido por Graciano, que lo incluiría en sus Decretales y, de esta manera, sería objeto del comentario de doctores y serviría de base a la jurisprudencia de los tribunales,

¹¹¹ Son denominaciones historiográficas de una colección de Decretales apócrifas, falsamente atribuidas a Isidorus Mercator, durante mucho tiempo confundido con Isidoro de Sevilla. Las Falsas Decretales fueron redactadas entre los años 30 y 40 del siglo IX y constituyeron una de las más importantes fuentes del derecho canónico medieval.

¹¹² En este sentido Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 480.

¹¹³ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 481 y León Tinti, Pedro. Ob. cit. p. 43.

obteniendo de ella los glosadores una máxima de aplicación general: el principio *spoliatus ante Omnia restituendus*, el despojado debía ante todo ser restituido. Así los canonistas crean la llamada *remedium spolii*, formado por un *actio spoli* y una *exceptio spolii*. En sus orígenes, este *remedium spolii* aparece como un privilegio de los obispos, actuando como incidente previo de un proceso criminal. Así, el obispo injustamente despojado de su sede utiliza una excepción, de forma que no podía ser juzgado hasta que no había sido restablecido en ella. No obstante su idea inicial, y por efecto de la glosa, rápidamente se generalizó en favor de clérigos y laicos víctimas de un despojo, admitiéndose que el principio *spoliatus ante Omnia restituendus* igualmente pudiera invocarse en los juicios civiles.¹¹⁴

En el siglo XII, el *Decretum Gratiani*, que forma parte del Corpus Juris Canonici, reprodujo las disposiciones de las Falsas Decretales sobre la *exceptio spolii*, tratándola como dos instituciones diferentes: la *exceptio spolii*, simple medio dilatorio de que hace uso todo poseedor despojado contra la acción civil o criminal y que consiste en el plazo que se le da para intentar la acción de restitución de aquello de que ha sido despojado, que en materia civil sólo podría oponerse contra el despojar mismo; y la *actio spolii*, dada a todo poseedor despojado contra su voluntad, que tendía a la restitución del despojo, y se intentaba contra el despojante y contra todo otro poseedor. Los glosadores la extendieron incluso contra el poseedor de buena fe y cualquiera fuera la manera como el demandante había perdido injustamente la posesión; era dada además al mero tenedor; extendiéndose incluso a los bienes muebles.¹¹⁵

Por último, cabe mencionar que bajo la influencia del derecho canónico se introdujo en la jurisprudencia medieval la *possessorium*

¹¹⁴ En este sentido, Laquis, Manuel. Ob. cit. p. 502.

¹¹⁵ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 481.

summarissimum, que "era una instrucción sumaria destinada a que la parte cuyo derecho era más verosímil conservara la posesión mientras se tramitaba el pleito. Tenía por objeto evitar las vías de hecho."¹¹⁶ Bastaba una breve instrucción que le hiciera aparecer como el poseedor actual.

En una primera etapa, siglo XIII, se admitía que si dos personas pretendían al mismo tiempo ser actuales poseedores de una cosa, sin que ninguna de las dos quisiera tomar la iniciativa de intentar en contra de la otra el interdicto *Uti possidenti*, y advirtiéndose inminentes vías de hecho reciprocas, el juez a fin de evitar la alteración de la paz social, riñas y escándalos, de oficio podía iniciar la instancia posesoria. Así, partía prohibiendo a las dos partes cualquier acto posesorio y luego instruía la instancia posesoria, tal como si lo hubieran promovido los interesados.

En una segunda etapa, siglo XV, se llegó a proclamar el principio que en todo proceso posesorio o petitorio, el juez debía ex officio, previa información sumaria, mantener al poseedor en posesión todo el tiempo que durara el proceso, sin prejuzgar por ello la decisión que debía dictar¹¹⁷. En aquella época, se introdujo el requisito de la anualidad, que habría sido tomado del derecho germánico, pudiendo accionar el despojado sólo dentro del plazo de un año y un día; vencido dicho plazo, sólo se podía contar con las acciones petitorias.

Finalmente, se debe destacar que el derecho canónico extendió la protección posesoria a todo poseedor despojado violenta o clandestinamente.

3.- DERECHO FRANCÉS

En los siglos XIV y XV, el derecho francés contemplaba tres acciones; tomadas del derecho romano y del derecho canónico. Se contó

¹¹⁶ León Tinti, Pedro. Ob. cit. p. 42.

¹¹⁷ En este sentido Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 482.

con la *acción de recuperación*. Esta tenía su origen en las *fausses* decretales y con ella se pretendía proteger al desposeído violentamente; podía ser utilizado por todo poseedor, aun cuando no fuera anual su posesión. La *acción de mantenimiento*, contra los actos perturbatorios de la posesión, que suponía no una desposesión sino una simple perturbación; exigía del poseedor el requisito de la anualidad, su finalidad era hacer cesar la perturbación y no era otorgada cuando había existido desposesión. Y la *denuncia de obra nueva*, imitación de la *nunciato novio peris* del derecho romano cuya finalidad era hacer cesar la molestia que resultaba para un propietario a causa de las obras nuevas emprendida por su vecino y se exigía la posesión anual.

Las tres acciones posesorias no permanecieron mucho tiempo separadas. En efecto, en el siglo XIV, la acción de mantenimiento y la de recuperar se confundieron en una sola, denominándose *complainte* en cas de saisine et de *nouvellété*, que servía para mantener la posesión en caso de turbación y recuperarla en caso de pérdida.¹¹⁸

4.- DERECHO ESPAÑOL

En el antiguo derecho español también tuvieron aplicación las acciones posesorias. Éstas tenían por objeto adquirir, conservar y recuperar la posesión, todas encaminadas a evitar los disturbios que producía el hecho de que los hombres se hiciesen justicia por sus propias manos.

Según lo prevén las Partidas, la posesión podía ser amparada por dos tipos de juicios posesorios: Juicio sumario y juicio plenario. El juicio sumario, que se substanciaba en forma breve y sin mayores solemnidades, era el previsto para proteger a la posesión actual y momentánea; por su

¹¹⁸ En este sentido, Laquis, Manuel. Ob. cit. p. 502; y, León Tinti, Pedro. Ob. cit. p. 43.

parte el juicio plenario, que se substanciaba en los términos del juicio ordinario, era el previsto para proteger a la posesión permanente y perpetua. A la acción que se deducía en el juicio sumario, se le denominaba interdicto. La ejercida en el juicio plenario, no tenía nombre particular.¹¹⁹

La antigua legislación española reconoció los interdictos de adquirir, conservar y recuperar. La ley de enjuiciamiento civil, con posterioridad incorporó los interdictos de obra nueva y de obra vieja.

En cuanto al interdicto de adquirir, dirigido a adquirir la posesión de los bienes hereditarios, tenía lugar, según lo prevenido en la Novísima Recopilación, cuando los hijos o parientes más próximos de una persona fallecida, que tenían derecho a su herencia por testamento o abintestato, acudían al juez para que mandara ponerlos en posesión pacífica de los bienes hereditarios; e informado el juez de la verdad por los títulos que se le presentaban o la justificación que se le hacía por el interesado, debía acceder desde luego a la petición del solicitante, sin perjuicio de la existencia de un tercero que tuviese mejor derecho. Por su parte, la Sexta Partida contemplaba el caso en que si se presentaba una persona con un testamento, hecho en forma debida y sin defecto aparente, requiriendo que se le pusiere en posesión de los bienes hereditarios que en él se le dejaban, debía el juez mandar a darla, sin que pudiera impedirlo la oposición que alguno hiciera bajo pretexto de falsedad de testamento o de imposibilidad de haberlo hecho el que figuraba como testador; a no ser que el opositor ofreciera probar inmediatamente sus dichos.¹²⁰

El interdicto de retener la posesión “procedía cuando el poseedor era inquietado por otra persona en la posesión; y cuando, habiéndose suscitado pleito sobre la propiedad de una cosa, cualquiera de los

¹¹⁹ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 476.

¹²⁰ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 477.

litigantes pretendía tener derecho a la posesión y solicitaba en su consecuencia se le mantuviera en ella durante el juicio, haciéndose uso de lo que solía llamarse remedio sumarísimo de interim".¹²¹

El interdicto de recobrar, tenía por objeto, restituir, reponer y reintegrar en la posesión material de una cosa al que de hecho ha sido despojado de ella. Tenía lugar en el despojo de fundos, edificios y otros bienes raíces, y en el de cosas incorporales como servidumbres. Se concedía al que había sido despojado de la posesión, no al que sólo era tenedor de la cosa, y contra el despojador y contra el poseedor actual.¹²²

5.- PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE ANDRÉS BELLO

Como se ha escrito y conviene recordar, la codificación civil chilena fue llevada a cabo entre los años 1840 y 1855, siendo el 10 de septiembre de 1840 el día en que se promulgó la ley creadora de la comisión de legislación del Congreso Nacional, encargada de la codificación de las leyes civiles, luego de haber presentado don Andrés Bello, el 10 de agosto de 1840, un proyecto de ley, fruto de su trabajo codificador privado iniciado en 1833.

En esta etapa de codificación de nuestro derecho civil, se distinguen tres periodos: entre 1840 a 1847, trabajo en comisiones de legislación del Congreso Nacional y la junta revisora; desde 1847 a 1853, época en que se destaca el trabajo en solitario de don Andrés Bello, abocándose, entre otros temas, a completar el libro de bienes iniciado en 1843, trabajo que concluyó con el denominado "proyecto de 1853" (en referencia al año en que se editó); y, finalmente, entre los años 1853 a 1855, periodo en que funcionó una nueva comisión revisora, que examinó el proyecto de 1853, de lo que derivó el llamado "Proyecto Inédito", practicándose sobre éste

¹²¹ Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 479.

¹²² En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 479.

una nueva revisión, dando forma al “proyecto de 1855” (editado en dicho año). Fue este último proyecto el que fue aprobado y promulgado como Código Civil el 14 de diciembre de 1855, disponiendo su entrada en vigencia a partir de 1 de enero de 1857.¹²³

En cuanto a las fuentes que tuvo a la vista e inspiraron a don Andrés Bello en la redacción del Código Civil, información que fluye del mensaje del Código y del examen de las ligeras notas puesta por Bello en sus proyectos del código, tenemos, entre otras menos relevantes, Las Partidas, el Corpus Iuris Civiles, en especial del Digesto y las Instituciones de Justiniano, y, en menor medida, el Código y las Novelas; por último la Novísima Recopilación de Leyes de España, el Fuero Real y las Leyes de Toro.¹²⁴

Ahora bien, en cuanto a las acciones posesorias, don Andrés Bello siguió la tradición hispana y no la francesa, que dejaba esta materia entregada a los códigos adjetivos de procedimiento civil. En efecto, Bello las incluyó en el Código Civil, pero con la particularidad de ubicarlas luego de las servidumbres, al igual que en las Partidas, y no en la sección relativa a los procedimientos y acciones o conjuntamente con la posesión, como era lo normal en aquella época; además, en cuanto a su contenido, si bien en el proyecto de 1853, el artículo 1069, relativo a las acciones posesorias, carecía de notas indiciarias de alguna fuente tenida a la vista por el redactor, cuando Amuátegui publica el denominado “Proyecto Inédito”, identificó una nota manuscrita que se remitía a dos obras: “Sala, Derecho real, libro III, título 11 y Gómez, Tauri, Ad legem 45, n 194”;¹²⁵

¹²³ Para más antecedentes, Guzmán Brito, Alejandro: “Andrés Bello Codificador”. Edit. Ediciones de la Universidad de Chile. Santiago, 1982, T. 1, p. 32 y sgts.

¹²⁴ Para más antecedentes, Guzmán Brito, Alejandro. “Andrés Bello Codificador”. Ob. cit. p. 414 y sgts; y, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 384.

¹²⁵ Para más antecedentes, Barrientos Grandón, Javier: “Juan Sala Bañuls (1.731-1.806) y el Código Civil de Chile”, en Rev. De Estudios Histórico-Jurídicos T. XXXI. Valparaíso, 2009, p. 364; Amunátegui Perelló, Carlos. “Las Relaciones de

de lo que se desprende la influencia que tuvo el derecho español de la época en esta materia. En efecto, al revisar la historia de nuestro Código Civil, en lo concerniente a las acciones posesorias en el proyecto de 1.853, éstas estaban tratadas, como en la actualidad, en el libro II, título 13, párrafo 1, bajo el epígrafe “de las acciones posesorias en general”. Indicando el otrora artículo 1.069 “Acciones posesorias son aquellas en que se trata de la posesión momentánea, esto es, de averiguar quien es el que tiene o debe tener actualmente la posesión, sin perjuicio de la verdadera propiedad o dominio. Las acciones posesorias se dan al poseedor natural como al civil y al propietario; se juzgan sumariamente, y no admiten apelación sino en el efecto devolutivo, pero admiten recurso de nulidad”.

La obra de Sala, en lo pertinente, habla de “los juicios sumarios de momentánea posesión, llamados así porque se decide de la posesión con mucha celeridad, y como en un momento”, indicando que estas acciones extraordinarias son sobre adquirir de pronto, retener o recobrar la posesión y las llama interdictos, por su origen romano.¹²⁶ Así, entonces, se advierte puntos comunes: “posesión momentánea”, “juzgar sumariamente”, y luego en el N° 14 de dicha obra, “se dan al poseedor natural como al civil i al propietario”, de lo que se sigue, que fue la obra de Sala una fuente de don Andrés Bello al redactar el capítulo referido a las acciones posesorias.¹²⁷

Cabe agregar que Bello, en su proyecto original, hablaba en general de posesión, sin especificar, como se hizo después que se trataba únicamente de la posesión de bienes raíces y de derechos reales

Vecindad y la Teoría de la Inmisiones en el Código Civil”, en Rev. De Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII, p. 104 y 105.

¹²⁶ Para más antecedentes, Sala, Juan: “Ilustración del Derecho Real de España ordenada y adicionada por don Juan Sala”. Edit. Librería de Lecointe, Paris, 1844, T. I, p. 309 y sgts.

¹²⁷ En este sentido, Barrientos Grandón, Javier. Ob. cit. p. 365.

constituidos en ellos, intentando con ello reintroducir el interdicto *utrubi* del derecho romano para conservar la posesión de cosas muebles, idea que no prosperó luego del examen de la comisión revisora, quien no adoptó en este capítulo la propuesta original de Bello. No obstante, conviene destacar que las actuales acciones de amparo y de restitución provienen fundamentalmente de los interdictos posesorios romanos *uti possidetis* y *unde vi*, respectivamente, por cuanto desde un principio Bello dejó en claro que el Código Civil debía basarse en el antiguo derecho romano-castellano.¹²⁸

Finalmente, en cuanto al concepto de acción posesoria, Bello, se alejó de la tradición hispana de llamarlos "interdictos", optando por "acciones posesorias".

Sin embargo, desde el proyecto de 1853 al proyecto inédito hubo unos cambios en distintos aspectos, dejándose notar la influencia del *Code* o código de Napoleón, y particularmente la doctrina de Pothier. De ahí entonces que la defensa posesoria quedó limitada únicamente a los bienes raíces y derechos reales constituidos sobre ellos; y la exigencia de una posesión de un año completo para intentar las acciones posesorias.

E.- FUENTE

Las acciones posesorias se hayan tratadas principalmente en los Títulos XIII y XIV del Libro II del Código Civil, complementado por el Título V del Libro III del Código de Procedimiento Civil; figuras que descansan en los principios del derecho romano sobre la materia.

Se ha sostenido que las acciones posesorias son materia propia del Código de Procedimiento Civil, pero fueron tratadas en forma previa por

¹²⁸ En este sentido, Amunátegui Perelló, Carlos. Ob. cit. p. 104 y Guzmán Brito, Alejandro. "Andrés Bello Codificador". Ob. cit. p. 414.

el Código Civil, a fin de establecer las bases a las que aquel código debía atenerse en cuanto a las acciones posesorias que se admitían.¹²⁹

El Título XIII del Libro II del Código Civil, trata las acciones estrictamente posesorias, y de la lectura de sus artículos 916 y 928, se desprende la existencia de tres protecciones posesorias: 1.- Para conservar la posesión de bienes raíces y derechos reales constituidos en ellos; 2.- Para recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos; y 3.- Para obtener el restablecimiento de la posesión o mera tenencia de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos violentamente arrebatados. Por su parte el Código de Procedimiento Civil en su artículo 549, conceptualiza a estas acciones como Querrela de Amparo, Querrela de restitución y Querrela de Restablecimiento, para luego, en sus articulados siguientes, reglamentar el respectivo procedimiento.

Ahora bien, las que jurídicamente tiene el carácter de acciones posesorias son las querellas de amparo y de restitución. "Las otras, según los casos, miran más a la mera tenencia (querrela de restablecimiento), al ejercicio del derecho de propiedad o a otros fines".¹³⁰

Por otro lado, el Título XIV del Libro II del Código Civil contempla las llamadas acciones posesorias especiales, tales como Denuncia de Obra Nueva, destinada a impedir una obra nueva; Denuncia de Obra Ruinosa, destinada a impedir una obra ruinosa o que cause daño; y otros interdictos especiales, como la acción popular contemplada en el artículo 948, que al igual que las acciones posesorias propiamente tales, encuentran regulación procesal en el Código de Procedimiento Civil.

¹²⁹ En este sentido Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 484.

¹³⁰ Alessandri, Somarriva y Vodanovic. Ob. cit. p. 304.

F.- NATURALEZA

Como sabemos, las acciones posesorias son las que protegen el simple hecho de la posesión de un inmueble, sin que se discuta acerca de la existencia misma del derecho real.¹³¹

Tienen el carácter de acciones reales.¹³² Esto, por cuanto protegen una situación directa sobre la cosa y se pueden hacer valer contra cualquier persona que perturbe o viole la situación existente, esto es, el *ius persecuendi*.¹³³ Además se dan en protección de un derecho real, la posesión, y su objetivo es mantener al poseedor en el goce de su derecho.¹³⁴

Según Lafalle, las acciones posesorias no se ajustan rigurosamente a ninguna de las dos categorías clásicas, real o personal, y deberán ceñirse a la naturaleza del derecho que amparan.¹³⁵⁻¹³⁶

Al estar encaminadas a proteger la posesión de bienes inmuebles, tienen la naturaleza de inmueble.

¹³¹ En este sentido, Colin, Ambrosio y Capitant, H: "Curso Elemental de Derecho Civil". Trad. de Demófilo de Bueno. Edit. Reus S.A. Madrid, 1923, T. II, V. II, p. 1165.

¹³² En este sentido, Ripert, Georges y Boulanger, Jean: "Tratado de Derecho Civil". Trad. de Jorge García Daireaux. Edit. La Ley, Buenos Aires, 1965, T. VI, p. 147.

¹³³ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 307.

¹³⁴ En este sentido, Borda, Guillermo: "Manual de Derecho Civil". Edit. La Ley. 6ª edic. Buenos Aires, 2008, p. 109.

¹³⁵ Para más antecedentes, Lafalle, Héctor: "Derecho Civil". Edit. Compañía Argentina de Editores S.R.L. Buenos Aires, 1943, T. III, V. I, p.299. Cabe anotar que, según este autor, al tener que promoverse la acción posesoria en el lugar donde se encuentra el inmueble, se le está aplicando la regla de las acciones reales.

¹³⁶ Pothier incluía las acciones posesorias entre las acciones personales, toda vez que las hacía nacer de un delito o cuasi delito. V. Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Ob. cit. p. 147; y, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 307.

SEGUNDA PARTE: LA REGULACIÓN COMÚN

A.- INTRODUCCIÓN

Los interdictos posesorios son acciones especiales, establecidas en resguardo exclusivo de la posesión y que en su tramitación se someten a un procedimiento rápido y sumario, necesario para la finalidad que persigue.

El artículo 916 CC., da un concepto de acción posesoria que limita bastante el alcance de esta figura. Según se lee de la definición dada por dicha norma, sólo existirían dos clases de interdictos posesorios: la querrela de amparo, cuyo objetivo es proteger la posesión de que se goza, y la querrela de restitución, destinada a recuperar la posesión perdida; quedando excluida de tal definición, la querrela de restablecimiento, interdicto al que le basta la mera tenencia del bien que se protege, sin que sea necesaria la posesión del mismo, no obstante que, cómo se dirá, se ha discutido que la querrela de restablecimiento tenga naturaleza de acción posesoria.

Por otro lado, el artículo 916 CC., ha limitado el campo de aplicación de las acciones posesorias en relación a los bienes que se poseen, declarando que sólo son objeto de estos interdictos, los bienes inmuebles y los derechos reales constituidos en ellos, quedando en consecuencia excluidos de esta acción protectora los bienes muebles y, por aplicación del artículo 917 CC, todas las cosas que no se puedan ganar por prescripción.

En fin, del concepto de acción posesoria dado en nuestro derecho positivo, se puede concluir que los interdictos posesorios no sirven para

adquirir la posesión, sino que sólo para conservar o recuperar la misma; que sólo se han establecido en protección de los inmuebles o derechos reales constituidos en ellos; y que, son acciones reales y muebles, ya que por ellas sólo se persiguen derechos reales y se ejercitan sobre inmuebles.¹³⁷

B.- CARACTERÍSTICAS

1.- Son acciones inmuebles. De conformidad a lo prescrito en los artículos 580 y 916 del Código Civil, se han establecido en resguardo de la posesión de bienes inmuebles o de derechos reales constituidos en ellos.¹³⁸

2.- Son acciones reales. Según lo previene el inciso primero del artículo 927 del Código Civil, se trata de acciones que pueden ejercitarse en contra de cualquier persona que embarace la posesión; y, se ha argumentado además, que “protegen una situación directa sobre las cosas”.¹³⁹

3.- Su ejercicio deja a salvo el derecho a discutir posteriormente el dominio entre las mismas partes y, en el caso de la querrela de restablecimiento, quedan a salvo incluso las restantes acciones posesorias comunes.¹⁴⁰ En efecto, atendida la naturaleza cautelar y de emergencia de que gozan los interdictos posesorios, dejan siempre abierta la vía para discutir la materia en un juicio de lato conocimiento con arreglo a lo

¹³⁷ En este sentido, Abascal Brunet, Alejandro. Ob. Cit. p.27; Tocornal Gándarillas, Tomás. Ob. cit. p.17; De la puente González Rafael. Ob. cit. p.21; Aguirre Flores, Francisco. Ob. cit. p. 15; y, Mendoza Aylwin, Sergio. Ob. cit. p.9.

¹³⁸ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 207; Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 546; Excma. Corte Suprema. Fallo de 3 de septiembre de 2008. Rol 2.341-2007.

¹³⁹ Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. Cit. p. 207. En este sentido además, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. Cit. p. 546; Excma. Corte Suprema. 3 de septiembre de 2008. Rol 2.341-2007.

¹⁴⁰ En este sentido, Excma. Corte Suprema. 3 de septiembre de 2008. Rol 2.341-2007.

previsto en los artículos 563, 564 y 581 del Código de Procedimiento Civil¹⁴¹. Por lo mismo, las defensas posesorias buscan mantener determinadas situaciones en el estado del momento en que ellas ocurren.¹⁴²

C.- LOS REQUISITOS

Siendo el interdicto posesorio una acción especialísima, de alcance limitado y de tramitación breve, presupone la concurrencia copulativa de ciertos presupuestos, sin los cuales dicha acción no podría prosperar. Así, se debe cumplir con los siguientes requisitos:

- 1.- Ser Poseedor.
- 2.- Que la cosa sea susceptible de acción posesoria.
- 3.- la existencia de hechos perturbatorios de la posesión.

1.- SER POSEEDOR

Como ya se ha dicho, las acciones posesorias tienen por fundamento la posesión y por fin protegerla, pretendiendo que el demandante sea mantenido en su posesión, por lo que esta acción va a corresponder al que tiene efectivamente la posesión de la cosa, independientemente que sea por sí o por medio de otra persona a su nombre.¹⁴³

La posesión es un requisito indispensable para poder impetrar una acción posesoria. Se ha dicho que las acciones posesorias deben su nombre a la posesión, debiendo exhibir la posesión quien haga uso de

¹⁴¹ En este sentido, Corte de Apelaciones de La Serena. Fallo de 26 de junio de 2008. Rol 12-2008; Corte de Apelaciones de Antofagasta. Fallo de 9 de junio de 2010. Rol 49-2009; y, Corte de Apelaciones de Valparaíso. Fallo de 21 de noviembre de 2012. Rol 1795-2012.

¹⁴² En este sentido, Corte de Apelaciones de Santiago. Fallo de 28 de mayo de 2009. Rol 5.897-2006.

¹⁴³ Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 497.

ella.¹⁴⁴ Reiteradamente, nuestros tribunales superiores de justicia, al conocer de un interdicto posesorio, comienzan su análisis constatando la existencia de este primer presupuesto, de lo que se deriva su categoría de elemento principal.¹⁴⁵

El interdicto puede ser utilizado por cualquier poseedor perturbado o despojado, pero debe tratarse de una verdadera posesión, es decir, de una posesión con *animus domini*. Este requisito fluye del contenido del artículo 918 CC., “No podrá instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo”. Exigencia de debe tenerse al momento de impetrar la defensa posesoria y no después de incoado el interdicto.¹⁴⁶

La exigencia de ser poseedor deriva de naturaleza y fines de estas acciones y la protección alcanza tanto a la posesión regular como a la irregular, toda vez que la ley no ha efectuado en esta materia una distinción excluyente.¹⁴⁷ Así, para ser amparado mediante un interdicto posesorio, se requiere tener efectivamente la posesión de la cosa, sea por sí mismo o por otra persona que la tenga a su nombre, por ejemplo un mandatario o arrendatario.¹⁴⁸

La posesión, para que pueda ser amparada por los interdictos, debe manifestarse en forma substancial, por hechos concretos, precisos y determinados que la acusen inequívocamente.¹⁴⁹ Asimismo, la posesión debe recaer sobre un bien específicamente delimitado, con sus deslindes

¹⁴⁴ En este sentido, Mendoza Aylwin, Sergio. Ob. cit. p. 12.

¹⁴⁵ En este sentido, Excma. Corte Suprema. Fallo de 26 de mayo de 2008. Rol 1.144-2006; Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 6 de octubre de 2010. Rol 1.435-2009; y, Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 25 de junio de 2012. Rol 747-2011.

¹⁴⁶ Excma. Corte Suprema. Fallo de 24 de septiembre de 2009. Rol 5.080-2008.

¹⁴⁷ En este sentido, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 547; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 324; y, Tocornal Gándarillas, Tomás. Ob. cit. p. 20.

¹⁴⁸ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 497.

¹⁴⁹ RDJ. T. 40 secc. 2, p.56.

conocidos,¹⁵⁰ toda vez que, tratándose de inmuebles, es ésta su forma de determinación.¹⁵¹

Tratándose de un poseedor inscrito, se ha suscitado una discusión en torno a cuál sería la acción posesoria idónea para defender su posesión. Esta controversia tiene sentido, toda vez que conforme el artículo 924 CC., su posesión se prueba con la inscripción en el Registro del Conservador del título respectivo, y mientras esta inscripción subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla. La posesión inscrita perdura y no cesa en sus efectos mientras no sea cancelada por la voluntad de las partes que en ella intervinieron, por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito ha transferido su derecho a otro, o haya mediado decreto judicial.

Así entonces, si un tercero realiza actos que importan privación de la cosa al poseedor inscrito, como expulsarle del predio o impedirle el ingreso, dichos actos no constituyen despojo de la posesión, sino sólo actos de perturbación que dan lugar a la acción posesoria de amparo.¹⁵²⁻
¹⁵³ En efecto, si un poseedor inscrito es privado de la posesión material, no resulta procedente la interposición de una querrela de restitución, por cuanto aquél conserva continuamente su posesión y, cualquier acto de despojo del que sea víctima, no pasará de ser un mero acto de turbación

¹⁵⁰ En este sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso. Fallo de 10 de diciembre de 2007. Rol 1372-2007; Corte de Apelaciones de Iquique. Fallo de 20 de abril de 2012. Rol 710-2011; y, Corte de Apelaciones de La Serena. Fallo de 26 de septiembre de 2006. Rol 882-2006.

¹⁵¹ En este sentido, Mendoza Aylwin, Sergio. Ob. cit. p. 13.

¹⁵² En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 425. Este autor, ha señalado que no es óbice a dicho razonamiento la redacción del artículo 704, actual 551 CPC; por cuanto dicha norma permite perfectamente que el querellante, poseedor de un inmueble inscrito, se querelle de amparo contra el que le ha quitado la tenencia, pues sus actos en el hecho son sólo una turbación y no un despojo de la posesión.

¹⁵³ Para más antecedentes v. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 329 y sgts; y Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 557; en este sentido, Abascal Brunet, Alejandro. Ob. cit. p.71 y sgts.

que, en la práctica, debe ser remediado mediante la interposición de una querrela de amparo. Así por lo demás lo han resuelto reiteradamente nuestros tribunales.¹⁵⁴ Este mismo remedio procesal tiene el poseedor inscrito que se opone a que otro inscriba un título sobre el mismo inmueble y, lo mismo, si un tercero logró inscribir.¹⁵⁵

Sin embargo, la situación del poseedor inscrito no ha sido un tema pacífico. Existe un sector minoritario que ha estimado que sí procede la acción posesoria de restitución, cuando se ha privado al poseedor inscrito de alguno de los atributos de ésta. Esto, por cuanto estiman que, aún en los bienes inscritos, la posesión material es un elemento fundamental, por lo que, al privar al dueño de la tenencia material, se le está privando de una parte integrante de su posesión (el corpus), y habría por ende un despojo parcial.¹⁵⁶

A.- CONDICIONES QUE DEBE REUNIR LA POSESIÓN

Del artículo 918 CC, antes transcrito, surgen tres condiciones, que sucesivamente estudiaremos, necesarias para que la posesión dé derecho a la defensa posesoria: posesión anual y que esta posesión anual sea tranquila e ininterrumpida. Será el querellante quien deberá probar estas tres condiciones de la posesión;¹⁵⁷ carga probatoria que alcanza incluso al

¹⁵⁴ Excma. Corte Suprema. Fallo de 24 de septiembre de 2009. Rol 5.080-2008; Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 25 de junio de 2012. Rol 747-2011; Corte de Apelaciones de Iquique. Fallo de 21 de agosto de 2012. Rol 183-2012; y, Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 28 de enero de 2013. Rol I.560-2012.

¹⁵⁵ En este sentido, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 556; Abascal Brunet, Alejandro. Ob. cit. p. 72; RDJ. T. 19 secc. 1, p. 283; T. 25 secc. 2, p. 27; y, T. 39 secc. 1, p. 89. En oposición, RDJ. T. 10 secc. 2, p. 1.

¹⁵⁶ RDJ. T. 52 secc. 1, p. 294 y T. 27 secc. 1, p. 183; Corte de Apelaciones de Temuco. Fallo de 28 de agosto de 2007. Rol 831-2005, y Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 6 de septiembre de 2012. Rol 651-2012.

¹⁵⁷ RDJ. T. 7 secc. 2, p.1; T. 15 secc. 1, p.558; T. 26 secc. 1, p.302; y Excma. Corte Suprema. Fallo de 11 de junio de 2009. Rol 2.800-2008.

dueño o presunto dueño, quien, si no prueba su posesión material por el tiempo que establece la ley, no logrará una sentencia favorable.¹⁵⁸ En igual situación se encuentra el Fisco cuando deduce un interdicto posesorio. En efecto, no hay precepto legal que establezca que el Fisco tiene, por el sólo ministerio de la ley, la posesión de los terrenos que carecen de dueño, por cuanto el artículo 590 CC., sólo se refiere al dominio, debiendo en consecuencia probar la posesión que invoca.¹⁵⁹

1.- POSESIÓN DE UN AÑO

En el derecho romano no se exigía esta anualidad, bastaba una posesión actual al tiempo de producirse la turbación o despojo. Este requisito de un año, tuvo su origen en el derecho germánico, pasando a la legislación francesa y de ahí a nuestro Código Civil.¹⁶⁰

Las normas sustantivas del código de Bello y las adjetivas del Código de Procedimiento Civil, establecen como requisito para ser legitimado activo de las acciones posesorias, el haber estado en posesión tranquila y no interrumpida durante un año completo. Se requiere entonces, que la posesión haya durado un año completo antes del acto de turbación o

¹⁵⁸ RDJ. T.40 secc. 2, p. 56.

¹⁵⁹ RDJ. T.26 secc. 1, p. 302.

¹⁶⁰ Este plazo deriva de la institución del derecho medieval "*Saisine*" (investidura), mediante la cual, cada vez que el poseedor de un fundo quería transmitirlo, debía cumplir con la *saisine* ante el señor feudal y, en su defecto, la transmisión era nula. Con el devenir de los años, se llegó a admitir que la posesión anual del adquirente, cuando no había existido investidura, tenida con el consentimiento tácito del señor, valía como *saisine* y hacía adquirir la propiedad. En la época de las cruzadas, advirtiéndose que se trataba de una prescripción demasiado breve, se proclama el siguiente principio "Si el propietario debe sucumbir a la posesión, cuando su desposesión ha durado un año, él puede probar su propiedad y triunfar, pero hasta que esta prueba no sea rendida, el poseedor anual se presume propietario". Para más antecedentes v. Salvat, Raymundo. Ob. cit. p. 298; Lafalle, Héctor. Ob. cit. p 301 y sgts; Mariani de Vidal, Marina: "Derechos Reales". Edit. Zavalia, Buenos Aires, 2004, p. 234; Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Ob. cit. p.149; y, Aguirre Flores, Francisco. Ob. cit. p. 46.

despojo. Este plazo mínimo de un año, se cuenta hacia atrás desde la fecha del embarazo o despojo.¹⁶¹ “El año debe ser completo y por lo mismo, la acción podrá instaurarse en el primer día que sigue aquél en que se completa el año, día que conforme a las reglas generales, principia en la media noche en que termina el día en que se completa el año”.¹⁶² Así entonces, si el poseedor ha entrado en posesión el día 1 de enero, estaría habilitado para impetrar la acción posesoria una vez pasado el 1 de enero del año siguiente, esto es, a partir del día 2 de enero, circunstancia que deberá acreditar quien lo alega.¹⁶³ No obstante, deben tenerse presente las reglas especiales del cómputo del plazo anual contenidas en el inciso segundo del artículo 48 CC.

El plazo de un año de posesión no se entiende perdido, si antes del año se obtiene una sentencia restitutoria que establece la continuidad de la posesión del actor, ni se pierde la posesión si se recupera la cosa por entrega judicial.¹⁶⁴

Cabe anotar que la exigencia del año de posesión sólo se refiere a las acciones posesorias propiamente tales, cuyo objeto es conservar o recuperar la posesión de los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos.¹⁶⁵ Tratándose de la querrela de restablecimiento o llamada también acción de despojo violento, la ley no ha exigido como requisito un tiempo de posesión o tenencia, basta una posesión actual, de modo que si el despojo se produce a los instantes después de entrado el querellante en la posesión o mera tenencia del inmueble, el querellante está legitimado

¹⁶¹ En este sentido, RDJ. T. 1 secc. 2, p.321; T.3 secc. 2, p. 120; y, Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 13 de junio de 2012. Rol 1.080-2011.

¹⁶² Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 506.

¹⁶³ RDJ. T. 1 secc. 1, p. 446.

¹⁶⁴ GT. De 1.890 N° 713, p. 343; y, de 1.875, N° 2844, p. 1334.

¹⁶⁵ RDJ. T. 14 secc. 1, p. 142.

para incoar dicha acción.¹⁶⁶ Esto deviene de lo preceptuado en el artículo 928 CC. Dicha norma, redactada en términos amplios, otorga protección posesoria a todo aquel que violentamente ha sido despojado y que, por causa cualquiera, no puede incoar una acción posesoria y, teniendo además presente el fin perseguido de evitar el despojo violento y la justicia por sí mismo, se ha concluido que la ley no le exige un plazo de posesión.¹⁶⁷ En efecto, la necesidad de reprimir todos los actos de violencia, conduce a no exigir una posesión anual para conceder el interdicto de restablecimiento. Con ello se realiza la función social y de policía, con que fue históricamente concebida. Se toma en consideración, más bien, la gravedad de la perturbación que la calidad de posesión perturbada. Por ello, se le reconoce un campo de aplicación mas vasto que el interdicto de amparo o restitución.¹⁶⁸ En este sentido se han pronunciado nuestros tribunales.¹⁶⁹

La exigencia de anualidad en la posesión, se explica porque una posesión mantenida durante un año presenta todos los caracteres de estar fundada en un derecho legítimamente constituido, al cual la ley debe proteger.¹⁷⁰ Se protege al poseedor anual porque se le presume propietario, tiene mayor jerarquía que el que no lo es.¹⁷¹ En el transcurso de ese tiempo, hay margen para demostrar que se tiene realmente una posesión y no una simple tenencia u ocupación momentánea. Es en ese

¹⁶⁶ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 528; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 359; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p.559.

¹⁶⁷ Para más antecedentes Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 529.

¹⁶⁸ En este sentido, Mazeaud, Henri y Mazeaud, Jean: "Lecciones de Derecho Civil". Trad. de Luis Alcalá- Zamora y Castillo. Edit. Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1960, V. IV, Parte II, p. 177.

¹⁶⁹ Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 23 de octubre de 2007. Rol 3.563-2001 y Fallo de 14 de junio de 2004. Rol 127-2003; y, Corte de Apelaciones de Arica. Fallo de 26 de septiembre de 2012. Rol 273-2012.

¹⁷⁰ En este sentido, Salvat, Raymundo. Ob. cit. p. 448 y 449.

¹⁷¹ En este sentido, Mariani de Vidal, Marina. Ob. cit. p. 234.

periodo donde se realizan la mayoría de los hechos y actos que exteriorizan una posesión inequívoca, tales como la producción y cosecha de los frutos del inmueble.¹⁷² Anualidad que se cumpliría con tal de cosechar y cultivar el terreno durante la estación adecuada. Además, constituye una garantía que el legislador ha tomado para evitar el desorden que se produciría si bastara una posesión de días u horas para obligar al poseedor a seguir un proceso para defender su posesión y tener, tal vez, que probar su dominio.¹⁷³ Además, un año es el término requerido para que el poseedor vicioso purgue los vicios con los cuales ha obtenido la cosa. Concluido este periodo, el poseedor anterior no podrá impetrar las acciones posesorias, empezando para el poseedor actual el cómputo de la prescripción adquisitiva.¹⁷⁴ Finalmente, un año es un tiempo suficiente de estabilidad posesoria.¹⁷⁵

Este plazo de un año se encuentra en perfecta armonía con el plazo de prescripción de la acción respectiva, cumple entonces un doble papel: autoriza la procedencia de esta acción e inhibe al anterior poseedor del ejercicio del interdicto. Así, podrá el poseedor perturbado o despojado ejercitar su interdicto, sin que el despojante o perturbador pueda oponer la prescripción de la acción en su favor; evitando que éste último pueda, a su vez, demandar el amparo o mantenimiento de una posesión respecto de la cual no tiene mejor derecho.¹⁷⁶

¹⁷² Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 326.

¹⁷³ Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 504.

¹⁷⁴ En este sentido, Gurfinkel de Wendy, Lilian: "Derechos Reales". Edit. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, T. II, p. 1466. Señala esta autora que, según una nota de Vélez al art. 2473 CC argentino, citando a Troplong, el hecho de gozar de una cosa en forma pública, pacífica y no interrumpida durante un año, hace presumir que el que la ejerce es propietario, de tal modo, que no sea turbado hasta que se pruebe que el poseedor no es propietario.

¹⁷⁵ En este sentido, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 547.

¹⁷⁶ En este sentido v. Mendoza Aylwin, Sergio. Ob. cit. p. 14; y, Aguirre Flores, Francisco. Ob. cit. p. 45. Para más antecedentes, v. Tocornal Gándarillas, Tomás. Ob. cit. p.19.

Lo dicho, no implica que el poseedor que no es anual carezca de toda protección posesoria. El artículo 928 CC., concede acción al poseedor despojado violentamente; lo mismo si es perturbado por un tercero que no tiene posesión material anual ni inscrita; debe recordarse además la adquisición de los frutos de la cosa si su posesión era de buena fe; y, por último, la inversión de la carga probatoria cuando es reivindicado. En efecto, como el propietario es quien posee casi siempre, la posesión lleva a presumir la propiedad en el poseedor.¹⁷⁷ El peso de la prueba en la reivindicación corresponde al actor, dado que el demandado tiene a su favor la presunción del artículo 700 CC.¹⁷⁸ Se trata de una presunción simplemente legal.¹⁷⁹ La posesión asigna al poseedor el papel de demandado en la acción reivindicatoria. De esta manera, si dos personas pretenden ser propietarias de un mismo bien, y no pueden presentar prueba de su derecho de propiedad, tendrá sentencia favorable quien desempeñe papel de demandado, dado que la carga de la prueba le incumbe al demandante. Quien ha perdido la posesión no está amparado por la presunción de dominio;¹⁸⁰ de ahí la importancia de obtener un juicio posesorio antes de recurrir al petitorio. Sin embargo, la mala fe demostrada, como sería el caso de una sentencia criminal condenatoria por delito de usurpación, no puede llevar a presumir la propiedad.¹⁸¹ No obstante la mala fe del usurpador, la víctima tendrá que accionar en contra del despojante, quien asumirá el papel de demandado, sin perjuicio que resultará fácil al verdadero poseedor obtener una sentencia favorable. Esto es así, porque el delito de usurpación regulado en nuestro Código Penal, no contempla como efecto la restitución del inmueble; y bien pudo

¹⁷⁷ Mazeaud, Henri y Mazeaud, Jean. Ob. cit. p. 179.

¹⁷⁸ RDJ. T. 13 secc. 1, p. 521.

¹⁷⁹ RDJ. T. 31 secc. 1, p. 93.

¹⁸⁰ G.T. de 1880, N° 1214, p. 841.

¹⁸¹ En este sentido, Mazeaud, Henri y Mazeaud, Jean. Ob. cit. p. 180.

el usurpador asentarse en el lugar, por lo que necesariamente deberá recurrirse a la vía civil.

Al igual que nuestro sistema, muchos otros contemplan un periodo mínimo de un año de posesión para poder impetrar una acción posesoria.¹⁸² Sin embargo, existen otros, como el español, peruano y mexicano, que no exigen un plazo mínimo de posesión previa para poder impetrar una acción posesoria.¹⁸³

¹⁸² En el sistema italiano, para ejercitar la acción de mantenimiento (equivalente entre nosotros a la de amparo), se requiere una posesión de más de un año en forma continua y no interrumpida (art. 1170 CC.); por el contrario, tratándose de la acción de reintegración o de despojo, concebida como tutela contra actos de privación, o de menoscabo grave, violentos u ocultos, (equiparable entre nosotros a la de restablecimiento), no se ha establecido un plazo mínimo de posesión de la cosa (art. 1168 CC.). Para más antecedentes v. Messineo, Francesco. Ob. cit. p. 234 y sgts;

En el derecho francés, se requiere la condición de poseedor anual. Sin embargo, tratándose de la acción de reintegración, por excepción, puede ser ejercida aun cuando la víctima de la desposesión haya poseído menos de un año (artículo 1264 Código de Enjuiciamiento Civil) Para más antecedentes v. Cornú, Gérard: "Derecho Civil. Los Bienes". Edit. Juricentro, San José, 1996, p. 735; y, Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Ob. cit.p.149.

El sistema argentino exige anualidad (arts. 2473 y 2481 CC.), pudiendo el poseedor integrar la posesión anual, uniendo su posesión a la de su antecesor (art. 2474 CC). La razón del requisito de la posesión anual viene explicada por el codificador en la nota al art. 2473. Indica que en el derecho romano no se requería sino la posesión actual para intentar la acción posesoria, no importando si fuese viciosa. Cita también a Troplong, en lo referido a la anualidad; reconociéndose entonces su origen en el antiguo derecho francés, que exigía la posesión de un año y un día. Para más antecedentes v. Laquis, Manuel Antonio. Ob. cit. p. 524; y, Musto, Néstor. Ob. cit. p. 310.

En este sentido también, los sistemas colombiano (art. 974 CC), venezolano (art. 782 CC.), uruguayo (art. 663 CC.) y boliviano (art. 1461 y 1462 CC), éste en cuanto se refiere a la acción para conservar la posesión, no así la acción para recuperar la posesión, que no exige plazo de posesión.

¹⁸³ En el derecho español, no se ha exigido un plazo mínimo de posesión. Hernández Gil postula la idea de que, en el campo de los interdictos, hay que acostumbrarse a pensar en la posesión *per se*, abstraída no sólo del derecho que la otorgue, sino también de su propia génesis como posesión sin más. Se ha estimado que la duración de un año de posesión no es esencial; ninguna norma lo exige así y siempre el poseedor actual puede sumar a su tiempo el de su causante. En efecto, el artículo 446 CC. extiende la protección posesoria a todo poseedor; y el despojante adquiere la posesión como hecho desde que se

2.- POSESIÓN TRANQUILA

Si bien el legislador no ha señalado lo que debe entenderse por posesión tranquila, ha sido la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales quienes han contribuido a superar este vacío. "Llámase posesión tranquila la que se ejerce públicamente y sin contradicción de extraños que la disputen al poseedor".¹⁸⁴ "La posesión tranquila es la que se ejerce públicamente por quien se conduce como lo haría el propietario y que no es turbado ni molestado con reclamaciones o actos de otras personas; y un poseedor que anda ocultando su posesión de aquéllos que, conociéndola, reclamarían en su contra por medio de interdictos o acciones reivindicatorias, no puede tener una posesión tranquila".¹⁸⁵

Al establecer el código esta exigencia de "tranquilidad", lo que se busca, es que el poseedor haya tenido una posesión que sea manifestación

consume el despojo, perdiéndola el despojado, que sólo la conserva como derecho. Para más antecedentes v. Díez-Picazo, Luis: "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III". Edit. Thomson, t edic. Pamplona, 2008, p. 736; Domínguez Moya, Oscar: "La Tutela Sumaria para Retener y Recobrar la Posesión". Edit. Tirant, Valencia, 2007, p. 52 y sgts; Albaladejo, Manuel. Ob. cit. p. 96; y, Hernández Gil, Antonio: "La Posesión". Edit. Civitas S.A. Madrid, 1980, p. 746.

En el sistema peruano, la exigencia de anualidad no aparece contemplada en los artículos 603 y 606 del Código Procesal Civil. Y el artículo 921 CC., prevé la posibilidad de excepcionarse para el poseedor que tiene la cosa hace más de un año.

En el derecho mexicano (art. 803 código civil), conforme a los códigos civil y de procedimientos civiles vigentes, pueden entablar el interdicto de retener y de recuperar la posesión el que se encuentre en la tenencia de la cosa, aun cuando no haya tenido una posesión de más de un año; basta con que justifique su derecho a esa tenencia por posesión originaria o derivada. Situación que no ocurría antes de la reformas a dichos códigos, donde expresamente exigía la posesión anual para entablar el interdicto. En la actualidad, independientemente del tiempo, se toma en cuenta sólo el mejor derecho para poseer, debiendo entenderse no para discutir la posesión originaria, sino la tenencia de la cosa, bien sea por posesión originaria o derivada. Para más antecedentes v. Rojina Villegas, Rafael: "Compendio de Derecho Civil". Edit. Porrúa, México DF, 2012, p. 302 y 307.

¹⁸⁴ Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. Cit. p. 326.

¹⁸⁵ Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 503.

de un derecho efectivo en la cosa objeto del interdicto;¹⁸⁶ no siendo óbice, de aquélla, la circunstancia de que ésta sea irregular. En efecto, la irregularidad de la posesión, no es incompatible con la tranquilidad de la misma, ya que podría ser pacífica si nadie molesta al poseedor, como sería el caso en que la irregularidad emanara de la falta de título.¹⁸⁷

Así, la posesión requerida por nuestro ordenamiento civil, para efectos de la protección posesoria, requiere ser tranquila, esto es, que su titular usufructúe de ella en forma pacífica, sin vicios de violencia o clandestinidad; de lo contrario, se le negaría protección posesoria. Así entonces, tienen posesión tranquila tanto el poseedor regular como el irregular, pero no los poseedores inútiles, entendiendo por tales a aquellos que han utilizado la violencia o la clandestinidad.¹⁸⁸

La posesión violenta, es la que se adquiere por la fuerza. Está circunscrita, no sólo a las vías de hecho, sino también a la violencia moral. Se ejercen fuera de la razón y de justicia, injustamente contra derecho.¹⁸⁹

La violencia, de conformidad al artículo 710 del Código Civil, puede ser actual o inminente, siendo el carácter violento inicial el que vicia la posesión; por el contrario, si el origen de la posesión es pacífico y luego se emplea fuerza para mantenerse en la posesión, no pierde ésta su condición de pacífica.

Se ha sostenido que la posesión viciosa en materia posesoria es temporal. Esto será así, cada vez que el usurpador adquiere la posesión por medio de la fuerza y el despojado no persevera en su afán de recobrar la cosa, cesando con ello todo acto de defensa del usurpador. Pasará, entonces, la posesión a ser tranquila, sirviendo para los efectos de la

¹⁸⁶ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 504.

¹⁸⁷ En este sentido, Mendoza Aylwin, Sergio. Ob. cit. p. 15.

¹⁸⁸ Para más antecedentes, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 326; y Jiménez Larrain, Fernando. Ob. cit. p.16.

¹⁸⁹ En este sentido, RDJ. T. 45 secc. 1, p. 663.

prescripción y la defensa posesoria. Por tanto, aunque inicialmente se haya poseído por medio de la fuerza y, después, ésta cesa, la ley ampara esta posesión. Esto es así, porque es la fórmula que permite evitar la justicia privada, procurando a los interesados acciones judiciales.¹⁹⁰

No es necesario que los obstáculos a la tranquilidad sean únicamente de índole material; bien podrían ser de naturaleza jurídica, derivada de una acción judicial en que se revisa la situación posesoria.¹⁹¹

Por su parte, la clandestinidad como vicio de la posesión, de acuerdo al artículo 713 CC., es la que se ejerce ocultándola de los que tiene derecho para oponerse a ella. Es lo opuesto a la posesión pública, siendo esta publicidad la forma de exteriorizar, *erga omnes*, la existencia y naturaleza de una relación real.¹⁹²

No es necesario que el ocultamiento se haga respecto de todo el mundo, bastando sólo respecto de aquellos que tienen derecho a oponerse a ella, pudiendo la clandestinidad aparecer en cualquier momento y no necesariamente en el origen de la posesión.¹⁹³ Asimismo, se deja de ser poseedor clandestino, cuando se ejerce la posesión sin ocultarla de quienes tienen derecho a oponerse a ella; de lo que se sigue, que el vicio de clandestinidad es temporal, pues puede desaparecer.¹⁹⁴

3.- POSESIÓN NO INTERRUMPIDA

La ley exige que la posesión sea ininterrumpida. Y deja de serlo cuando se interrumpe en forma natural o civil (art. 2.501 CC.).

¹⁹⁰En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 500; y, Jiménez Larrain, Fernando. Ob. cit. p.16.

¹⁹¹ Para más antecedentes, Aguirre Flores, Francisco. Ob. cit. p. 56.

¹⁹² En este sentido, Gurfinkel de Wendy, Lilian. Ob. cit. p. 1470.

¹⁹³ En este sentido, Jiménez Larrain, Fernando. Ob. cit. p.17.

¹⁹⁴ Excma. Corte Suprema. Fallo de 28 de julio de 2009. Rol 3.583-2008.

En la interrupción natural, se priva al poseedor del goce de la cosa. El artículo 2502 CC. plantea dos hipótesis de interrupción natural. La primera, cuando, sin pasar la posesión a otro sujeto, se hace imposible el ejercicio de actos posesorios a consecuencia de accidentes físicos, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada. El efecto se traduce en descontar todo el tiempo que ha durado la interrupción. La segunda hipótesis, se presenta cuando se pierde la posesión porque otro ha entrado en ella. En este caso, se malogra todo el tiempo de la posesión anterior, salvo que ésta se recupere legalmente, mediante el ejercicio de un interdicto posesorio, caso en el cual, no se entenderá haber existido interrupción para el desposeído. Este segundo tipo de interrupción natural se produce, no sólo por haberla perdido el poseedor por su falta de cuidado o culpa, sino cuando le ha sido arrebatada, inclusive, violentamente por el usurpador.¹⁹⁵

La interrupción civil, se produce cuando se dirige en contra del poseedor una demanda en justicia, por quien se pretende verdadero dueño de la cosa, o medie reconocimiento de parte del poseedor del derecho del verdadero propietario. La gestión judicial afecta al poseedor desde su notificación, pues, desde entonces, no se le considera verdadero poseedor. Sólo podrá beneficiarse de esta interrupción quien ha intentado la acción, a menos que, no se hubiere practicado notificación de la demanda en forma legal, haya operado desistimiento del actor, se declare abandonada la instancia, o que el demandado obtenga sentencia absolutoria (art. 2503 CC.).

No se exige que el poseedor haya estado ejecutando constantemente actos posesorios, sino que la posesión sea continua, esto es, que se ejerza

¹⁹⁵ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 503.

sin intermitencias ni lagunas.¹⁹⁶ Basta que la posesión haya sido ejercida en la forma y oportunidades que corresponda a la naturaleza de la cosa poseída. Un claro ejemplo, como indica Salvat, lo encontramos en la posesión de un bosque destinado a corte de madera; basta que el poseedor haya ejercido su derecho en todos los periodos o épocas en que regularmente se procede al corte.¹⁹⁷

Mientras persista la voluntad de poseer, se conserve la posesión de la cosa y ésta no haya sido interrumpida, puede ejercitarse, una defensa posesoria;¹⁹⁸ circunstancias que deberán apreciar los tribunales según el caso. Ahora bien, quien recupera legalmente la posesión pedida, se entiende que la tuvo también en el tiempo intermedio.

Finalmente, tratándose de la posesión de servidumbres, será necesaria la prueba de actos de ejercicio, ya que su falta de uso, extingue el derecho.¹⁹⁹

B.- ACCESIÓN DE POSESIONES

En materia de protección posesoria, procede la agregación de posesiones.

El inciso final del artículo 920 CC., en armonía con lo prescrito en el artículo 511 CPC., y las reglas sobre la continuación de la posesión, dadas

¹⁹⁶ En este sentido, Salvat, Raymundo. Ob. cit. p. 351; y, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 504.

¹⁹⁷ Salvat, Raymundo. Ob. cit. p. 351.

¹⁹⁸ En el sistema argentino, a diferencia del nuestro, la posesión continua es un elemento distinto a la prescripción ininterrumpida; donde la interrupción de la posesión, salvo el caso del reconocimiento del poseedor, es siempre un acto de un tercero que se manifiesta por hechos positivos, ya se trate de interrupción natural o civil; en cambio, la discontinuidad, es la obra del mismo poseedor que deja de ejercer actos de posesión, se trata de omisiones del poseedor. Para más antecedentes v. Salvat, Raymundo. Ob. Cit. p. 352; Lafalle, Héctor. Ob. cit. p. 307; y, Gurfinkel de Wendy, Lilian. B. Ob. cit. p. 1.468.

¹⁹⁹ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 504.

por los artículos 717, 718 y 719 del Código Civil, se aplican a las acciones posesorias.²⁰⁰ En consecuencia, puede el poseedor agregar a su posesión la de su antecesor o de una serie no interrumpida de antecesores;²⁰¹ no siendo necesario que el poseedor cumpla por sí solo el año de posesión. De esta forma, se supera la dificultad de exigir un año completo de posesión, personalmente al poseedor. Por lo demás, en este sentido lo ha entendido y aplicado reiteradamente nuestros tribunales.²⁰²

Para que pueda operar la accesión de posesiones, es necesario que exista un vínculo jurídico (sea a título universal o singular) entre el actual poseedor y su antecesor; entendiéndose por antecesor, toda persona que, en virtud de una causa legal, deriva inmediatamente su posesión de otra persona.²⁰³ Por esta razón, el ladrón o el usurpador, no pueden agregar a su posesión la del sujeto robado o usurpado, ya que éste no es jurídicamente su antecesor.²⁰⁴ Por tanto, la única forma de probar la condición de sucesor y con ello el derecho a hacer operar la agregación de posesiones, es mediante la existencia de un título legal, como la compraventa, permuta, donación, etc. Pero, siguiendo a Gurfinkel, para acreditar la accesión de posesiones no basta el título legal, sino que debe demostrarse, además, el ejercicio de la posesión; lo que, según esta autora, se exterioriza mediante la realización de actos posesorios de parte del cedente, resultando insuficiente la simple exposición efectuada en una

²⁰⁰ Esta disposición no venía en el proyecto de 1853, sólo fue incorporado posteriormente por la Comisión Revisora. Para más antecedentes v, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 506; y, Aguirre Flores, Francisco. Ob. cit. p. 49.

²⁰¹ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 506.

²⁰² Excma. Corte Suprema. Fallo de 24 de noviembre de 2009. Rol 5.080-2008; Excma. Corte Suprema. Fallo de 13 de abril de 2010. Rol 7.660-2008; Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 25 de junio de 2012. Rol 747-2011; y, Corte de Apelaciones de Chillán. Fallo de 5 de noviembre de 2012. Rol 323-2012.

²⁰³ En este sentido, Vodanovic H., Antonio: "Curso de Derecho Civil". Edit. Nascimento, Santiago, 1957, T. II, p 530.

²⁰⁴ En este sentido, RDJ. T. 63 secc. 2, p. 104; y, T. 63 secc. 1, p. 169.

escritura pública en el sentido de que el antecesor ha ejercido la posesión pública e ininterrumpida, con ánimo de dueño.²⁰⁵

Se ha resuelto que la posesión irregular del antecesor, si se agrega a la del actual poseedor regular, hace irregular la posesión de este último.²⁰⁶ Por el contrario, los defectos de los títulos de los poseedores anteriores no se transmiten ni se transfieren a los de sus sucesores, a menos que estos quieran añadir a su propia posesión la de sus antecesores, en cuyo caso la adquieren con sus vicios. Esto último se explica porque, siendo la posesión un hecho personal, sólo comienza con el poseedor.²⁰⁷

Finalmente, la relación real debe versar sobre idénticas cosas y las posesiones que se invocan, a los efectos de la unión, debe ser de igual naturaleza, sea dominio, usufructo, uso, habitación, etc.²⁰⁸ Así, la posesión del usufructuario sólo puede aprovecharle a él mismo y no al nudo propietario, a nombre del cual no posee el usufructuario.²⁰⁹ Además el mero tenedor no puede agregar la posesión del que precedentemente tenía la posesión.²¹⁰

C.- OTRAS CALIDADES DISTINTAS AL POSEEDOR

1.- LOS MEROS TENEDORES

De conformidad al artículo 714 CC., el mero tenedor es aquél que detenta la cosa, reconociendo el dominio ajeno de la misma. Tienen esta

²⁰⁵ En este sentido, Gurfinkel de Wendy, Lilian. Ob. cit. p. 1467 y sgts.

²⁰⁶ GT. de 1910, N° 837, p. 299; y, RDJ. T. 10 secc. 1, p. 152.

²⁰⁷ RDJ. T. 34 secc. 2, p. 70; y, T. 43 secc. 2, p. 70.

²⁰⁸ En este sentido, Gurfinkel de Wendy, Lilian. Ob. cit. p. 1467 y sgts.

²⁰⁹ GT. de 1881, N° 1826, p. 1060. Se ha dicho que no puede sostenerse en derecho que, el usufructuario sea un antecesor del nudo propietario en el sentido que debe dársele tratándose de la accesión de posesiones. V. Repertorio Código Civil y Leyes Complementarias. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, T. III, p. 181.

²¹⁰ GT. de 1879, N° 1687, p. 1187.

calidad el acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, el arrendatario o el comodatario.

El mero tenedor detenta la cosa, bien porque tiene un derecho real sobre ella (caso del usufructuario o acreedor prendario) o bien, porque tiene un derecho personal respecto del dueño (caso del arrendatario o comodatario).²¹¹ En el primer caso, y como se verá en el punto siguiente, el Código Civil expresamente ha reconocido protección posesoria al usufructuario, al usuario y al habitador.

El mero tenedor, por regla general, al no ser poseedor, no está legitimado para impetrar una acción posesoria; falta en ellos el *animus domini* y la posesión. Son los poseedores, las personas a cuyo nombre detentan la cosa;²¹² directriz absoluta e inmutable. Absoluta, por cuanto el mero tenedor lo es no sólo del dueño, sino respecto de todos; inmutable, porque no varía por el transcurso del tiempo.²¹³ Así, entonces, un arrendatario u otro mero tenedor, que es perturbado por quien le entregó la cosa, aun teniendo derecho a disfrutarla según el tiempo determinado en el contrato, no tiene más remedio que acudir a la acción personal que emana del contrato respectivo; y, si quien perturba su tenencia es un tercero pretendiendo derechos sobre la cosa, deberá acudir al propietario, para que éste, instando las defensas posesorias, le proporcione una tenencia tranquila o le reincorpore en la misma, si ya fue despojado.²¹⁴

²¹¹ En este sentido, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 362.

²¹² En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 497; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 324.

²¹³ En este sentido, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 362; y, GT. de 1914, N° 674, p. 1942.

²¹⁴ Se ha resuelto que al comparecer un arrendatario, instaurando un interdicto posesorio en contra del arrendador, dicha acción no podría prosperar, porque aquel no está contemplado en el artículo 922 del CC., ejerciendo en este caso un derecho personal y no real en los términos contemplados en los artículos 577 y 578 del CC., y porque no reviste la calidad de poseedor del inmueble cuya restitución impetra. v. Corte de Apelaciones de Arica. Fecha 19 de abril de 2011. Rol 43-2011; ahora, si el arrendatario es turbado por un tercero que no pretende

No obstante lo dicho, el artículo 928 CC. otorga la llamada querrela de restablecimiento al mero tenedor que ha sido violentamente despojado. Amparándose en esta norma, un arrendatario, por ejemplo, podría recurrir de protección posesoria frente a un tercero e incluso contra el propietario que le dio en arriendo un inmueble.²¹⁵

Fuera del artículo 928 CC., el mero tenedor que es perturbado por un tercero o por quien le entregó la cosa bajo mera tenencia, no podrá impetrar a su respecto la defensa posesoria.

Situación análoga ocurre en el derecho francés, donde el poseedor precario, frente a la turbación ilegítima de quien le dio la cosa en arriendo, no tiene más solución que acudir a la acción personal que emana del contrato respectivo; y, si quien lo perturba es un tercero, a menos que pueda ejercitar a su respecto un derecho real, no tiene más remedio que acudir al propietario para que éste, instando la defensa posesoria, le proporcione una tenencia tranquila o le reincorpore en la tenencia, si ha sido despojado.²¹⁶

El derecho alemán, permite utilizar las acciones posesorias tanto frente a terceros como frente al propietario, cuando éste se ha apoderado ilícitamente del objeto; y, para conceder esta protección, basta con la posesión pura y simple, puesto que la posesión en nombre ajeno está amparada tan completamente como se actuara en calidad de dueño.²¹⁷ Esto es así porque, en el caso alemán, la construcción de la posesión

derecho sobre la cosa arrendada, en este caso, el arrendatario sólo tendrá en contra del turbador el derecho a la reparación del daño; y, si este tercero, pretende algún derecho sobre la cosa, el arrendatario deberá informarle al arrendador para este pueda impetrar la respectiva defensa posesoria. Para más antecedentes v, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 497.

²¹⁵ G.T. de 1903, N° 2.390, p. 1242.

²¹⁶ Para más antecedentes, Saleilles, Raymond: "La Posesión de Bienes Muebles". Trad. de La Revista. Edit. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927, p. 337; y, Cornú, Gérard. Ob. cit. p. 411 y sgts.

²¹⁷ En este sentido, Saleilles, Raymond. Ob. cit. p. 338 y sgts.

descansa sólo en la tenencia externa de la cosa, en la dominación fáctica sobre la misma;²¹⁸ son poseedores los que nosotros llamamos meros tenedores, pudiendo aquellos dirigir acciones posesorias contra terceros y contra el propietario.²¹⁹

En el sistema español, por aplicación de los artículos 446 CC. y 1651 de la Ley Procesal, la protección posesoria alcanza tanto a los poseedores como a los meros tenedores, pudiendo utilizar la defensa interdictal el poseedor a título de dueño, el simple ocupante o tenedor actual, el usufructuario, el prendario, el anticresista, el que disfruta del derecho de retención y el arrendatario. No así, el mero servidor de la posesión que, como el administrador de la finca, ejerce la posesión de otro.²²⁰

En el derecho argentino, fuera de las acciones policiales, el mero tenedor no está legitimado para impetrar acciones posesorias en sentido estricto.²²¹

2.- EL USUFRUCTUARIO, EL USUARIO Y EL HABITADOR

Como ya hemos dicho, el usufructuario, el usuario y el habitador, al ser meros tenedores, no poseen la cosa sobre la cual recae el derecho limitado. No pueden, entonces, impetrar las acciones posesorias, legitimidad que compete al nudo propietario o al que tiene la posesión de la cosa usufructuada o en que existe el uso o la habitación; esto, por

²¹⁸ Para más antecedentes v. Westermann, Harry; Westermann, Harm Peter; Gursky, Karl-Heinz; y, Eickmann, Dieter. Ob. cit. p. 146.

²¹⁹ En este sentido, Díaz Parra, Absalón. Ob. cit. p. 46; En el derecho alemán se consideran, además, como legitimados activos, al servidor de la posesión y al representante legal del poseedor (arts. 860 y 869 BGB).

²²⁰ Para más antecedentes v. Castan Tobeñas, José. Ob. cit. p. 624.

²²¹ Para más antecedentes Gurfinkel de Wendy, Lilian. Ob. cit. p. 1465; y, Mariani de Vidal, Marina. Ob. cit. p. 247.

cuanto estos derechos limitados no dan la posesión de la cosa sobre la cual ejercen su tenencia.²²²

No obstante lo anterior, el artículo 922 CC. les confiere expresamente al usufructuario, al usuario y al habitador, las acciones y excepciones posesorias. Ello es así, porque son propietarios y poseedores de sus derechos reales de usufructo, uso o habitación, pudiendo en tal carácter impetrar acciones posesorias de sus respectivos derechos.²²³ De ahí que el artículo 922 citado, utilice la expresión “acciones posesorias dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos”.

Así, entonces, al concurrir las condiciones de anualidad, tranquilidad y no interrupción, estarían habilitados para ejercer por sí una defensa posesoria, encaminada a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos, incluso en contra del propietario mismo (artículo 922 CC). Además, si el propietario es requerido, está obligado a auxiliar al usufructuario, al usuario y al habitador contra un tercero turbador, a objeto de suministrar pruebas que contraríen la posesión pretendida por el usurpador.²²⁴

Las sentencias obtenidas contra el usufructuario, el usuario o el habitador, obligan al propietario; salvo si se trata de la posesión del dominio de la cosa u otros derechos anexos a él, como la constitución de una servidumbre, y el propietario no haya intervenido en el juicio. Ello se explica porque aquellos están legitimados para defender sus propios

²²² En este sentido, Corte de Apelaciones de Talca. Fallo de 7 de noviembre de 2012. Rol 961-2012.

²²³ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 498; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 324; y, Abascal Brunet, Alejandro. Ob. cit. p. 29.

²²⁴ Para más antecedentes, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 498.

derechos, pero no la posesión del dominio, lo que deberá realizar el propietario participando en el respectivo juicio.²²⁵

Si la sentencia es favorable al usufructuario, el usuario o el habitador, manteniéndolos en la situación que existía antes de la turbación del tercero, el propietario está obligado a reconocer este derecho; si por el contrario, son vencidos, manteniendo la sentencia al turbador en posesión de alguno de los derechos de usufructo, uso o habitación, el propietario queda obligado a cumplir la sentencia y respetar los derechos del poseedor vencedor.²²⁶

En cuanto a las excepciones posesorias a que refiere el artículo 922 CC. el usufructuario, el usuario y el habitador, frente a la demanda de acción posesoria impetrada por un tercero que pretende posesión sobre la cosa o desconocer los derechos de usufructo, uso o habitación, deberán dar noticia al propietario para que defienda la posesión que ellos tienen (artículo 922 CC.); sin perjuicio de que ellos podrán defenderse, oponiendo al tercero su propio derecho real de usufructo, uso o habitación.²²⁷

En el sistema alemán, el artículo 868 del BGB, califica al usufructuario, acreedor prendario, arrendatario de uso y disfrute, arrendatario de uso, depositario, y a cualquier otro en una relación similar, como poseedores y les extiende a su favor la defensa posesoria. Como ya dijimos, esto se explica por el concepto que se tiene de posesión en el derecho alemán.

3.- LOS COMUNEROS

Los comuneros, de consuno, pueden impetrar acciones posesorias en contra de un tercero. De igual forma, un comunero, por sí solo, sin la

²²⁵ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 498; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 324

²²⁶ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 498.

²²⁷ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 499.

concurrancia de voluntad de los demás comuneros, puede entablar un interdicto posesorio en defensa de la cosa coposeída. Esto es así, porque la defensa posesoria representa un acto de conservación de su derecho y de los demás coposeedores;²²⁸ y, en el entendido de tratarse de un acto de conservación, puede ser impetrado por uno sólo de los comuneros, conforme lo disponen los artículos 2123 y 2124 CC., reconociendo la existencia de lo que en doctrina se ha denominado el mandato tácito.²²⁹ Frente a terceros, el coposeedor posee la cosa entera, pudiendo impetrar la protección posesoria. En efecto, en la comunidad, como en la coposesión, siempre hay un interés que sobrepasa el estrictamente individual de cada uno. El uso de la cosa, aunque se singularice en actos determinados, siempre está condicionado por un interés colectivo que, de algún modo, queda afectado, aun cuando la perturbación recaiga de un modo más directo en la esfera de un coposeedor. Este interés común, es el que permite que la defensa posesoria sea ejecutada conjuntamente por los diversos coposeedores o bien por sólo uno de ellos en defensa de la comunidad.²³⁰ Podemos considerar a la coposesión como una especie de posesión, donde hay una pluralidad de personas que disfrutan el derecho conjuntamente; y al estar toda posesión protegida mediante los interdictos, también debe estarlo la coposesión.

La dificultad que pudiere suscitarse al respecto, está dada por el eventual consentimiento que uno de los coposeedores haya prestado al acto que uno de los comuneros califica de turbación o despojo. En este evento, estimamos que el consentimiento de uno de los coposeedores es oponible a los demás, cuando este permiso sólo supone el ejercicio del

²²⁸ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 499; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 325; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 547.

²²⁹ En este sentido, Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 25 de junio de 2011. Rol 747-2011; y, RDJ. T. 83 secc. 2, p. 52.

²³⁰ En este sentido, Hernández Gil, Antonio. Ob. cit. p. 738.

propio derecho de uso y, cuando el coposeedor que consiente está facultado por los demás para hacerlo. Fuera de estos dos casos, el consentimiento prestado sólo impide ejercitar la defensa posesoria al comunero que consintió.

Creemos, que el asentimiento expreso de parte de los otros comuneros hace que se prescinda y se excluya el cometido de confianza, que puede arrogarse fíctamente un comunero, para representar al resto de la comunidad en un hecho que produce afectación a todo el bien.²³¹ El Tribunal Supremo de España, en fallo de 8 de abril de 1965, sentó la doctrina de que si alguno de los comuneros se opone al ejercicio de una acción posesoria, ya sea desautorizando al accionante de un modo explícito o afirmando lo contrario de lo sostenido por aquél, no puede considerársele legitimado para actuar; porque tal oposición revela que hay, sobre la materia discutida, criterios dispares y, hasta que dichas diferencias no desaparezcan, no se puede conocer con certeza cuál es el criterio más beneficioso para la comunidad, única norma que permite actuar o defenderse sin tener la representación de los demás codueños.²³²

Podría suscitarse la dificultad de que los coposeedores que representan la mayoría de los intereses en la coposesión, acuerdan entablar el interdicto respecto de toda la cosa común, contra un tercero; o bien, la mayor parte de los comuneros, ante una perturbación o despojo cometido por un tercero, adoptan el acuerdo de no entablar el interdicto correspondiente; en ambos casos, en oposición a la minoría de los

²³¹ En este sentido, Corte Apelaciones de Rancagua. Fallo de 25 de junio de 2012. Rol 747-2011; En derecho comparado conviene citar la doctrina alemana, que en similar hipótesis, así lo ha entendido. v. Westermann, Harry; Westermann, Harm Peter; Gursky, Karl-Heinz; y, Eickmann, Dieter. Ob. cit. p. 284.

²³² Para más antecedentes v. Arana de la Fuente, Isabel: "Interdictos Entre Coposeedores". Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 168.

comuneros. Creemos que, por aplicación de los artículos 2305 y 2054 ambos del Código Civil, el acuerdo válidamente adoptado por la mayoría vincularía a todos los demás. Amén de lo anterior, en la primera de las hipótesis, la decisión de accionar queda incluida entre los actos de administración de la cosa conjuntamente poseída, no siendo por tanto necesaria la unanimidad.

Por último, una vez disuelta la comunidad, cada comunero pasa a ser dueño y poseedor exclusivo de la parte que se adjudica, pudiendo entablar la acción posesoria uniendo al tiempo de su posesión exclusiva el tiempo transcurrido durante la indivisión.²³³

4.- LOS HEREDEROS DEL POSEEDOR

Pueden entablar también una acción posesoria. Se sigue la regla según la cual, el heredero continúa la persona del causante, sucediéndolo no solo en la propiedad sino también en la posesión del causante.

El artículo 919 CC. señala que el heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto el causante si viviese. De la norma enunciada, se derivan dos importantes efectos: Si fallece el poseedor durante el juicio posesorio, el heredero sucede en el juicio, pudiendo continuar la acción impetrada por su causante actor; y, si el poseedor fallece sin haber entablado la acción, durante el tiempo en que podía hacerlo, el heredero tendrá el derecho a promover el interdicto posesorio.^{234_235}

²³³ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 500.

²³⁴ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 507.

²³⁵ Se ha debatido en doctrina, si el artículo 919 CC. entra o no en pugna con el principio de intrasmisibilidad posesoria. Ello, por cuanto toda posesión principia en el mismo poseedor, pudiendo ser de buena fe aunque su causante la haya adquirido viciosamente. En tal caso, el heredero podrá agregar o no la posesión del causante a la suya para completar el año de posesión sobre el inmueble. Para

D.- ACTOS DE MERA FACULTAD Y MERA TOLERANCIA.

Son actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad de consentimiento de otro (inciso final artículo 2.499 CC.), como sería, por ejemplo, aprovechar las aguas de un predio propio.

Con respecto a los actos de mera tolerancia, se debe distinguir: para el que los tolera, serán aquellos actos que para él entrañan el ejercicio de un derecho, como es permitirlos o no, y a cuya ejecución no se opone, bien sea por caridad o porque no perjudican su derecho. Por otra parte, para el tercero que los realiza, son actos de mera tolerancia los que él lleva a cabo, sin la intención de ejecutar un derecho propio, beneficiándose de la condescendencia del dueño del derecho ejercitado.²³⁶

La regla está dada por el artículo 2499 CC., norma que establece que los actos de mera facultad y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna. Enseguida, se puede concluir que, de conformidad al artículo 917 CC., no tienen protección posesoria quienes se aprovechan de estos actos.²³⁷

E.- PRUEBA DE LA POSESIÓN.

Como se viene diciendo, para impetrar una acción posesoria, se requiere ser poseedor del inmueble o del derecho real respecto del cual se

más antecedentes v, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 507; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 325.

²³⁶ Para más antecedentes V, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 317.

²³⁷ Se ha resuelto que, el hecho de que el dueño de un predio no haga uso de los derrames que en él se producen y los deje salir libremente para que otro se aproveche de ellos, no puede ser invocado como antecedente de una acción posesoria que no procede sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción. V. RDJ. T. 9 secc. 1, p. 33; T. 2 secc. 2, p. 42; y, G.T. de 1887, N°2.945, p. 1957.

reclama protección; hecho que deberá probar el querellante conforme a las reglas generales.²³⁸

La prueba de la posesión viene recogida en los artículos 924 y 925 CC; normativa que, al ser conjugada entre sí, aparece como contrapuesta, circunstancia que ha motivado el surgimiento de una serie de teorías dentro de nuestra doctrina.²³⁹

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

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

De estas dos normas transcritas, como se dijo, se han elaborado diversas teorías que buscan explicar el sentido probatorio de cada uno de estos artículos.

Una primera teoría, postula que el artículo 924 CC. es aplicable a la prueba de la posesión de todos los derechos reales, salvo el de dominio.

²³⁸ Conviene recordar que el querellante, junto con acreditar que, personalmente o agregando la de sus antecesores, ha estado en posesión tranquila e ininterrumpida durante un año completo del derecho que pretende amparar, debe probar también la molestia o privación de la posesión que acusa. De igual forma, debemos señalar, que no procede obligar al demandado que niega la existencia fundamental de la posesión y de los demás hechos que el querellante consigna como base del interdicto posesorio, justificar lo negativo, como sería la no tenencia material de la cosa y la ausencia del ánimo o intención de señor o dueño de parte del presunto poseedor. En este sentido, Corte de Apelaciones de Talca, en RDJ. T 41, secc. 2, p. 54.

²³⁹ Para más antecedentes v, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 520 y sgts; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 342 y sgts; Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 551 y sgts; y, Jiménez Larrain, Fernando. Ob. cit. p. 67.

Éste debiera probarse en la forma que prescribe el artículo 925 CC., porque es más fácil ejercitarla mediante actos materiales; no asignándole a la inscripción un valor absoluto.

Por tanto, en esta teoría, la inscripción en el registro del Conservador de bienes Raíces, sólo serviría para probar la posesión de los derechos reales limitados, constituidos en los inmuebles; en cambio, la posesión del dominio se prueba con hechos positivos a que sólo faculta éste.

Una segunda teoría, seguida mayoritariamente por la jurisprudencia de nuestros tribunales, postula que el artículo 924 CC. se refiere a la prueba de los derechos inscritos. La posesión de cualquier derecho real sobre ellos se prueba por la inscripción que ha durado un año completo, pudiendo ser ese derecho real de dominio, usufructo, uso o habitación.²⁴⁰ Por su parte, el artículo 925 CC. se refiere a la prueba de los derechos no inscritos (los que no están incorporados al régimen registral). Así, entonces, la prueba de la posesión de los inmuebles inscritos debe administrarse por la respectiva inscripción y, la de los no inscritos, por hechos positivos a que sólo faculta el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, cerramientos, etc. Esta teoría le otorga un valor categórico a la inscripción, como símbolo de la posesión.

Una tercera teoría, propone que el artículo 924 CC. se aplica a la prueba de la posesión de los derechos reales inscritos distintos del dominio; y, el artículo 925 CC., a la prueba de la posesión de los

²⁴⁰ En este sentido, F. del M. N° 202, sent. 6, p. 176. En esta sentencia, emanada de la Excma. Corte Suprema, se argumenta la posibilidad de probar la posesión conforme al artículo 924 CC., inclusive el derecho de dominio, sosteniendo que no se hace distingo alguno y además el artículo 686 CC., exige inscripción para la tradición del derecho de dominio sobre inmuebles, agregando el artículo 696 CC., que sin inscripción no se da o transfiere la posesión efectiva del respectivo derecho.

inmuebles no inscritos; pero ambos artículos sirven para probar la posesión de los inmuebles inscritos.

De estas tres teorías, la segunda, conocida en doctrina como aquella que distingue entre bienes raíces inscritos y no inscritos, es la que mayoritariamente han seguido nuestros tribunales. En efecto, reiteradamente se ha resuelto que, versando un interdicto posesorio, no sobre la posesión material del suelo, sino sobre amparo al querellante en la posesión de su derecho inscrito respecto del predio señalado en su título, es inaplicable el artículo 925 CC., porque, tratándose de derechos inscritos, no se necesita probar la posesión del suelo en los términos de esta disposición, sino según el artículo 924 CC. No obstante, el artículo 925 CC. permite acudir, a veces, a la prueba de la posesión por hechos positivos a que sólo da derecho el dominio, cuando esa prueba tiene por objeto robustecer el mérito de la que arroja la inscripción, pero sin que pueda desestimarse la inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces.²⁴¹ Alcance que tiene relevancia cuando nos enfrentamos a inscripciones paralelas; cuando el deslinde del inmueble no está claro en la inscripción; cuando la posesión tiene menos de un año de duración; o cuando se trata de resolver conflictos suscitados con ocasión de las llamadas inscripciones de papel.²⁴²

²⁴¹ En este sentido, Excma. Corte Suprema. Fallo de 18 de junio de 2007. Rol 2000-2005, Fallo de 22 de marzo de 2010. Rol 6.196-2008, Fallo de 3 de noviembre de 2008. Rol 5563-2007; Corte de Apelaciones de Valdivia. Fallo de 8 de octubre de 2012. Rol 373-2012; y, Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 13 de junio de 2012. Rol 1080-2011

²⁴² Se ha propuesto además como sustento de esta teoría, el hecho de que a la entrada en vigencia del Código Civil, no existía un régimen conservatorio que registrare las propiedades inmuebles, por lo que se envió en el mensaje del mismo que su establecimiento tenía por finalidad identificar inscripción, posesión y propiedad en términos idénticos. Para más antecedentes v. Excma. Corte Suprema. Fallo de 3 de noviembre de 2008. Rol 5563-2007.

Dicho lo anterior, y a modo de colofón, podemos sostener que:

Tratándose de un inmueble sujeto al régimen de la propiedad raíz inscrita, la inscripción otorga el goce de la posesión en favor de la persona a cuyo nombre se encuentra inscrita la propiedad, inscripción que constituye el único medio adecuado para acreditar tal posesión, conforme a las reglas consignadas en el artículo 924 CC; no necesitándose probar el suelo en los términos del artículo 925 CC.²⁴³ En efecto, la posesión inscrita tiene a su favor los dos elementos constitutivos de la posesión, el *animus*, que se demuestra en el hecho de la inscripción, y el *corpus*, pues la posesión inscrita es tan material ante la ley como la que se puede probar por otros hechos positivos, conforme a lo establecido por el artículo 924.²⁴⁴ Así entonces, la inscripción conservatoria prueba la posesión de los derechos inscritos y su mérito no puede destruirse por la prueba de la posesión material. Por tanto, estando inscrito un inmueble, su posesión debe acreditarse por medio del certificado del Conservador, independientemente de la naturaleza de la acción deducida y el título que se alegue.²⁴⁵ De no entenderlo así, no tendría razón de ser el artículo 923 CC., en cuanto permite que se presenten, para comprobar la posesión, títulos de dominio que puedan probarse sumariamente.²⁴⁶

Pero el criterio de nuestros tribunales no siempre ha sido el mismo. En sentencias muy anteriores, se sostenía que la inscripción del título de dominio no era suficiente prueba de la posesión del suelo, cuando no se

²⁴³ RDJ. T. 5 secc. 1, p. 217; T. 20 secc. 1, p. 301; T. 21 secc. 1, p. 137; T. 28 secc. 1, p. 753; y, T. 32 secc. 1, p. 213.

²⁴⁴ RDJ. T. 42 secc. 2, p. 74.

²⁴⁵ Con esta carga probatoria, "certificado de inscripción emanado del conservador", se excluiría como medio de prueba un contrato de compraventa, o certificados de pago de contribuciones rendida por un demandante; sin perjuicio que estos medios sirvan para acreditar el dominio, no pueden ser medios eficaces para acreditar la posesión, lo que, en algunas oportunidades, podría llevarnos a cometer ciertas injusticias si se aplican con un criterio absolutista los artículos 924 y 925 CC. En este sentido v. Jiménez Larrain, Fernando. Ob. cit. p. 69.

²⁴⁶ En este sentido, Jiménez Larrain, Fernando. Ob. cit. p. 70.

justificaba haber ejercitado algún acto de aquellos a que sólo da derecho el dominio.²⁴⁷

Por último, y concordante con lo ya dicho, la posesión de los inmuebles no inscritos o cuya inscripción es ineficaz o no ha durado un año completo, no se prueba de acuerdo al artículo 924, sino conforme el artículo 925 CC.²⁴⁸

Dicho lo anterior, resulta necesario desentrañar la siguiente disyuntiva: si para los efectos de la procedencia de la acción posesoria debe considerarse fundamentalmente la posesión material o la posesión inscrita.

Como primera cuestión, debemos decir, que constituye un principio básico que la posesión se adquiere cuando se reúnen sus dos elementos: el *corpus* y el *animus*, esto es, aprehensión o tenencia de la cosa, con ánimo de apropiársela. Por otro lado, la ley, al referirse a las acciones posesorias, no ha hecho ninguna distinción sobre si se trata de una posesión material o una inscrita; por lo demás, los referidos artículos 924 y 925 CC., se refieren a la posesión inscrita y a la que no está adscrita al sistema registral, por lo que se debe concluir que la defensa posesoria alcanza tanto a la posesión regular como a la irregular.²⁴⁹ En conclusión, lo que resulta tutelado es la posesión sin más, porque la legislación civil no hace la pretendida distinción entre posesión material y legal.²⁵⁰ Ahora bien, la existencia de una inscripción incidirá en la acreditación del hecho mismo de la posesión, pero la falta de dicha inscripción no la excluye, ya

²⁴⁷ G.T. de 1875, N° 2652, p. 1222; y, RDJ. T 4, secc. 2, p. 86.

²⁴⁸ RDJ. T 42, secc. 2, p. 74 y T 52, secc. 1, p. 36.

²⁴⁹ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 324; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 547.

²⁵⁰ En este sentido, Jiménez Larrain, Fernando. Ob. cit. p. 71.

que es perfectamente posible acreditar materialmente las condiciones de existencia de la misma.²⁵¹

El que se trate de una posesión simplemente material o bien de una inscrita, puede incidir, eso sí, en el resultado mismo de la acción. Así por ejemplo, si lo que se intenta es una querrela de restablecimiento, independientemente que el inmueble se encuentre o no inscrito, lo que va a determinar la procedencia de la defensa posesoria, será la posesión material del inmueble o del derecho real sobre el mismo. En efecto, para que proceda este interdicto basta incluso la mera tenencia, y un mero tenedor no tiene una posesión inscrita; además, es en esta figura donde mayormente se palpa la intención perseguida por el legislador al establecer las acciones posesorias, esto es, abdicar la violencia y evitar la justicia por sí mismos. Amén de lo anterior, ni siquiera se exige un plazo mínimo de posesión. En definitiva, para deducir una querrela de restablecimiento, es suficiente una posesión material, independientemente que el despojante sea un poseedor inscrito.

Por otro lado, si lo que se pretende es una acción posesoria como la querrela de amparo o restitución, habrá que distinguir si el inmueble se encuentra o no adscrito al sistema registral conservatorio.

Si se trata de un inmueble adscrito a dicho sistema, y el poseedor material sin inscripción es perturbado o despojado por un tercero que tampoco tiene inscripción, en tal caso, el primero podrá intentar la correspondiente defensa posesoria y, reuniendo el requisito de posesión tranquila e ininterrumpida por a lo menos un año, tendrá un resultado favorable.

Si la contienda es entre un poseedor inscrito y uno simplemente material, el que tiene título de dominio inscrito se halla preferentemente

²⁵¹ En este sentido, Corte de Apelaciones de La Serena. Fallo de 13 de marzo de 2012. Rol 1200-2011.

amparado con respecto al mero poseedor material, por lo que el primero no necesita justificar que ha realizado los hechos positivos indicados en el artículo 925 CC., ya que, para los titulares de la inscripción, ésta constituye pleno y seguro resguardo; de modo que, probada la inscripción, queda probada también la posesión. Cabe advertir, que el poseedor inscrito deberá ejercitar la acción posesoria de amparo y no la de restitución, porque, siendo un poseedor inscrito, se entiende que nunca ha perdido la posesión del inmueble o del derecho real constituido sobre él; lo que sufre, es únicamente perturbación, incluso cuando es despojado de la cosa. Queda siempre a salvo, eso sí, la querrela de restablecimiento, interdicto que no mira el tiempo ni la calidad del poseedor, sino el despojo violento.²⁵²

Ahora bien, si la cuestión dice relación con dos poseedores que alegan inscripción; enfrentados entonces a una situación de doble inscripción de un mismo y determinado inmueble, será necesario establecer y decidir cuál de los dos presuntos poseedores es el legítimo, para brindarle la protección o amparo que las leyes prescriben, resultando entonces inevitable entrar al análisis de los derechos de cada uno de ellos, para poder establecer, en definitiva, hasta dónde cada una de dichas inscripciones es significativa de verdadera posesión.²⁵³

Esto que venimos diciendo importa de sobremanera, ya que esta doble inscripción podría obedecer una situación de inscripción de papel, fenómeno que se presenta cuando nunca se ha poseído un bien y se tiene una simple anotación en el Registro del Conservador, no respondiendo a una realidad posesoria. En efecto, el concepto de posesión denota un estado de hecho que se apoya en la realidad de la tenencia de una cosa. Así entonces, para que la inscripción posesoria sea eficaz y constituya un

²⁵² En este sentido GJ. De 1989 N° 137, p. 109.

²⁵³ En este sentido, RDJ. T. 66 secc. 1, p. 219.

símbolo de la posesión, debe sustentarse efectivamente en dicha realidad. De ahí entonces, que un poseedor inscrito no pierde su posesión, sino a virtud de una nueva inscripción que sea capaz de poner fin a la posesión inscrita anterior.

Finalmente, y en relación a la prueba de la posesión, debemos referirnos a tres puntos también importantes:

a.- Cuando se trata de los inmuebles que el Fisco adquiere por aplicación del artículo 590 CC., se le está amparando en la prueba del dominio. Así, quien le dispute el inmueble, deberá acreditar que sí tiene dueño; pero no hay disposición que confiera de pleno derecho la posesión de tales bienes, por lo que, al impetrar un interdicto posesorio, debe acreditar la posesión que acusa detentar.

b.- Cuando se deduce un interdicto posesorio en defensa de un inmueble, basta con probar hechos de señorío en distintos sectores específicos, que en conjunto cubren el perímetro; por presunción judicial, se establecerá que tiene posesión material sobre el predio en su integridad. Esto se explica, porque resulta excesivo pretender que el litigante pruebe cada uno de los lugares que conforman la superficie total del predio.²⁵⁴

c.- Para facilitar la prueba de la posesión, en el Código Civil se han establecido una serie de presunciones.

1.- El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo (art. 700 inc. final). Esta es una presunción simplemente legal;²⁵⁵ favorece únicamente al actual poseedor; el que la ha perdido no está amparado por ella.²⁵⁶ Presunción que debe destruirse en un juicio de lato conocimiento, correspondiendo la carga probatoria al que pretende ser dueño contra el poseedor.²⁵⁷

²⁵⁴ En este sentido, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 554.

²⁵⁵ RDJ. T. 31 secc. 1, p. 93.

²⁵⁶ G.T. de 1880, N° 1214, p. 841.

²⁵⁷ RDJ. T. 24 secc. 1, p. 183.

2.- La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición, a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título (art. 702 inc. final).

3.- Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega (art. 719 inc. 1).

4.- Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas (Art. 719 inc.2).

5.- Si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio. (art. 719 inc. final).

6.- El que recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio (art. 731).

7.- Presunción de buena fe a favor de todo poseedor, mientras no se pruebe lo contrario (art. 707).²⁵⁸

2.- QUE LA COSA SEA SUSCEPTIBLE DE ACCIÓN POSESORIA

De acuerdo a lo prescrito en los artículos 916 y 917 del CC., sólo proceden las acciones posesorias respecto de los bienes raíces o de los derechos reales constituidos en ellos, siempre que sean susceptibles de ganarse por prescripción. Se desprenden, de dichas normas, dos condiciones para que proceda el interdicto posesorio: a.- que la cosa sea de aquéllas susceptibles de posesión, vale decir, que estén en el comercio humano; b.- que pueda ser adquirida por prescripción mediante su sola posesión. "Es necesario que las cosas sean susceptibles de ganarse por prescripción para que pueda haber acción posesoria, ya que el objeto de ésta es precisamente garantizar la posesión, a fin de que el poseedor pueda quedar habilitado para adquirir el dominio si ella dura el tiempo que

²⁵⁸ RDJ. T. 45 secc. 1, p. 170.

la ley exige".²⁵⁹ Además conforme el artículo 2502 del Código Civil, la acción posesoria facilita la prescripción porque da a la posesión la continuidad necesaria, ya que, quien obtiene el juicio posesorio se entiende que no ha perdido la posesión un instante siquiera.²⁶⁰

Ahora bien, cuando hablamos de bienes raíces, debemos entender por tales a todas las cosas que tengan ese carácter, como los inmuebles por naturaleza, por adherencia o por destinación. Por otro lado, en cuanto a los derechos reales constituidos en bienes raíces, que pueden ser amparados mediante los interdictos posesorios, tenemos: el usufructo, el uso, la habitación, el censo, la hipoteca y las servidumbres continuas y aparentes.²⁶¹

Establecida la regla en cuanto a las cosas susceptibles de protección posesoria, corresponde referirnos ahora a los bienes no contemplados en el artículo 916 CC. y que, por su utilidad práctica, conviene estudiar.

A.- SITUACIÓN DE LOS BIENES MUEBLES

Como bien puede advertirse de lo prescrito por el artículo 916 del Código Civil, no proceden las acciones posesorias respecto de bienes muebles. Se ha resuelto que no dan margen a las acciones posesorias las perturbaciones recaídas sobre bienes muebles.²⁶² Así entonces, "perdida la posesión de una cosa mueble, por haber entrado a poseerla otra persona sin voluntad del verdadero poseedor, no podrá este recuperar la posesión sino por medio de la acción reivindicatoria, si es dueño y justifica su dominio".²⁶³

²⁵⁹ Tocornal Gándarillas, Tomás. Ob. cit. p.18.

²⁶⁰ En este sentido Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 491.

²⁶¹ En este sentido En este sentido Alessandri, Somarriva y Vodanovic: Ob. cit. T. 2 p. 316.

²⁶² RDJ. T 3, secc. 1, p. 182; y, Corte de Apelaciones de Talca. Fallo de 11 de julio de 2008. Rol 376-2005.

²⁶³ Díaz Parra, Absalón. Ob. cit. p.93.

No existe, entonces, en nuestro ordenamiento jurídico figuras como el "*interdicto utrubi*", que tenían los romanos, ni la "*actio spoli*" del Derecho Canónico, dedicadas a la protección de las cosas muebles.

Don Andrés Bello, en su proyecto inédito de Código Civil de 1853, en lo que respecta a la procedencia de las acciones posesorias, no establecía diferencias entre bienes muebles e inmuebles. En efecto, en el manuscrito primitivo, el artículo 1069 prescribía: "Acciones posesorias son aquellas en que se trata de la posesión momentánea, esto es, de averiguar quien es el que tiene o debe tener actualmente la posesión, sin perjuicio de la verdadera propiedad o dominio".²⁶⁴ Así entonces, en el proyecto inédito se hablaba en general de posesión, sin especificar.²⁶⁵ Pero, luego de muchas cavilaciones, el proyecto original derivó al que hoy conocemos, excluyendo de la defensa posesoria la posesión de bienes muebles.²⁶⁶

²⁶⁴ Artículo 1069 del Proyecto inédito. Obras completas de don Andrés Bello. v. XIII. P. 234

²⁶⁵ Para más antecedentes v. Claro Solar, Luis: Ob. cit. p. 490; Obras completas de don Andrés Bello. T. XII. p. 589

²⁶⁶ Don Andrés Bello, en un primer momento, según el manuscrito primitivo, en el artículo 1069 del primer proyecto, refería que las acciones posesorias se dan al poseedor natural como al civil y al propietario. La expresión poseedor natural, está sacada directamente de las fuentes romanas y corresponde a la *naturalis possessio*; y la de poseedor civil, corresponde a la *civilis Possessio*; vale decir, al mismo resultado que llegó el legislador alemán, otorgando protección tanto a las cosas muebles como inmuebles. En efecto, en el Proyecto de 1853, se hablaba en general de posesión, sin especificarse, como se hizo después, siguiendo a Pothier, que se trataba únicamente de la posesión de bienes raíces y de derechos reales constituidos sobre ellos; tampoco aparecía en el Proyecto de 1853 un precepto como el artículo 918 CC actual, que exige anualidad en la posesión como presupuesto para poder intentar una acción posesoria, constituyendo esto, claros indicios de la influencia de las doctrinas alemana y romana en la redacción primigenia de las acciones posesorias. Sin embargo, en el último proyecto, Bello cambió de orientación, influenciado en ese momento por el *code*, excluyendo de la protección posesoria las cosas muebles, instaurando el mismo sistema de la *complainte* o acción de querrela del *code*. El Código Civil francés, desde su promulgación el 21 de marzo de 1804, influyó enormemente en las legislaciones civiles del siglo XIX. Para más antecedentes v. Valencia Zea, Arturo: "La Posesión". Edit. Temis, 2 edic. Bogota, 1978, p. 327 y sgts; Guzmán Brito, Alejandro: "La Influencia del Código Civil Francés en las Codificaciones

Si bien con la redacción del artículo 928 CC., pudiese estimarse que, tratándose de la querrela de restablecimiento, podría tener cabida la protección posesoria respecto de bienes muebles, fue el Código de Procedimiento Civil, el que posteriormente vino a eliminar cualquier tentativa de extender los interdictos posesorios a los bienes muebles; ello al utilizar en su artículo 549 N°3 la expresión “de los mismos bienes”, entendiéndose por tal a los bienes raíces y derechos reales constituidos sobre ellos; de lo que se sigue que, en nuestro ordenamiento jurídico, ni aun mediante la querrela de restablecimiento puede extenderse la protección posesoria a las cosas muebles.²⁶⁷⁻²⁶⁸

Americanas”, en Cuaderno de Análisis Jurídicos II, Fundación Fernando Fueyo, Univ. Diego Portales, Santiago, 2005, p. 27 y sgts; y, Domínguez águila, Ramón: “La Influencia de la Doctrina Francesa en el Derecho Chileno” en Cuaderno de Análisis Jurídicos II, Fundación Fernando Fueyo, Univ. Diego Portales, Santiago, 2005, p. 61 y sgts; Guzmán Brito, Alejandro: “Andrés Bello Codificador”. Ob. cit. p. 413; y, Andrés, Bello: “Código Civil de la República de Chile”. Comisión Editora de la Obras Completas de Andrés Bello, Caracas, 1954, T. XII, p. 589.

²⁶⁷ En este sentido, Claro Solar, Luis: Ob. cit. p. 490; Aguirre Flores, Francisco: Ob. cit. p. 17.

²⁶⁸ En la comisión revisora del proyecto del Código de Procedimiento Civil, sesión 58, el señor Gandarillas observó que, por la generalidad de los términos en que se encontraba redactado el N° 3 del artículo 600 “para obtener la restitución de una posesión o mera tenencia que haya sido violentamente arrebatada” (actual 549), podría tener cabida aún tratándose de bienes muebles, lo que estimaba contrario al art. 928 CC., que se refiere exclusivamente a aquellos bienes que pueden ser objeto de acciones posesorias de despojo o de amparo, en los casos en que éstas no puedan entablarse por defecto en el tiempo de la posesión. El Señor Lira, indicó que el N° 3 no modifica, sino que acepta las regla del CC. En su concepto el CC., concede la acción del artículo 928 a todo el que sea violentamente despojado y por cualquier causa no pueda instaurar una acción posesoria, bastando el hecho de la violencia; en odio a ella, la ley concede al despojado este derecho excepcional, que se ejerce sin necesidad de poseer la cosa mas de un año, pudiendo recurrir a ella incluso los mero tenedores, puede ejercerse así también cuando la calidad de los bienes no es aquella en que son procedentes las acciones posesorias; y, la regla del inciso final del 928, en tanto restablecida las cosas podrá intentarse las acciones posesorias que corresponda, no es una regla general, sino condicional, que sólo tendría cabida cuando la calidad de los bienes permitan impetrar una acción posesoria, vale decir, bienes inmuebles o derechos reales constituidos en ellos. En contra, los señor Zegers, Gandarillas y, en sesión 62, el señor Aldunate postularon que el artículo 928 CC.

Variados argumentos se han dado para intentar explicar el motivo de la exclusión de los bienes muebles, siendo que don Andrés Bello, tal como se dijo, originamente no los excluía. Así, se ha dicho que la posesión de los bienes muebles carece de relevancia significativa, como para dar lugar a una protección posesoria distinta de la acción reivindicatoria;²⁶⁹ que es más fácil la prueba del dominio de las cosas muebles, dejando expedita la vía de la reivindicación;²⁷⁰ que el despojo de una propiedad mueble no alcanza a producir los gravámenes que el mismo hecho causa en nuestro patrimonio cuando se trata de bienes inmuebles, base de toda riqueza y bienestar.²⁷¹ A la época de dictación de nuestro Código Civil, la fortuna inmueble tenía una importancia superior que la mueble.²⁷²

No obstante lo preceptuado por nuestro código, creemos en la conveniencia de extender la protección posesoria a los bienes muebles. En efecto, resulta útil por la facilidad con que pueden perderse las cosas muebles, las que, en concepto de Jhering, pueden caer injustamente en la

se encuentra en el título de las acciones posesorias, donde el precepto inicial se refiere a los bienes raíces o derechos reales constituidos sobre ellos; que el inciso último del 928 CC., manifiesta que se trata de una acción sumaria que sólo se concede sobre la misma clase de bienes en que puede tener lugar las acciones posesorias comunes; el despojo violento de cosas muebles es hurto o robo, existiendo un remedio eficaz en la acción criminal, que lleva consigo la restitución e indemnización; en los bienes muebles la posesión y el dominio se confunden, y toda acción posesoria está comprendida en la ordinaria de reivindicación. Primando finalmente esta última posición, modificando el N° 3 a su actual redacción, porque de lo contrario estimaban que había lugar a creer que el 928 CC se extendía a los bienes muebles. Por último, y para efectos de aclaración, hasta antes de la sesión N°61, a la actual querrela de restablecimiento se le denominaba de restitución; y a la que hoy conocemos de restitución, se le denominaba de despojo. Para más antecedentes v. Lazo, Santiago. Ob. cit. p.573, 574 y 593.

²⁶⁹ En este sentido, Claro Solar, Luis: Ob. cit. p. 489.

²⁷⁰ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 316; Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 548; y, Abascal Brunet, Alejandro. Ob. cit. p. 27.

²⁷¹ En este sentido, Abascal Brunet, Alejandro. Ob. cit. p. 28.

²⁷² Para mas antecedentes v, Aguirre Flores, Francisco: Ob. cit. p. 18.

posesión de otro, no disponiendo el poseedor despojado de una acción que le haga recobrar provisoriamente su posesión, no pudiendo llegar a ella sino por medio de la acción reivindicatoria.²⁷³ Además, en opinión de don Luis Claro Solar, la naturaleza mueble o inmueble de los bienes no autoriza una negativa de las defensas posesorias a los poseedores de bienes muebles, no viéndose en consecuencia inconveniente para concederle defensa posesoria, no existiendo por lo demás, en nuestro Código Civil, la regla del sistema francés, que no admite sino excepcionalmente la acción reivindicatoria de bienes muebles.²⁷⁴⁻²⁷⁵ Por otro lado, creemos que los bienes, muebles en muchas ocasiones, conforman un patrimonio de una gran envergadura, como sería por ejemplo el caso de joyas valiosas o pinturas de connotados artistas, con lo que se desvirtúa el pensamiento del legislador al dictar el Código Civil, donde se dio mayor importancia a la propiedad inmobiliaria. Además, si el fundamento de la protección posesoria es evitar la justicia por sí mismos, nada hace suponer que, tratándose de bienes muebles, los involucrados no intenten hacer justicia por sus propias manos, no teniendo sentido entonces hacer una distinción respecto a los bienes inmuebles. Es necesario robustecer la posición jurídica del poseedor de bienes muebles, poniéndolo en condiciones de recobrar la posesión perdida sin necesidad de que previamente aporte la prueba, siempre difícil, de su derecho de propiedad.²⁷⁶ Finalmente, no

²⁷³ Jhering, Rudolf: "La Posesión". Trad. de Adolfo Posada. Edit. Reus S.A., 2 edic. Madrid, 1926, p. 164.

Para más antecedentes v, Claro Solar, Luis: Ob. cit. p. 490.

²⁷⁴ Para más antecedentes Claro Solar, Luis: Ob. cit. p. 490.

²⁷⁵ Nuestro código, en materia de bienes muebles, concede acción reivindicatoria en todo caso; a diferencia del francés, que lo concede sólo frente al extravío, robo o hurto. En este sentido, Díaz Parra, Absalón. Ob. cit. p. 90.

²⁷⁶ En este sentido, Saleilles, Raymond. Ob. cit. p.337.

existe inconveniente técnico ni jurídico para que se legisle a su respecto.

277

En el derecho extranjero, algunos ordenamiento jurídicos, al igual que el nuestro y siguiendo al sistema francés,²⁷⁸ limitan las acciones

²⁷⁷ Para más antecedentes v, Díaz Parra, Absalón. Ob. cit. p. 92 y sgts.

²⁷⁸ En el código civil francés, la protección de la posesión de los bienes muebles viene dada por el artículo 2279, norma que prescribe: "En el caso de los bienes muebles la posesión equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea durante tres años a contar desde el día de la pérdida o del robo; salvo el recurso de éste contra el que la tenga". La regla que la posesión equivale al título quiere decir que el poseedor está en la misma situación que si hubiera probado su título. Este sistema no concede, en general, acción posesoria para recuperar la posesión de bienes muebles, porque en esta materia la posesión confiere, en principio, la propiedad; excepcionalmente no ocurre esto (que la posesión confiriera la propiedad), cuando se trata de una posesión de mala fe o cuando se trata de objetos extraviados o substraídos. En estas dos hipótesis, se requiere una acción que permita recobrar la cosa, no pudiendo ser una acción posesoria, dado que el derecho francés no las admite en materia mobiliaria; además el artículo 2279 habla de "reivindicar", apareciendo entonces, la acción reivindicatoria de dominio, como la única vía que existe en materia de bienes muebles. Para más antecedentes v. Saleilles, Raymond. Ob. cit. p. 410; y, Díaz Parra, Absalón. Ob. cit. p. 54 y sgts.

Ripert y Boulanger, comparten estas razones, insistiendo en que la exclusión de los muebles obedece a la máxima francesa contenida en el artículo 2259, "En fait de meubles possession vaut titre", "En materia de muebles, la posesión equivale al título", lo que hace inútiles las acciones posesorias v. Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Ob. cit. p. 147; En este sentido además, Mazeaud, Henri y Mazeaud, Jean. Ob. cit. p. 172.

Colin y Capitant, sostienen que es un principio del derecho moderno que únicamente los inmuebles pueden ser objeto de una acción posesoria. En el derecho romano y el primitivo Derecho francés se encontraban acciones posesorias muebles con el nombre de confesión; a estos autores no le satisface la máxima "En materia de muebles, la posesión equivale al título", porque hay casos en que el propietario de un mueble puede reivindicarle de poder del tercero que lo posee (aunque este último este de buena fe), por lo que se comprendería en este caso la procedencia de acciones posesorias para permitir al poseedor resistir cualquier tentativa de usurpación de terceros; por lo que la verdadera razón de la ley, es que sería excesivo para objetos de poca importancia, establecer dos pleitos sucesivos, uno posesorio y otro petitorio, lo que en opinión de estos autores, no tiene sentido cuando se trata de muebles de gran valor, citando como ejemplo un buque v. Colin, Ambrosio y Capitant, H. Ob. cit. p. 1167.

Por último, en opinión de Valencia Zea, la acción posesoria que en derecho romano protegía a los muebles era la "*interdictum utrubi*", figura que no fue

posesorias a los bienes raíces; tal es el caso de los códigos civiles boliviano (arts. 1461 y 1462), ecuatoriano (art. 980), uruguayo (art. 658) y mexicano (arts. 16 y 17 CPCDF). Otros, siguiendo al sistema alemán, confieren protección posesoria a los bienes muebles (arts. 859, 861 y 862);²⁷⁹ tal es el caso de los códigos civiles español (art. 446), mexicano (Arts. 792, 799 y 803), venezolano (arts. 782 y 783) y argentino (art. 2488).²⁸⁰ Por último, otros, como el italiano (arts. 1168 y 1170), el

objeto de reglamentación especial en la costumbre de París, donde sí lo fue la protección de los inmuebles mediante la "querella", que en opinión de Pothier era igual al interdicto "*uti possidentis*", y ante el desconocimiento de los redactores del *Code* de las fuentes romanas, olvidaron que en el derecho romano se protegía la posesión de los muebles con el interdicto *utrubi*. v. Valencia Zea. Ob. cit. p. 324 y 325.

²⁷⁹ El Código Civil alemán, siguiendo las indicaciones de Jhering, quien criticaba el vacío existente en la protección posesoria respecto de los bienes muebles, concede, tanto al poseedor de muebles como inmuebles las acciones posesorias, fundado en el sólo hecho de la posesión. El actual derecho alemán de posesión se basa en una combinación de principios del derecho romano y del germánico, contribuyendo ambos en el actual ordenamiento de los efectos de la posesión. En el sistema germánico, fue primordial asegurar a los adquirentes de muebles la certeza de su adquisición, sin que para ello deba probar el derecho de su causante. Se buscó robustecer la posición jurídica del poseedor, permitiéndole recobrar la posesión perdida sin necesidad de aportar pruebas de su derecho de dominio, lo que tratándose de las cosas muebles, puede resultar más dificultoso. Así, a la usanza romana, el derecho alemán puso a disposición del poseedor mobiliario los mismos medios que el inmobiliario, con ello, entonces las acciones posesorias. Para más antecedentes v. Wolff, Martin. Ob. cit. p.124 y sgts; y, Saleilles, Raymond. Ob. cit. p. 22.

²⁸⁰ Antes de la reforma del año 1968 del Código Civil argentino, la redacción de los artículos 2487 y 2488 concedían las acciones posesorias de recobrar o de mantener la posesión, solamente a los poseedores de inmuebles. En cuanto a los muebles, la protección era muy restringida, pues se acordaba la acción de despojo sólo cuando el poseedor hubiese sido despojado de ellas conjuntamente con el inmueble. El fundamento de la exclusión, a decir de Musto, era dado por la nota al art. 2488 que decía: "respecto a los muebles, no puede haber acción posesoria desde que la posesión de ellos vale por el título: siempre será indispensable entablar acción de dominio". Las reiteradas críticas al tenor de este artículo llevaron al legislador a sustituir los artículos que limitaban la defensa posesoria a los bienes inmuebles, ampliándola a los muebles. Así, en su actual redacción, los artículos mencionados, eliminaron dicha limitación, concediendo acciones posesorias de restitución o de manutención de la cosa, sin distinguir

peruano (arts. 920 y 921) y el paraguayo (arts. 1944 y 1945), confieren protección posesoria a los muebles en ciertos casos.

En definitiva, no estando entre nosotros contemplada la protección posesoria de los bienes mueble mediante los interdictos posesorios, debemos concluir que la única vía de conservación y recuperación de los bienes muebles es mediante la acción reivindicatoria, en la cual se reclama la posesión fundándose en el dominio.

Ahora bien, cuando nos referimos a bienes muebles, en dicha expresión hacemos referencia a todas aquellas cosas que por su naturaleza se reputan muebles. Así, por ejemplo, se ha resuelto que los derechos del socio de una cooperativa tienen el carácter de mueble y, por lo tanto, no son susceptibles de acciones posesorias de conformidad al artículo 916 del Código Civil;²⁸¹ también lo serían la corta de un espino y las tejas de una casa;²⁸² las líneas de postes y transformadores de electricidad;²⁸³ las aguas, siempre que no estén permanentemente destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble;²⁸⁴ edificios construidos en terreno ajeno;²⁸⁵ electricidad como producto industrial de una empresa de alumbrado;²⁸⁶ Valores mobiliarios, como las acciones de un banco;²⁸⁷ y un túnel artificial, que no cumple los requisitos de inmueble por adherencia ni destinación.²⁸⁸

entre inmuebles o muebles. Para más antecedentes v. Musto, Néstor. Ob. cit. p. 316; y, Laquis, Manuel Antonio. Ob. cit. p. 575 y sgts.

²⁸¹ GJ. de 1991, N° 127, p. 53

²⁸² Corte de Apelaciones de Talca. Fallo de 11 de julio de 2008. Rol 376-2005.

²⁸³ RDJ. T. 94 secc. 1, p. 4; y, T. 79 secc. 1, p. 16.

²⁸⁴ RDJ. T. 27 secc. 1, p. 769; y, T. 26 secc. 1, p. 273.

²⁸⁵ RDJ. T. 27 secc. 1, p. 71; y, T. 35 secc. 1, p. 414.

²⁸⁶ RDJ. T. 19 secc. 1, p. 5.

²⁸⁷ RDJ. T. 55 secc. 1, p. 62.

²⁸⁸ Excma. Corte Suprema. Fallo de 5 de abril de 2012. Rol 11.745-2011.

B.- INMUEBLES POR NATURALEZA, POR ADHERENCIA Y DESTINACIÓN

Como ya se enunciara previamente, la posesión de estos bienes puede ampararse mediante los interdictos posesorios. Esto es así, por cuanto el artículo 916 CC. no efectúa distinción alguna al emplear la expresión "bienes raíces", de ahí entonces, es que caben todas las cosas que legalmente tiene ese carácter;²⁸⁹ por lo demás no ha sido un tema controvertido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia de nuestros tribunales.

En algunos de los casos, la controversia puede suscitarse al momento de calificar la naturaleza jurídica de algún bien, situación en la cual se debe recurrir a las definiciones y ejemplo previstos en los artículos 567 y siguientes del CC. Sin perjuicio de ello, y a modo de ilustración, enumeraremos algunos.

1.- INMUEBLES POR NATURALEZA

No genera mayor cuestión, toda vez que se ajusta al concepto contenido en el artículo 568 CC.

2.- INMUEBLES POR ADHERENCIA

Conforme al artículo 568 CC., se trata de bienes muebles que se reputan inmuebles por estar adheridos permanentemente al inmueble. Por tanto, es requisito que el bien mueble esté adherido al inmueble permanentemente;²⁹⁰ calidad que también alcanza a los productos de la tierra y los frutos, mientras permanezcan adheridos al inmueble.²⁹¹

²⁸⁹ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 316; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 549.

²⁹⁰ Se ha resuelto que la ley no exige que las cosas que no son inmuebles por naturaleza, para que puedan considerarse como inmuebles por adhesión, deban

Nunca se ha negado la procedencia de las acciones posesorias para proteger esta clase de bienes, así, mientras tales cosas permanezcan, por accesión unidas al inmueble, están amparadas por los interdictos posesorios.²⁹²

Se han calificado como inmuebles por adherencia: la sala de máquinas de una planta impulsora de aguas servidas;²⁹³ los pinos plantados mientras permanezcan adheridos al suelo;²⁹⁴ los estanques adheridos al suelo;²⁹⁵ las instalaciones de servicio de calefacción, aire acondicionado, agua caliente y otras de índole semejante;²⁹⁶ y las instalaciones de estanques para almacenar petróleo.²⁹⁷

3.- INMUEBLE POR DESTINACIÓN

De conformidad a lo prevenido en el artículo 570 CC., se trata de bienes muebles por naturaleza, que se consideran inmuebles por el hecho de estar permanentemente destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble por naturaleza.

Son tres las condiciones que la ley exige para que esos bienes muebles puedan reputarse inmuebles: a) que la cosa mueble haya sido colocada en un inmueble, comunicando ésta su naturaleza a la primera, pues sólo adquieren tal calidad por ser accesorios de éste; b) Que la cosa mueble haya sido colocada en interés del inmueble, destinándose al uso, cultivo o beneficio del inmueble o para su comodidad u ornato; y, c) que

tener un mismo dueño ni que el dueño tenga el ánimo o intención de dejar las cosas permanentemente adheridas. v, GT. de 1918, N° 3, p. 17.

²⁹¹ Para más antecedentes, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 41.

²⁹² En este sentido, Aguirre Flores, Francisco. Ob. cit. P. 24.

²⁹³ Excma. Corte Suprema de Justicia. Fallo de 12 de septiembre de 2011. Rol 6.453-2010.

²⁹⁴ Excma. Corte Suprema de Justicia. Fallo de 25 de agosto de 2010. Rol 326-2009.

²⁹⁵ RDJ. T. 95 secc. 2, p. 93.

²⁹⁶ RDJ. T. 63 secc. 1, p. 293.

²⁹⁷ GT. de 1.918, N° 3, p. 17.

la destinación tenga carácter permanente, lo que no significa que sea perpetua.²⁹⁸ Mientras no se pruebe lo contrario, debe estimarse que los inmuebles por destinación están dedicados al cultivo del inmueble y, por tanto, acceden a él.²⁹⁹

Al igual que en el caso de los inmuebles por adherencia, respecto de los inmuebles por destinación, son procedentes los interdictos posesorios.³⁰⁰

No siendo taxativa la enumeración indicada por el artículo 570 CC., la jurisprudencia se ha encargado de señalar cosas muebles que tiene naturaleza jurídica de bienes inmuebles por destinación: Los regadores de agua, siempre que pertenezcan al dueño del terreno a cuyo riego y beneficio estaban destinados;³⁰¹ los bueyes de trabajo de un fundo;³⁰² las aguas permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de unos predios;³⁰³ las tinas de baño, excusados, lavatorios y lavaplatos;³⁰⁴ los hornos de una fundición si están adheridos al suelo;³⁰⁵ estanques de gas licuado, de petróleo y sus derivados;³⁰⁶ las máquinas de una fábrica perteneciente al dueño del terreno;³⁰⁷ máquinas de elaborar madera que forman parte del establecimiento industrial adherido al suelo;³⁰⁸ las obras materiales o inmateriales que tienen por objeto la conservación, utilidad,

²⁹⁸ En este sentido. Excma. Corte Suprema. Fallo 5 de abril de 2012. Rol 11.745-2011.

²⁹⁹ GT. de 1882, N° 3.739, p. 1.540.

³⁰⁰ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 490; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 316; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 549; y, v. RDJ. T. 3 secc. 1, p. 182; y, T. 42 secc. 1, p. 372.

³⁰¹ GT. de 1880, N° 909, p. 616.

³⁰² RDJ. T. 3 secc. 1, p. 182; Se ha resuelto que las vacas lecheras no tiene tal calidad. v. GT. de 1901, N° 3.100, p. 1.247.

³⁰³ RDJ. T. 9 secc. 1, p. 97; T. 37 secc. 1, p. 400; y, T. 42 secc. 1, p. 372.

³⁰⁴ RDJ. T. 43 secc. 1, p. 227.

³⁰⁵ GT. de 1880, N° 364, p. 231.

³⁰⁶ RDJ. T. 64 secc. 1, p. 125; Sin perjuicio, existen otras sentencias que le han atribuido la calidad de inmueble por adhesión. v. GT. de 1918, N° 3, p. 17.

³⁰⁷ GT. de 1879, N° 1.396, p. 962.

³⁰⁸ RDJ. T. 1 secc. 1, p. 421.

comodidad u ornato de una cosa;³⁰⁹ la red subterránea de una compañía de gas;³¹⁰ las vasijas de un fundo vinícola;³¹¹ y, las bombas, cañerías y cámaras que sirven al sistema de elevación de aguas servidas y de alimentación de agua potable.³¹²

C.- SERVIDUMBRES INAPARENTES Y DISCONTINUAS

El artículo 917 del CC., establece que no puede haber acción posesoria sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres inaparentes o discontinuas. La regla es, entonces, que los interdictos posesorios no amparan la posesión de cosas que no pueden ganarse por prescripción, y cita como ejemplo a las servidumbres inaparentes y discontinuas.³¹³

Esta exclusión se justifica por el fin que tienen las acciones posesorias: garantizar la posesión y otorgar los medios para adquirir el dominio mediante la prescripción. En efecto, si la acción posesoria recayera sobre una servidumbre inaparente o discontinua, que no se manifiesta por actos externos, implica una falta de materialidad o la imposibilidad de comprobar el acto mismo.^{314_315}

³⁰⁹ RDJ. T. 44 secc. 1, p. 565.

³¹⁰ RDJ. T. 38 secc. 1, p. 291.

³¹¹ GT. de 1881, N° 2.773, p. 1.528.

³¹² Excma. Corte Suprema. Fallo de 12 de septiembre de 2011. Rol 6.453-2010.

³¹³ La servidumbre discontinua es la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo, y supone un hecho actual del hombre (artículo 822 CC.). Para determinar su continuidad, se atiende a la manera como se ejerce. Así, si para ejercerla se necesita un hecho actual del hombre, es discontinua. Las servidumbres discontinuas, para surtir efectos, obligan al hombre a desplegar actividad, por ejemplo, la servidumbre de tránsito. Una servidumbre es inaparente, cuando no se conoce una señal exterior, como por ejemplo la de tránsito que no se hace por una senda ni por una puerta especialmente destinada a ese efecto (artículo 824 CC.). La apariencia no se refiere al derecho mismo, sino al estado material del predio en que se ejerce la servidumbre. Para más antecedentes, v, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 187.

³¹⁴ En este sentido, Abascal Brunet, Alejandro. Ob. cit. p. 28.

Esta prohibición no se altera si el querellante invoca un título que establezca la servidumbre en que se dice perturbado por el querellado, ello, por cuanto el artículo 917 CC. antes citado, se refiere a la naturaleza misma de las cosas sobre las cuales puede haber acción posesoria, no distinguiendo si existe o no título de la servidumbre.³¹⁶

Se ha resuelto por nuestra jurisprudencia que el derecho de usar unos terrenos instalando una línea férrea constituye una servidumbre discontinua;³¹⁷ que la servidumbre de desagüe es inaparente;³¹⁸ que la servidumbre de tránsito se encuentra calificada expresamente de discontinua por el artículo 822 CC. y, por su naturaleza discontinua, no puede adquirirse por prescripción conforme lo señala el artículo 882 CC., que sólo podría adquirirse por medio de un título ya que ni el goce inmemorial bastará para constituirla.³¹⁹ Respecto del camino particular y el derecho de transitar por él, sin justificar la existencia de una servidumbre de tránsito legalmente constituida, el querellante carece de acción posesoria, ya que ésta no se tiene sobre aquello que no puede ganarse por prescripción, como las servidumbres inaparentes o discontinuas, conforme lo dispone el artículo 882 CC., y que los actos de mera tolerancia, como la autorización dada por el demandado para usar el

³¹⁵ Se ha fundamentado la denegación del amparo posesorio a las servidumbres inaparente o discontinuas por el hecho de que su falta de signos exteriores, dan pie a una posesión viciosa, oculta o clandestina y por razones de conveniencia de los propietarios de los inmuebles, lo que no sería posible si el ejercicio de hechos aislados pudieran llegar a constituir una servidumbre discontinua por vía de la protección posesoria de la prescripción. Para más antecedentes v. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 320.

³¹⁶ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 492.

³¹⁷ GT. de 1914, N° 187, p. 470.

³¹⁸ RDJ. T. 6 secc. 2, p. 88.

³¹⁹ Excma. Corte Suprema. Fallo de 27 de julio de 2010. Rol 4.291-2010; Corte de Apelaciones de Santiago. Fallo de 27 de julio de 2010. Rol 4.291-2010; y, Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 26 de enero de 2011. Rol 1.351-2010; RDJ. T. 12 secc. 1, p. 372.

camino, tampoco dan lugar a la prescripción y por ende tampoco conceden defensa posesoria.³²⁰

D.- EL DERECHO REAL DE HERENCIA

El derecho real de herencia, aunque contemple bienes inmuebles, no tiene la calidad de inmueble.³²¹ Entonces, su posesión no puede ampararse mediante las acciones posesorias.³²² Ello, sin perjuicio del derecho que tiene un heredero, que posee un inmueble hereditario, para defender su posesión frente a amenazas o turbaciones de un tercero, caso en el cual podrá impetrar la defensa posesoria.³²³

E.- BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO

De acuerdo al artículo 589 CC., los bienes nacionales de uso público son aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda y su uso a todos los habitantes. Por ejemplo plazas, calles, puentes, caminos, mar adyacente.³²⁴

³²⁰ Corte de Apelaciones de San Miguel. Fallo de 11 de septiembre de 2010. Rol 439-2010; y, Corte de Apelaciones de Valdivia. Fallo de 12 de abril de 2010. Rol 84-2010.

³²¹ Excma. Corte Suprema. Fallo de 11 de julio de 2011. Rol 4.158-2010. No obstante, se ha sostenido que el derecho real de herencia no es mueble ni inmueble. v. Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 549.

³²² En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 316; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 549.

³²³ En nuestro derecho, el heredero y el legatario adquieren sus respectivos derechos al momento de abrirse la sucesión del difunto, no existiendo en nuestro sistema un interdicto de adquirir los derechos hereditarios. Lo más parecido que existe, en palabras de don Luis Claro Solar, es el decreto judicial que da la posesión efectiva, hoy entonces, sería la resolución administrativa que concede la posesión efectiva intestada. Para más antecedentes v, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 478; v, Corte de Apelaciones de Talca. Fallo de 26 de septiembre de 2013. Rol 1.008-2010.

³²⁴ Se ha resuelto que debe considerarse como bien nacional de uso público la faja de terreno existente entre la vereda y la calzada, que está entregada al uso y goce de los habitantes, en que hay jardines y árboles que atiende la municipalidad v. RDJ. T. 43 secc. 1, p. 239; del mismo modo, se ha calificado el

La noción de bienes nacionales de uso público es, por su naturaleza opuesta a la de todos aquellos otros bienes susceptibles de ser adquiridos en posesión y dominio por particulares.³²⁵ Los bienes nacionales de uso público son imprescriptibles, según se desprende de los términos del artículo 2.498 CC., cuando expresa que se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano; y, como sabemos, los bienes nacionales de uso público, no tiene esa calidad.³²⁶

Así entonces, al no poder ser, los bienes nacionales de uso público, objeto de propiedad privada, posesión, ni prescripción, la detentación de ellos por un particular, no será susceptible de defenderse mediante las acciones posesorias, conforme lo previene el artículo 917 CC. Así, por lo demás, lo han resuelto nuestros tribunales.³²⁷ Esta limitación alcanza incluso a quienes se pretendan meros tenedores.³²⁸

Por el contrario, el Estado sí puede impetrar en contra de los particulares las acciones posesorias tendientes a conservar o recuperar la posesión de los bienes nacionales de uso público.³²⁹ Creemos, que esta defensa posesoria excluye a la querrela de restablecimiento, interdicto que requiere un despojo violento.

uso del cause de un estero v. Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 493 y Mendoza Aylwin, Sergio. Ob. cit. p. 22; los terrenos de la orilla del río que las aguas ocupan o desocupan alternativamente v. GT. de 1906, N° 612, p. 989; y, los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales y que no están comprendidos en el caso de excepción de vertientes que nacen y mueren dentro de una misma propiedad v. RDJ. T. 40 secc. 2, p. 56.

³²⁵ RDJ. T. 21 secc. 1, p. 276; y, T. 36 secc. 1, p. 52.

³²⁶ En este sentido, Silva Cimma, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y bienes. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 273; misma prohibición alcanza a las cosas sagradas v. Mendoza Aylwin, Sergio. Ob. cit. p. 23.

³²⁷ RDJ. T. 3 secc. 1, p. 96; T. 36 secc. 1, p. 348; y, T. 40 secc. 2, p. 56.

³²⁸ Corte de Apelaciones de Valparaíso. Fallo de 12 de mayo de 2010. Rol 2.141-2009; y, Corte de Apelaciones de Santiago. Fallo de 27 de julio de 2010.

³²⁹ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 494.

F.- CONCESIONES DE USO EN LOS BIENES PÚBLICOS

Si un particular adquiere, de parte de la autoridad, un derecho de uso y goce sobre los bienes nacionales de uso público, tal concesión da origen a un derecho real, porque se ejerce sin respecto a determinada persona y, en consecuencia, puede ser protegido mediante un interdicto posesorio, en concordancia con lo previsto en el artículo 916 CC., que concede acción posesoria para conservar o recuperar la posesión de los derechos reales constituidos en los bienes raíces.³³⁰ Incluso, se puede dirigir en contra del mismo Fisco si éste trata de perturbarlo en el derecho de uso concedido.³³¹ En efecto, el derecho que emana de la concesión otorgada por el Estado al particular, es un derecho real, que se ejerce sin respecto a determinada persona, emanando de un contrato legalmente celebrado entre el particular y el Estado, no obstante a su calidad de derecho real la circunstancia de no encontrarse enunciado en el artículo 577 CC., por cuanto dicha enumeración no es taxativa.³³²

El derecho que tiene el particular sobre su concesión, es distinto del que puede disfrutar cualquier otro ciudadano; además, la posesión y el dominio del inmueble permanecen inalterables, pudiendo protegerse únicamente mediante las acciones posesorias el derecho que emana de la concesión.

³³⁰ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 494; Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 549; Aguirre Flores, Francisco. Ob. cit. p. 24; y, Jiménez Larrain, Fernando. Ob. cit. p. 21.

³³¹ RDJ. T. 23 secc. 1, p. 563; T. 28 secc. 1, p. 506; Sin perjuicio de lo dicho, en ciertos casos se ha discutido si la concesión constituye un derecho real susceptible de ser protegido por acciones posesorias. En efecto, se ha indicado que aquí estamos en presencia de los llamados derechos reales administrativos, los que no pueden concebirse al estilo civilista, donde el concesionario frente a la administración carecería de acciones posesorias, las que sí tendría frente a los particulares. Para más antecedentes v. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 319; y, Aguirre Flores, Francisco. Ob. cit. p. 26 y sgts.

³³² RDJ. T. 26, secc. 1, p. 313: En el mismo sentido, Jiménez Larrain, Fernando. Ob. cit. p. 21.

Finalmente, conviene indicar que pueden ser objeto de acciones posesorias los derechos que se confieren a los particulares sobre bienes nacionales que no son de uso público, siempre que dichos derechos tenga el carácter de reales.³³³

3.- EXISTENCIA DE HECHOS PERTURBATORIOS DE LA POSESIÓN

La posesión se turba o molesta por todo hecho material o por todo acto jurídico que constituya o implique una pretensión contraria a la posesión.³³⁴ Normalmente, serán actos materiales que alteren la posesión, la destrucción de cercos, hacer caminos, talar árboles, provocar la muerte de animales, etc; pero también pueden presentarse actos jurídicos que importen un desconocimiento a la posesión ejercida. Ahora bien, los hechos perturbatorios están ligados a las características propias de los interdictos posesorios, las que, por lo general, estarán constituidos por molestias o embarazos de la posesión y privación de la misma por mero despojo o despojo violento, hechos que dan origen a las querellas de amparo, restitución y restablecimiento, las que serán tratadas al final de este trabajo.³³⁵

Para que un hecho o acto logre constituir una alteración a la posesión, se requiere que tales actos no obedezcan a la voluntad del poseedor; es lo que Westermann llama falta de voluntad del poseedor. Con esto se quiere decir que la lesión a la posesión tiene que tener lugar sin la voluntad del poseedor; si éste ha consentido, excluye el supuesto de hecho de la privación y, con ello, el derecho a las acciones posesorias. Un consentimiento que exista en el momento de la lesión posesoria puede

³³³ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 496 y Aguirre Flores, Francisco. Ob. cit. p. 33 y sgts.

³³⁴ RDJ. T. 39, secc. 1, p. 120.

³³⁵ Tratándose de las denuncias de obra nueva y de obra ruinosa y de los interdictos especiales, el legislador los sometió a una regulación específica, y que escapa al objetivo de este estudio.

excluir su cualificación como privación de hecho. De igual forma, se requiere lo que este autor llama la “antijuridicidad de la lesión”, haciéndola consistir en que solamente el despojo o la perturbación posesoria que sea antijurídica, cumple con el supuesto de hecho. Así, si la ley permite la injerencia, no puede ésta constituir una privación de hecho. La antijuridicidad sólo se determina de manera objetiva, no dependiendo ni de la capacidad de obrar ni de la buena fe del que actúa creyendo tener derecho sobre la cosa.³³⁶

Como las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión, deben dirigirse en contra del autor de los actos perturbatorios; lo que nos lleva a estudiar los sujetos pasivos de la acción posesoria, el plazo en que deben interponerse los interdictos posesorios y otros tópicos relacionados, como la prescripción de las acciones posesorias, la cosa juzgada, reserva de acciones y citación de evicción.

A.- LEGITIMADOS PASIVOS

1.- EL AUTOR DE LOS ACTOS DE TURBACIÓN O DESPOJO

Por regla general, las acciones posesorias se dirigen en contra del autor de los actos de turbación o despojo; Incluyéndose en tal categoría, no sólo al ejecutor personal de los actos, sino también el autor moral o intelectual, por cuya orden fueron realizados los hechos o bien los ha aprobado o se ha aprovechado del resultado de ellos; como sería el caso, que un tercero ordena a sus dependientes que efectúen actos de invasión y ocupación a un predio ajeno, ello, sin perjuicio de la responsabilidad propia del hechor material. Además, no se requiere que el usurpador

³³⁶ En este sentido, Westermann, Harry; Westermann, Harm Peter; Gursky, Karl-Heinz; y, Eickmann, Dieter. Ob. cit. p. 258 y 261.

efectúe los actos con la intención de substituirse en la posesión de quien la tenía.³³⁷

Esta defensa o recuperación de la posesión de la cosa, se puede intentar incluso contra el actuar ilícito del dueño que intenta recuperar la posesión de forma impropia, razón por la cual, en la discusión posesoria, no se puede tomar en cuenta el dominio que por una u otra parte se alegue.³³⁸ Lo que se busca es que el verdadero propietario reclame judicialmente la posesión de la cosa, no siendo lícito tomar justicia por sus propias manos. En efecto, y como hemos dicho, la razón de ser de los interdictos posesorios estriba en la conservación de la paz social mediante la protección de la apariencia de dominio, protegiéndose la probabilidad más o menos cierta de que coincidan respecto de los bienes raíces la situación de poseedor y dueño, soslayando el problema jurídico que plantea determinar quién tiene derecho a la propiedad, limitándose a resolver la situación en el puro campo de los hechos.³³⁹

Finalmente, conviene precisar que, cuando el beneficiado de un acto perturbatorio es una comunidad, independientemente que sólo uno de los comuneros haya participado en el hecho, todos los indivisarios están legitimados pasivamente respecto del querellante.³⁴⁰

2.- MERO TENEDOR

Proceden las acciones posesorias en contra de un mero tenedor que posee a nombre del poseedor, una vez vencido el tiempo por el cual se

³³⁷ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 508; GT. de 1.876, N° 2.138, p. 1.086.

³³⁸ En este sentido, Excma. Corte Suprema. Fallo de 24 de septiembre de 2009. Rol 5.080-2008; fallo de 12 de octubre de 2010. Rol 2.674-2009; y, GT. de 1913, N° 309, p. 998.

³³⁹ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 508.

³⁴⁰ Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 6 de septiembre de 2012. Rol 651-2012.

entregó la tenencia del inmueble, y se ha negado a restituir la cosa dada en mera tenencia al poseedor o propietario.³⁴¹ En otros casos, la jurisprudencia ha resuelto la improcedencia de la querrela en contra del concesionario, arrendatario o administrador de una propiedad.³⁴²

3.- HEREDEROS DEL TURBADOR O USURPADOR

El artículo 919 CC., prescribe que el heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor, si viviese y, al no distinguir la ley, la acción posesoria puede dirigirse incluso contra el heredero que ha entrado en posesión de la herencia, ignorando los actos perturbatorios o despojo mediante el cual entró en posesión su causante. El fundamento de esta regla se encuentra en que, siendo el heredero representante de la persona del causante, es responsable de las obligaciones que proceden de un delito o cuasi delito de su autor.³⁴³

4.- ACTUAL POSEEDOR QUE HA ADQUIRIDO LA COSA DIRECTAMENTE DEL TURBADOR

El artículo 927 CC. estatuye que la acción de restitución puede dirigirse no sólo contra el usurpador, sino contra toda persona, cuya posesión se derive de la del usurpador por cualquier título. Esta regla tiene sentido, por cuanto la acción posesoria es de naturaleza real y podrá perseguirse la restitución independientemente de cual sea el título por el

³⁴¹ Don Luis claro Solar, cita como ejemplo el arrendatario que se niega a restituir el inmueble arrendado. No obstante, creemos que en este caso existe ley especial que regula la materia y garantiza al arrendador la restitución del inmueble; otro ejemplo de tenedor lo encontramos en el caso del mediero que, notificado que termina el contrato de medianería, no entrega el fundo materia del contrato. V, GT. de 1921, N° 278, p. 1133.

³⁴² RDJ. T. 30 secc. 1, p. 23.

³⁴³ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 409; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 333.

cual el adquirente detente la cosa, siendo indiferente su buena o mala fe.³⁴⁴

La buena o mala fe del tercero, sólo será relevante para los efectos de la indemnización de perjuicios que pueda intentar el poseedor en su contra. En efecto, conforme al artículo 926 CC., el poseedor despojado de su posesión puede pedir que se declare en su favor la restitución de la misma y la indemnización de perjuicios que el despojo le hubiere causado. Esta acción debe dirigirse en contra del usurpador o contra el poseedor que sucede al usurpador, esté de buena o mala fe, pero la acción de indemnización de perjuicios debe dirigirse contra aquel que despojó de su posesión al poseedor, a menos que el tercero esté de mala fe, es decir, si adquirió la cosa a sabiendas que era usurpada; ello por el carácter personal que tiene la indemnización de perjuicios a que puede dar lugar el despojo (inc. final artículo 927 CC.).³⁴⁵ Rigen, de igual forma, las reglas de la solidaridad (artículo 2317 CC.).

Finalmente, debe advertirse que esta norma se pone únicamente en el supuesto de que el poseedor haya sido despojado de la cosa poseída y no en el de una simple amenaza; y deja a salvo la acción penal que deriva del delito de usurpación.

5.- AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Los actos emanados de las autoridades administrativas, pueden frecuentemente afectar la posesión y los derechos de los individuos, por lo que será necesario determinar cuándo estos actos pueden constituir una turbación a la posesión.

³⁴⁴ Para más antecedentes Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 509 y sgts; y, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 333.

³⁴⁵ En este sentido, Excma. Corte Suprema. Fallo de 28 de julio de 2009. Rol 3.583-2008; Fallo de 24 de septiembre de 2009. Rol 5.080-2008; Fallo de 29 de octubre de 2008. Rol 5.389-2007; y, Corte de Apelaciones de Chillán. Fallo de 8 de julio de 2011. Rol 9-2010.

Creemos que el principio fundamental en esta materia, es que las resoluciones o actos administrativos no pueden considerarse como actos de turbación que ameriten la protección posesoria. En efecto, no podría el poder judicial, en nombre de un interés privado, obstaculizar las medidas que el poder ejecutivo, en nombre del interés general, hubiese decretado: lo impide el principio de separación de poderes y la falta de intención de adquirir la posesión del inmueble objeto de la acción.

Diversos fallos, no siempre fundados en el principio que hemos enunciado, han optado por la inadmisibilidad de las acciones posesorias frente a un acto administrativo. Así, se ha resuelto que no procede la querrela de restablecimiento por los actos administrativos, cuando la autoridad que los ordena y hace ejecutar obra en el ejercicio de sus atribuciones propias, es decir, dentro de las que le corresponden al Gobierno con independencia de los tribunales de justicia.³⁴⁶ Que en contra de las órdenes que dictan los intendentes y gobernadores de acuerdo a la ley de caminos, sólo procede la reclamación que dicha ley establece, excluyendo la posibilidad de que tales órdenes puedan ser modificadas por medio de una querrela posesoria.³⁴⁷ Que debe desecharse la querrela de amparo interpuesta por un particular en contra de un alcalde que mandó destruir un cerro, si aparece que el alcalde obró en cumplimiento de un acuerdo de la Municipalidad que ordenó abrir una calle de la villa que se hallaba cerrado por ese cerco.³⁴⁸ Y, que la inscripción por Bienes Nacionales de parte de un predio adjudicado y regularizado por el querrellado según la normativa del D.L 2.695, no puede solucionarse, por

³⁴⁶ GT. de 1.935, N° 33, p. 105.

³⁴⁷ RDJ. T. 42 secc. 1, p. 273.

³⁴⁸ RDJ. T. 8 secc. 2, p. 23.

expresa disposición legal, por la vía de los interdictos posesorios, sino en el ámbito de la normativa especial de dicho Decreto Ley.³⁴⁹

Ahora bien, para que opere este principio, se requiere que los actos administrativos hayan sido realizados en forma regular. Si la administración incumple el procedimiento legalmente establecido o incurre en otros vicios, podría dar pie a la procedencia de la defensa posesoria. En efecto, los vicios de procedimiento pueden ser diversos: perturbación posesoria que se efectúa por la administración en forma fáctica, es decir, sin mediar declaración expresa ni procedimiento alguno; aún existiendo actuación administrativa se prescinde total o absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Pero siempre se requiere que se trate de vicios graves de procedimiento, cuya calificación jurídica sólo podrá determinarse a la luz de las circunstancias del caso concreto, con base al procedimiento que la administración debió seguir, y, que el vicio provoque indefensión. No puede entonces, admitirse un interdicto posesorio frente actos administrativos simplemente irregulares.³⁵⁰

Nuestra jurisprudencia, dubitativa al respecto, en algunas ocasiones ha señalado que los tribunales ordinarios de justicia tienen jurisdicción suficiente para conocer de los interdictos posesorios de restitución y de amparo y de la consiguiente indemnización de perjuicios, aun cuando el acto perturbatorio emana de una autoridad administrativa.³⁵¹ Tal sería el caso cuando un decreto administrativo perturba la posesión sobre un camino particular;³⁵² o cuando se ha dirigido una acción posesoria en contra de un subdelegado, por acto de tal.³⁵³ Corresponde a la justicia

³⁴⁹ Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 15 de junio de 2004. Rol 2.382-2003.

³⁵⁰ En este sentido, Cano Mata, Antonio: "Interdicto contra la Administración". en Rev. Anuario de Derecho Civil (abril-junio), Madrid, 1974, p. 292 y sgts.

³⁵¹ En este sentido, RDJ. T. 70 secc. 1, p. 66.

³⁵² RDJ. T. 47 secc. 1, p. 261.

³⁵³ G.T. de 1.876, N° 2.138, p. 1.086.

ordinaria conocer de una querrela de amparo contra un Gobernador por pretender abrir éste un camino público sobre un terreno particular.³⁵⁴ Tienen competencia los tribunales de justicia para resolver si un decreto supremo de reanudación de faenas en un fundo y los actos del interventor constituye turbación o embarazo de la posesión.³⁵⁵ Caso en que la Municipalidad destruye los cercos y portones que dicha corporación hizo sacar del predio, con el fin de entregar al tránsito público un camino que es de propiedad particular.³⁵⁶ Se ha resuelto que es un acto de mera gestión de la autoridad administrativa el desalojo con fuerza pública de unos terrenos fiscales, pues mira a las relaciones del Fisco con particulares sobre cumplimiento de contratos de concesiones de terreno y no es acto de gobierno en interés de la comunidad, otorgando en definitiva competencia al Poder Judicial para conocer vía querrela de restablecimiento.³⁵⁷ En otra oportunidad, se ha resuelto que la Dirección de Vialidad, al hacer aplicación de la facultad que le concede el artículo 41 de la ley de Caminos, no ha actuado fuera del ámbito de sus atribuciones, sino por el contrario haciendo cumplir las normas legales, por lo que de ellas, si bien puede surgir una turbación o molestia, ésta es legal, y no permite el amparo de la forma señalada por el querrellado.³⁵⁸

Las simples órdenes administrativas no seguidas de actos materiales de cumplimiento de dichas órdenes, no pueden dar lugar a un interdicto.³⁵⁹ Debe tratarse entonces de actos materiales efectivos, no basta una orden no seguida de actos efectivos destinados a su

³⁵⁴ G.T. de 1.918, N° 187, p. 548.

³⁵⁵ RDJ. T. 64 secc. 1, p. 109. Sin perjuicio del voto disidente, que estimo que se carece absoluta competencia para conocer y decidir la cuestión planteada.

³⁵⁶ GT. de 1.922, N° 82, p. 384.

³⁵⁷ GT. de 1.945, N° 33, p. 105.

³⁵⁸ Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 13 de junio de 2012. Rol 1.080-2011.

³⁵⁹ En este sentido, Salvat, Raymundo. Ob. cit. p. 396.

cumplimiento.³⁶⁰ Así, la simple notificación de permitir la apertura de un camino en un predio privado o el caso del cierre de un restaurant por una sanción sanitaria o la clausura por no pago de tributos, si no se ejecuta, no amerita la defensa la posesoria.

Por último, la acción deberá dirigirse en contra del Estado o el organismo respectivo, cuando la resolución emana de funcionarios que han obrado como agentes o representante de aquellos.

6.- RESOLUCIONES JUDICIALES

Creemos que la ejecución de una resolución judicial firme no puede dar pie a una defensa posesoria por parte de los afectados. En efecto, las resoluciones judiciales, por emanar de una autoridad especialmente investida del poder de resolver las controversias entre las partes, sólo pueden ser atacadas mediante los recursos que prevé la ley. Agotada dicha vía o no ejercida, se podrá ejecutar. Así por ejemplo, el embargo judicial de una cosa, la orden de poner al síndico en posesión de los bienes o la orden de poner a un subastador en posesión de la finca rematada, no pueden ser detenidos mediante una acción posesoria.³⁶¹

Sin embargo, cuando aparecen, en la tramitación de un proceso judicial, irregularidades graves; o cuando un fallo ha sido dictado sin haber oído al afectado, apareciendo violado el derecho a un debido proceso, puede el poseedor afectado recurrir de protección posesoria a fin de mantener su posesión.

Al respecto, nuestros tribunales han resuelto que no procede una defensa posesoria cuando existe una resolución judicial recaída en un juicio ejecutivo en que se ordenó la entrega material de la porción de

³⁶⁰ Mariani de Vidal, Marina. Ob. cit. p.262.

³⁶¹ En este sentido, Mariani de Vidal, Marina. Ob. cit. p. 261; y, Salvat, Raymundo. Ob. cit. p. 388.

terreno en discusión.³⁶² La explicación de ello se encuentra en que, para que prospere un interdicto posesorio, la privación de la posesión debe ser la consecuencia de un acto ilegítimo del que lo ejecuta, situación que evidentemente no ocurre cuando se trata de la ejecución de una resolución judicial, sin perjuicio de que, por lo demás, proceden recursos legales en contra de una decisión judicial.³⁶³ No procede aplicar el artículo 921 del CC., si el poseedor ha sido lanzado por orden judicial.³⁶⁴ No procede la querrela posesoria para ser repuesto en la posesión de bienes que han sido embargados judicialmente en ejecución iniciada contra diferente persona.³⁶⁵

No obstante, si se exceden los extremos en que deba cumplirse una resolución judicial y, con ello, se afecte a un tercero respecto del cual no se acredite un vínculo o relación alguna con el proceso del cual emanó dicha orden, será plausible interponer el interdicto posesorio que corresponda.³⁶⁶

Todo lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, y en algunos casos disciplinaria de las autoridades, por haber incurrido en alguna ilegalidad o falta en su resolución adoptada.

7.- ACCIONES POSESORIAS ENTRE COMUNEROS

Cuando el comunero se ve perturbado por un tercero en la posesión de los bienes o derechos comunes, puede impetrar una defensa posesoria en contra del usurpador o turbador, sin necesidad de contar con el concurso de los demás comuneros. Esto es así, por tratarse de un acto

³⁶² Corte de Apelaciones de Iquique. Fallo de 21 de agosto de 2012. Rol 183-2012.

³⁶³ En este sentido, GT. de 1.917, N° 235, p. 696.

³⁶⁴ GT. de 1.882, N° 3.058, p. 1697.

³⁶⁵ GT. de 1.914, N° 239, p. 652.

³⁶⁶ Excma. Corte Suprema Fallo de 27 de noviembre de 2006. Rol 3.175-2004.

que mira a la conservación de su derecho y con él, a la conservación de los derechos de los demás comuneros.³⁶⁷

Sin embargo, cuando el que entorpece la posesión del comunero, en la cosa aún indivisa, es otro de los comuneros, se discute la procedencia de las acciones posesorias a su respecto.³⁶⁸

Una primera posición, apoyada por numerosos fallos de nuestros tribunales, proclama la improcedencia de las acciones posesorias entre comuneros.³⁶⁹ En apoyo de esta opinión existen variados argumentos.

1.- Por una parte, el artículo 917 CC., dispone que, sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, no pueda haber acción posesoria. El fundamento de esta disposición radica en que la posesión tiene por objeto conducir a la prescripción; de ahí entonces que este asunto está ligado al tema de la prescripción entre comuneros.³⁷⁰ Controversia no resuelta; para algunos no procede. Argumentan la imprescriptibilidad de la acción de partición, conforme el artículo 1317 CC; para otros, es procedente la prescripción entre comuneros, fundado en que siempre existe la posibilidad que un comunero comience a poseer exclusivamente.³⁷¹ Nuestros tribunales han resuelto que el Código Civil, no contiene una disposición expresa que diga que entre comuneros no haya prescripción o que se suspenda entre ellos, pero es evidente que comunero que invoca su carácter de tal, no podrá prescribir contra otro comunero, pues en el hecho, reconoce que su posesión no es exclusiva, y la posesión supone

³⁶⁷ Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 499.

³⁶⁸ Para más antecedentes Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 334 y sgts.

³⁶⁹ Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 25 de junio de 2012. Rol 747-2012; RDJ. T. 2 secc. 2, p. 156; T. 4 secc. 2, p. 85; T. 83 secc. 2, p. 52 y, GT. de 1.914, N° 130, p. 292.

³⁷⁰ En este sentido, Silva Segura, Enrique: "Acciones, Actos y Contratos Sobre Cuota". Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic. Santiago, 1085, p. 149 y sgts.

³⁷¹ Para más antecedentes v. Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 409 y sgts y p. 547 y sgts.

posesión excluyente; del mismo modo, un arrendatario no puede prescribir contra el propietario.³⁷²

2.- El artículo 551 CPC., exige de quien intente una querrela posesoria, expresar en su libelo que personalmente o agregando la de sus antecesores, ha estado en posesión tranquila y no interrumpida durante un año completo del derecho que pretende amparar. Exige entonces, una posesión personal; lo que excluye cualquier posibilidad de coposesión, dado que sólo existe posesión cuando se tiene una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, lo que no se concilia con el concepto de coposesión. El indivisario posee a nombre propio y a nombre de los demás.³⁷³

3.- El comunero demandante, frente al demandado, no sería un poseedor exclusivo y ambos además, serían poseedor actual. Una coposesión hace difusa la radicación material de los derechos de cada comunero en el predio que comparte.

Se ha resuelto que si el demandante es comunero en el bien raíz de que esta en posesión y que el demandado también lo es en su calidad de cesionario de los derechos de herencia de los mismos comuneros que lo son con el demandante, circunstancia que impide a este último ejercer la acción posesoria en contra de otros comuneros con igual o mayor derecho que el suyo, desde que todos tiene la posesión inscrita sobre el bien raíz detentado por uno de ellos.³⁷⁴

4.- Las acciones interdictales son remedios creados para la defensa de la posesión, frente a quienes no son poseedores; y siendo la situación posesoria del demandante y del demandado la misma, cualquier conflicto

³⁷² RDJ. T. 2 secc. 2, p. 156.

³⁷³ En este sentido, Jiménez Larrain, Fernando. Ob. cit. p. 35 y sgts.

³⁷⁴ Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 11 de julio de 2008. Rol 376-2005.

entre ellos debiera dilucidarse, atendido a sus respectivos derechos, en un juicio petitorio y no posesorio.

5.- Cada poseedor sólo podría disfrutar de una tutela posesoria parcial, referida únicamente al despojo, y no a los actos de perturbación, porque éstos se confundirían en la realidad con los que legítimamente corresponde a todo poseedor, quedando eliminada la posibilidad de ejercitar la acción posesoria de amparo.³⁷⁵

6.- Por último, la comunidad es un cuasi contrato, que genera obligaciones; y si uno de los comuneros, es privado totalmente del uso y goce de la cosa común por los demás indivisarios, podrá ejercitarse por el comunero la correspondiente acción personal derivada del cuasi contrato, para defender su derecho de posesión sobre la cosa común, no quedando en consecuencia en indefensión.³⁷⁶

Otro sector, considera indudable la posibilidad que un coposeedor pueda ejercitar un interdicto posesorio en contra de un comunero.

Don Enrique Silva Segura, opina que si bien no hay prescripción entre coposeedores, si lo hay entre condueños, en que uno es poseedor exclusivo que desconoce el derecho de los demás.³⁷⁷ Estima este autor, que cualquier comunero o tercero que, dándose por dueño del todo, toma su posesión, podrá adquirirla por prescripción. Explica, que así como un tercero cualquiera se puede apoderar de una cosa común y tenerla con ánimo de señor y dueño, un comunero puede negar o desconocer el derecho de los demás y transformarse así en poseedor exclusivo; en cuyo caso podrá adquirir el dominio de la cosa indivisa por prescripción; debiendo probar que, desconociendo el derecho de sus coparticipes, poseyó el total con ánimo de señor y dueño. Así, explica, si un condueño

³⁷⁵ Para más antecedentes v. Arana de la Fuente, Isabel. Ob. cit. p. 172 y sgts.

³⁷⁶ En este sentido, Somarriva U, Manuel: "Indivisión y Partición". Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic. Santiago, 1956, p. 218 y 239.

³⁷⁷ Silva Segura, Enrique. Ob. cit. p. 152.

toma la posesión total y exclusiva de la cosa indivisa, los demás copropietarios (excluidos de la coposesión, por la tenencia con ánimo se señor y dueño, del comunero que se alza en contra de ellos), podrán intentar las acciones posesoria propiamente tales.³⁷⁸

Cabe anotar que incluso el profesor Somarriva, estima la existencia un caso excepcional, en que el indivisario podría ejercer una acción posesoria, cuando mediante un título justifique su posesión exclusiva.³⁷⁹

En el derecho comparado, autores como Lacruz, Albaladejo y Hernández Gil, afirman que los coposeedores pueden dirigir la acción posesoria contra cualquiera de sus compañeros que se erija como poseedor exclusivo, extralimitándose en el uso de la cosa común.³⁸⁰

Nuestros tribunales, en fallos muy escasos, han resuelto la procedencia de la querrela de restablecimiento entre comuneros, aun suponiendo que el querellante y el querellado sean comuneros en el terreno despojado.³⁸¹

B.- PLAZO EN QUE DEBEN INTERPONERSE LOS INTERDICTOS POSESORIOS

La regla al respecto está dada por el artículo 920 CC. Dicho precepto, estatuye que las acciones que tiene por objeto conservar la posesión, prescribe al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella; las que tiene por objeto recuperarla, expira al cabo de un año completo contado desde que el poseedor anterior

³⁷⁸ Para más antecedentes v. Silva Segura, Enrique. Ob. cit. p. 152 y sgts; en el mismo sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 334.

³⁷⁹ Somarriva U, Manuel. Ob. cit. p.220.

³⁸⁰ Para más antecedentes v. Lacruz Berdejo, Jose Luis: "Elementos del Derecho Civil III". Edit. Dykinson, 2ª edic. Madrid, 2003, V. I, p. 54; Albaladejo, Manuel. Ob. cit. p. 97; y, Hernández Gil, Antonio. Ob. cit. p. 741.

³⁸¹ RDJ. T. 1 secc. 1, p. 582; y, GT. de 1.913, N° 85, p. 251.

la ha perdido. Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se cuenta el año desde el último acto de violencia o desde que haya cesado la clandestinidad.³⁸² Al tenor del precepto citado, debemos distinguir:

1.- ACCIONES QUE TIENE POR OBJETO CONSERVAR LA POSESIÓN

En este caso, el interdicto posesorio debe interponerse antes de que se cumpla un año completo contado desde la molestia o embarazo inferido a la posesión. Pero atendido a que pudiere existir multiplicidad de actos, conviene subdistinguir. En la especie, se trata del interdicto de amparo, ya que supone que aun la cosa esta es poder del poseedor.

a.- Hecho aislado, único y definitivo. En este caso, la fijación del punto de partida del referido plazo carece de complicación y se aplica la regla antes señalada.

b.- Diversos hechos sucesivos o repetidos. Si cada uno de estos hechos reiterados de turbación, configuran una molestia de naturaleza distinta, el plazo se contará individualmente para cada situación.³⁸³

Ahora, si se trata de hechos reiterados, de una misma turbación, el plazo para interponer la acción posesoria se cuenta desde el último de dichos actos;³⁸⁴ -³⁸⁵ Según Alessandri, Somarriva y Vodanovic, éste el plazo

³⁸² Este mismo plazo de un año se contempla en el derecho alemán (art. 864), español (art. 1968 CC), italiano (arts. 1168 y 1170 CC), francés (art. 1264 Código Enjuiciamiento Civil), mexicano (art. 804 CC), uruguayo (art. 662 CC), paraguayo (art. 1947 CC), colombiano (art. 976 CC), venezolano (art. 783 CC) y argentino (art.2493, 2456 y 4038 CC).

³⁸³ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 331; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 550.

³⁸⁴ Don Luis Claro Solar propone esta solución. Este autor, funda su posición en que en todos los proyectos, incluso el que fue presentado a la aprobación del congreso Nacional decía "contado desde el primer acto de molestia o embarazo", expresión que fue suprimida por la comisión encargada de hacer la edición correcta del Código, porque no era posible que los sucesivos actos de

debe contarse desde el primer acto de turbación que contradiga netamente la posesión ajena.³⁸⁶

Si se produce una sola molestia, pero como resultado de varios actos progresivos que se desarrollan en incierto espacio de tiempo, el plazo de un año se computa desde el acto que constituye un inequívoco embarazo a la posesión ajena.³⁸⁷

2.- ACCIONES QUE TIENE POR OBJETO RECUPERAR LA POSESIÓN ARREBATADA AL POSEEDOR

En este caso, el plazo que tiene el poseedor para impetrar un interdicto posesorio, expiran al cabo de un año contado desde que el despojo se ha materializado. Plazo que está en armonía con el año de posesión exigido por el artículo 918 CC., para poder impetrar un interdicto. En efecto, se ha dicho que, "en el caso de privación de la posesión, el primer poseedor tiene un año para interponer acción y el nuevo aún no

perturbaciones quedaran impunes, porque el primer acto de turbación, en una serie continuada de conatos de usurpación que el poseedor hubiera tenido que estar rechazando, hubieran tenido lugar más de un año antes de iniciarse la acción. Para más antecedentes v. Claro Solar, Luis. Ob. Cit. p. 512. Otros autores apoyan esta tesis, fundado en la finalidad que tiene los interdictos posesorios, cual es mantener la paz social; y mal podría lograrse ello, si se conmina al poseedor que frente a cualquier acto perturbatorio, que muchas veces se aceptan como actos de mera tolerancia, deba iniciar el ejercicio de una acción posesoria ante la eventualidad de verse obligado a aceptar la repetición de los hechos por haber prescrito la oportunidad de reclamar v. Jiménez Larrain, Fernando. Ob. cit. p. 44.

³⁸⁵ Siguiendo esta teoría podemos citar, Excma. Corte Suprema. Fallo de 23 de junio de 2008. Rol 2.350-2007.

³⁸⁶ Para estos autores, la palabra "primer", fue borrada porque no tenía razón de ser, porque lo decisivo es el acto de molestia o embarazo inferido a la posesión, y este existe desde el momento mismo en que se produce, sin que importe que sea único o lo sigan otros de la misma especie. Para más antecedentes v. Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 332.

³⁸⁷ Para más antecedentes v. Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 332; en este sentido, Excma. Corte Suprema. Fallo de 24 de septiembre de 2009. Rol 5.080-2008.

tiene protección porque no ha cumplido por su parte ese plazo; al cumplirse el año, pierde la protección el primitivo poseedor y la adquiere el nuevo.³⁸⁸

Ahora bien, si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, el plazo de un año se cuenta desde el último acto de violencia, entendiendo por tal, cualquier presión física o moral; o, desde que haya cesado la clandestinidad, es decir, cesa en la ignorancia de la posesión que ejercía en forma oculta el usurpador, o lo que es lo mismo, descubre el despojado la usurpación.³⁸⁹

El vicio de violencia es permanente. El poseedor violento es el que adquiere la posesión por la fuerza, y aunque después esta desaparezca y ejerza la posesión sin violencia, seguirá teniendo esa posesión tal carácter. En cambio, la clandestinidad es temporal; el poseedor clandestino deja de serlo cuando ejerce la posesión sin ocultarla a quien tiene derecho a oponerse a ella. Pero lo que la ley sanciona en este caso, es el dolo del poseedor que para evitar que se dirijan en su contra las acciones legales, oculta la tenencia de las cosas a quienes tiene derecho a oponerse a ella.³⁹⁰

Se debe hacer la salvedad, que tratándose del despojo violento, el plazo que tiene el poseedor para deducir la querrela de restablecimiento es de seis meses, según se verá al estudiar dicho interdicto.

³⁸⁸ Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 550.

³⁸⁹ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 513; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 332; Excma. Corte Suprema. Fallo de 28 de julio de 2009. Rol 3.583-2008; y, Fallo 23 de junio de 2008. Rol 2.350-2007.

³⁹⁰ En este sentido, Vial del Rio, Víctor: "La Tradición y la Prescripción Adquisitiva como Modo de Adquirir el Dominio". Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic. Santiago, 2003, p. 119 y sgts; y, Rodríguez Grez, Pablo: "De las Posesiones Inútiles en la Legislación Chilena". Edit. Jurídica de Chile, 1ª edic. Santiago, 1991, p. 204.

Es privativo de los tribunales de justicia, determinar cual es el acto, o primer acto, que contraviene la posesión del querellante.³⁹¹

En cuanto al cómputo de este plazo, al tratarse de un plazo de años, se contabiliza conforme a las reglas del artículo 48 CC. Así, si la perturbación o despojo ocurrió a las 11:00 horas del día 03 de enero, el plazo prescribe el día 03 de enero del año siguiente a las 24:00. Luego la acción estará prescrita desde las cero horas del día siguiente al cabo del año computado en la forma ya dicha. No se debe olvidar eso si, las reglas especiales fijadas en los incisos segundo y tercero de la norma citada.

El plazo de un año es un plazo especial de prescripción extintiva, por lo que de conformidad al artículo 2.524 CC., no se suspende.³⁹² Según una antigua jurisprudencia, este plazo de un año se cuenta desde el acto de molestia o embarazo hasta el día de la interposición del interdicto posesorio y no el de la notificación de de la demanda;³⁹³ Punto no pacífico en nuestra jurisprudencia, puesto que existen fallos de reciente data, que señalan, que la prescripción deja de correr desde el momento en que se produce la notificación de la querrela a la parte demandada, y no desde la interposición del interdicto posesorio. Para estos, si bien a las prescripciones especiales de corto tiempo, en materia de interrupción de la prescripción, no se le aplica el artículo 2523 CC, si se le aplica las reglas generales de la prescripción de largo tiempo prevista en los artículos 2503

³⁹¹ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 332.

³⁹² En este sentido, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 550.

³⁹³ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 331; RDJ. T. 27 secc. 1, p. 1; Excma. Corte Suprema. Fallo de 23 de junio de 2008. Rol 2.350-2007; GT. de 1.884, N° 1.918, p. 1178; y GT. de 1.910, N° 1.237, p. 1027; RDJ. T. 9 secc. 1, p. 97.

y 2518 CC., donde la interrupción de la prescripción se produce sólo con la notificación de la demanda.³⁹⁴

Por último, sujetar a un plazo la pretensión de protección posesoria, permite concretizar la aspiración de no perturbar o alterar una situación de calma en la posesión, luego de transcurrido un cierto tiempo desde el cambio posesorio. De ahí la conveniencia de mantener un plazo dentro del cual el poseedor podrá impetrar un interdicto posesorio.

C.- PRESCRIPCIÓN O CADUCIDAD DEL PLAZO PARA IMPETRAR LAS ACCIONES POSESORIAS

Estrechamente ligado al plazo que tienen los poseedores para impetrar un interdicto posesorio, está el tema si dicho plazo es de prescripción o caducidad.

Nuestra doctrina más autorizada, si bien reconoce que se trata de un tema controvertido, indica únicamente que, bien sea un plazo de prescripción o bien de caducidad, la solución es la misma; por cuanto el plazo no se suspende, corre contra toda persona; siendo una característica de la caducidad que su plazo no se suspende si la ley no lo establece expresamente y conforme el artículo 2524 CC., la prescripción especial de corto tiempo tampoco.³⁹⁵⁻³⁹⁶ Si bien compartimos tal posición, creemos

³⁹⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso. Fallo de 21 de noviembre de 2012. Rol 1.795-2012; y, Corte de Apelaciones de Valparaíso. Fallo de 14 de junio de 2012. Rol 2.158-2011.

³⁹⁵ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 332; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 550.

³⁹⁶ Nuestra jurisprudencia al referirse al tema, analiza derechamente el asunto desde la perspectiva de la prescripción, a modo de ejemplo podemos citar Excm. Corte Suprema. Fallo de 26 de junio de 2008. Rol 2.350-2007 y Corte de Apelaciones de Valparaíso. Fallo de 21 de noviembre de 2012, Rol 1.795-2012; por otro lado el profesor Peñailillo utiliza la expresión “no obstante la literalidad...”, lo que denota que atendido lo prescrito en el artículo 920 CC., se trataría de un plazo de prescripción v. Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 550.

necesario introducirnos en la discusión a fin de poder explicar nuestro planteamiento.

El artículo 920 CC., señala que las acciones que tiene por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo un año completo, y, las que tienen por objeto recuperarla, expiran al cabo de un año completo.

Sentada la regla anterior, y, conforme lo señala el artículo 2524 CC., se trataría de un prescripción extintiva especial de corto tiempo.³⁹⁷

A estas prescripciones de corto tiempo, que son todas menores a cinco años, como ocurre en la especie, y conforme al artículo 2523 CC., no admiten suspensión ni interrupción (el artículo 2523 que regula la suspensión y la interrupción, refiere únicamente a los artículos 2521 y 2522, quedando excluido en consecuencia el 2524). La prescripción especial de corto tiempo no admite suspensión, salvo que se establezca otra regla.³⁹⁸

Por otro lado, “la caducidad es un medio legal para estabilizar y consolidar ciertas situaciones jurídicas en las cuales se hallan comprometidos intereses de terceros o principios generales de derecho que deben protegerse por el sistema jurídico”.³⁹⁹ Esta, si bien no se haya expresamente reglamentada en el Código Civil chileno, mira el interés general; se trata de una institución de orden público, que da estabilidad y continuidad a las relaciones intersubjetivas, por lo mismo no se interrumpe ni se suspende en caso alguno. Se ha resuelto que “en la caducidad, el evento objetivo de vencerse el plazo prefijado por la ley para el ejercicio del derecho marca definitivamente la extinción de éste; de manera que a la inversa de lo que ocurre con la prescripción extintiva, que no se

³⁹⁷ En este sentido, Abeliuk Manasevich, René: “Las Obligaciones”. Edit. Jurídica de Chile, 4ª edic. Santiago, 2005, T. II, p. 1.114.

³⁹⁸ En este sentido, Abeliuk Manasevich, René. Ob. cit. p.1114.

³⁹⁹ Rodríguez Grez, Pablo: Estudios de Derecho Privado. “La Caducidad en el Derecho Civil Chileno”, Estudios de Derecho Privado”. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p.244.

reconoce en la caducidad la intervención de la voluntad de las partes a través de la interrupción, la suspensión y la renuncia; tampoco se requiere que sea alegada por el interesado al cumplimiento del plazo, pues opera *ipso jure*";⁴⁰⁰ además sus efectos son *erga omnes*; por lo que siendo más drástica que al prescripción, que debe ser declarada por sentencia judicial, la caducidad sólo debe ser establecida por la ley.

En conclusión, creemos que en nuestro sistema positivo, el plazo previsto en el artículo 920 CC., es de prescripción. Ello, amén de lo ya expresado, por la literalidad de tal norma; y, porque cada vez que se quiera plantear un plazo de caducidad, se requiere una disposición legal expresa. Esto último, por lo implicancia que puede significar la extinción de un derecho en el patrimonio, afectando con ello el derecho de prenda general, repercutiendo la adquisición y extinción de bienes y derechos en las bases del ordenamiento jurídico privado, lo que requiere regulación expresa.⁴⁰¹

Finalmente, no existe en nuestro sistema positivo, una norma como la prevista en el artículo 1.653 del Código de Enjuiciamiento Civil español, que prescribe "el juez admitirá la demanda y acordará recibir la información, si apareciere presentada aquella antes de haber transcurrido un año a contar desde el acto que la ocasione"; de cuya literalidad, entienden algunos autores españoles, aparece el plazo de caducidad; debiendo el juez de oficio no admitir a tramitación la demanda de recobro de la cosa, si aparece presentada con posterioridad al año, siendo la apreciación de oficio propia de la caducidad.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Excma. Corte Suprema. Fallo de 2 de junio de 2004. Rol 5.113-2004.

⁴⁰¹ En este sentido, Rodríguez Grez, Pablo: Estudios de Derecho Privado. Ob. cit. p. 244 y sgts.

⁴⁰² En este sentido, Arana de la Fuente, Isabel. Ob. cit. p. 146; Vásquez Barros, Sergio. Ob. cit. p. 227; Domínguez Moya, Oscar. Ob. cit. p. 49; Albaladejo, Manuel. Ob. cit. p. 95; García Valdecasas, Guillermo. Ob. cit. p. 81; Busto, José Manuel, Álvarez, Natalia y Peña, Fernando: "Acciones de Protección de la

En el derecho alemán, se ha expresado que el plazo de un año determinado por los artículos 861 y 864 del BGB, es de caducidad, por lo que debe ser examinado de oficio.⁴⁰³

En el derecho italiano, de lo prevenido en los artículos 1168 y 1170 del Código Civil, se desprende que se trata de un plazo de caducidad; debiendo ejercitarse estos interdictos dentro del plazo de un año, bajo pena de decadencia.⁴⁰⁴

En el derecho portugués, el artículo 1282 del Código Civil, expresamente se refiere a un plazo de caducidad.

En el derecho civil argentino, se ha estimado mayoritariamente que el plazo de un año establecido en los artículos 2493 y 4038, es de caducidad.⁴⁰⁵ En el sistema francés de prescripción.⁴⁰⁶

Concluido lo anterior, creemos conveniente dilucidar las alternativas que tiene el poseedor si ha transcurrido el plazo de un año o de seis meses que tenía para impetrar una defensa posesoria, sin que la haya deducido oportunamente. Lo primero que debe decirse es que, si el querellado no se excepciona con la prescripción extintiva, el demandante no tendrá

Posesión". Edit. Thomson, Pamplona, 2007, p. 103 y sgts; no obstante, Díez-Picazzo, estima que no es claro considerar este plazo como de caducidad v. Díez-Picazo, Luis. Ob. cit. p. 737. En opinión de Hernández Gil, el plazo sería de prescripción v. Hernández Gil, Antonio. Ob. cit. p. 753 y sgts; Para más antecedentes Albaladejo, Manuel: "El plazo de la acción para recobrar la posesión, ¿es de prescripción o de caducidad?", en Rev. De D. Privado (julio-agosto), Madrid, 1990, pp. 551 y sgts.

⁴⁰³ En este sentido, Westermann, Harry; Westermann, Harm Peter; Gursky, Karl-Heinz; y, Eickmann, Dieter. Ob. cit. p. 276; y, Wolff, Martin. Ob. cit. p. 117 y 119.

⁴⁰⁴ Para más antecedentes, Albaladejo, Manuel: "El plazo de la acción para recobrar la posesión, ¿es de prescripción o de caducidad?". Ob. cit. p. 558; y, Messineo, Francesco. Ob. cit. p. 235 y sgts.

⁴⁰⁵ En este sentido, Borda, Guillermo. Ob. cit. p. 114; Gabás, Alberto. Ob. cit. p. 132 y sgts; y, Gurfinkel de Wendy, Lilian. Ob. cit. p. 1441 y 1459; Por la prescripción, Borda, Guillermo. Ob. cit. p. 114.

⁴⁰⁶ En este sentido, Mazeaud, Henri y Mazeaud, Jean. Ob. cit. p. 174.

inconveniente, por cuanto, al no ser un plazo de caducidad, el tribunal no podría declararla de oficio.

Ahora bien, si la defensa del querellado, opone dicha excepción, el tribunal deberá acogerla si ha transcurrido más de un año o seis meses, según sea el interdicto, desde la comisión de los hechos de perturbación o despojo a la época en que se presentó a distribución la querella posesoria o se notifique al querellado; esto último dependerá, como ya se dijo, de la posición que se siga. En nuestra opinión, basta presentar la querella a distribución para interrumpir la prescripción; creemos que éste es el momento en que el querellante manifiesta una intención concreta de hacer cesar el mal causado por el turbador o usurpador; teniendo además presente el breve plazo de prescripción al que se hayan sujetos los interdictos posesorios.

Si el poseedor turbado, desestima impetrar un interdicto posesorio, porque buenamente entiende que esta fuera del plazo previsto por la ley, siempre tendrá a salvo la acción ordinaria reivindicatoria, que podrá hacer valer en un juicio ordinario de lato conocimiento.⁴⁰⁷⁻⁴⁰⁸

Incluso se ha sostenido que se podría recurrir a la acción prevista en el artículo 915 CC., relativa a la acción reivindicatoria contra el injusto detentador, cuando no procede la acción reivindicatoria por no haberse perdido la posesión (referida a inmuebles inscritos); o bien, no resulta posible deducir la querella de amparo, por haber transcurrido más de un año; o bien, no haber sido despojado violentamente, para los efectos de la querella de restablecimiento.⁴⁰⁹⁻⁴¹⁰

⁴⁰⁷ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 512.

⁴⁰⁸ Corte de Apelaciones de Valparaíso. Fallo de 21 de noviembre de 2012. Rol. 1.795.

⁴⁰⁹ Para más antecedentes, Selman Nahum, Arturo: "Artículo 915 del Código Civil: Una Solución Jurisprudencial a la Limitación de las Acciones Tradicionales. Revista Ius et Praxis, Año 17, N°1, 2011, p. 57 y sgts. Publicado en Revista Scielo. www.scielo.cl

D.- LA COSA JUZGADA

El artículo 563 CPC., establece que cualquiera que sea la sentencia, queda siempre a salvo a los que resulten condenados el ejercicio de la acción ordinaria que corresponda con arreglo a derecho, pudiendo comprenderse en dicha acción ordinaria el resarcimiento de las costas y perjuicios que hayan pagado o que se le hayan causado con la querrela. Concluye expresando que no es admisible ninguna otra demanda que tienda a enervar lo resuelto en el interdicto. De esta manera, cualquiera sea los resultados a que se haya llegado en la sentencia de la acción posesoria, deja abierto el camino para que pueda acudir a la vía ordinaria a fin de entablar la acción que estime conveniente, aun cuando ésta última acción, de ser acogida, llegue a contradecir lo resuelto en la primitiva sentencia; esto es lo que se ha llamado reserva de derechos para accionar por la vía ordinaria.⁴¹¹

A partir de esta norma, se ha sostenido que en nuestro sistema positivo, las sentencias de los juicios posesorios no producen cosa juzgada material.⁴¹² Sin embargo creemos que dicha opinión es errada. En efecto, las acciones ordinarias que quedan a salvo, como sería el caso de la reivindicatoria, ventila una cuestión diversa a la promovida en los interdictos posesorios, el dominio; en consecuencia, si bien el objeto pedido será el mismo (la conservación o restitución de la posesión), la

⁴¹⁰ En el sistema español, al igual que el nuestro, el poseedor podría acceder a juicio declarativo correspondiente v. Medina De Lemus, Manuel: "Derecho Civil de Bienes Derechos Reales e Inmobiliario Registral". Edit. Dykinson S.L. Madrid, 2003, T, I, p, 198.

⁴¹¹ Excma. Corte Suprema. Fallo de 14 de noviembre de 2007. Rol 1.113-2006.

⁴¹² RDJ. T. 12 secc. 1, p. 363; T. 34 secc. 1, p. 277; T. 49 secc. 1, p. 363; y, T.45 secc. 1, p. 285; Corte de Apelaciones de Antofagasta. Fallo de 9 de junio de 2010. Rol 49-2009; Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 16 de septiembre de 2008. Rol 2.906-2003. Esta sentencia, tiene la particularidad de señalar además que la sentencia recaída en un recurso de protección produce cosa juzgada formal y no material respecto de un interdicto posesorio, en el que se debate el mismo asunto que en la acción constitucional de protección.

causa de pedir será distinta (en los interdictos posesorios la posesión; en la reivindicatorio el dominio). Por ello, no puede afirmarse sin más, que las acciones posesorias no producen cosa juzgada material, pues lo resuelto en el juicio posesorio quedó firme, lo discutido en un juicio ordinario posterior será otra materia.⁴¹³

Por otro lado, el efecto de cosa juzgada que producen las sentencias en los juicios posesorios, no implica que ellas no puedan verse alteradas por lo resuelto posteriormente en un juicio petitorio, como sería el caso de un procedimiento ordinario reivindicatorio. De ahí que se habla entonces del alcance provisional o interino de los fallos posesorios, por cuanto sus efectos podrían verse contrarestado por lo resuelto en un juicio ordinario posterior. Esto último en todo caso, no pasa de ser una posibilidad; podría suceder que el perdedor no intente otra acción o bien o el vencedor del juicio posesorio obtenga también sentencia favorable en el juicio petitorio, o no obstante debiendo restituir según el juicio ordinario, retenga la cosa en virtud de algún otro título.⁴¹⁴

Cabe anotar que debido a la redacción del artículo 563 CC., en algún momento se estimó la existencia de una acción posesoria ordinaria, que debía sustanciarse conforme a las reglas del juicio ordinario. Discusión superada, resolviéndose que nuestro sistema adjetivo no contempla un acción posesoria ordinaria, dirigida a proteger el derecho del poseedor vía juicio ordinario.⁴¹⁵

⁴¹³ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 308 y sgts; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 546; se ha pronunciado en este sentido, la Excma. Corte Suprema. Fallo de 14 de noviembre de 2007. Rol 1.113-2006; y, Corte de Apelaciones de la Serena. Fallo de 26 de junio de 2008. Rol 12-2008.

⁴¹⁴ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 309 y sgts; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 546.

⁴¹⁵ En este sentido, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 310 y sgts; GT. de 1940, N° 131, p. 547.

La parte que haya obtenido sentencia favorable en el juicio posesorio, tendrá la calidad y ventaja de poseedor actual, con lo cual, luego en el juicio petitorio, estará favorecido en su posición de poseedor, tanto porque será el adversario quien deberá hincar un nuevo procedimiento, ordinario por cierto, asumir la carga probatoria y soportar que el favorecido en el juicio posesorio adquirirá los frutos percibidos hasta antes de contestar la demanda petitoria, a menos que se pruebe su mala fe.⁴¹⁶

Finalmente, la sentencia pronunciada en la querrela de restablecimiento, deja a salvo a las partes, no sólo el ejercicio de la acción ordinaria, sino también las acciones posesorias comunes (artículo 564 CC).⁴¹⁷

E.- CITACIÓN DE EVICCIÓN.

El saneamiento de la evicción es la obligación que tiene el vendedor de amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida. Posesión que puede verse turbada si un tercero que pretende derechos sobre la cosa, demanda al comprador. En tal caso, según se lee del artículo 1843 CC., el comprador puede citar de evicción al vendedor. Ahora bien, esta citación de evicción, puede ser promovida dentro de cualquier procedimiento, incluso el posesorio, ya que la evicción tiene por objeto amparar al comprador no sólo en el dominio, sino también en la posesión.⁴¹⁸

No puede ser de otra manera, bien pudiera darse el caso en que el actual poseedor de la cosa la haya adquirido mediante un justo título, por ejemplo una venta, y luego aparece un tercero, reivindicándola a quien se

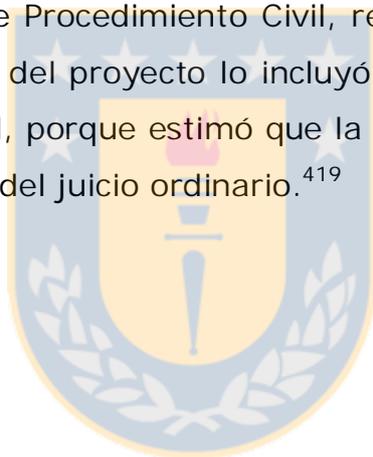
⁴¹⁶ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 310.

⁴¹⁷ RDJ. T. 11 secc. 1, p. 90.

⁴¹⁸ RDJ. T. 47 secc. 1, p. 1.

la habían hurtado. Procede en este caso, que el vendedor sea citado, a fin que amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa.

Decimos que la citación de evicción procede en el juicio posesorio, porque de lo contrario la protección del vendedor al comprador sería bastante reducida si sólo se limitase al juicio ordinario; el Código de Procedimiento Civil no ha restringido la citación de evicción al juicio ordinario; el Código Civil no ha condicionado la obligación del vendedor de amparar al comprador a determinados formas de perturbación. Finalmente un argumento histórico, según consta en el acta de sesión 14 de la Tercera Comisión Revisora, la citación de evicción estaba tratada en el libro II del Código de Procedimiento Civil, relativo al juicio ordinario, pero la comisión Revisora del proyecto lo incluyó definitivamente en el libro III sobre juicios especiales, porque estimó que la evicción no podía considerarse como una incidencia del juicio ordinario.⁴¹⁹



⁴¹⁹ Para más antecedentes v. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 325 y Jiménez Larrain, Fernando. Ob. cit. p. 38 y sgts.

TERCERA PARTE: LAS ACCIONES POSESORIAS EN PARTICULAR

A.- QUERRELLA DE AMPARO Y QUERRELLA DE RESTITUCIÓN

Estas dos acciones están asimiladas en sus características esenciales, diferenciándose únicamente en su objeto o finalidad, razón por la cual en este estudio serán tratadas conjuntamente, destacando, cuando corresponda sus diferencias sustantivas.

1.- CONCEPTO

A.- QUERRELLA DE AMPARO

Es una acción concedida al poseedor perturbado por un tercero para hacer cesar esa turbación de inmediato.⁴²⁰

Tiene por objeto conservar la posesión de los bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos, cuando se ha tratado de turbar o molestar al poseedor en su posesión o, en el hecho, se le ha turbado o molestado (artículos 916 y 921 CC., y 551 N° 1 CPC).⁴²¹

Esta acción está establecida únicamente a favor del poseedor, por lo que su esfera de resguardo no alcanza a los meros detentadores, o aquellos que no tienen posesión alguna, como sería el caso del comodatario, el depositario y otros que sólo tiene la cosa a nombre ajeno.⁴²²

⁴²⁰ Colin, Ambrosio y Capitant, H. Ob. cit. p. 1173.

⁴²¹ En este sentido, Excma. Corte Suprema. Fallo de 26 de mayo de 2008. Rol 1.144-2006 y fallo de 31 de agosto de 2010. Rol 5.689-2010; y, Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 14 de junio de 2006. Rol 127-2003.

⁴²² En este sentido, Tocornal Gándarillas, Tomás. Ob. cit. p. 35.

B.- QUERELLA DE RESTITUCIÓN

Es aquel interdicto posesorio que tiene por objeto recuperar la posesión de los bienes reales o de derechos reales constituidos sobre ellos, cuando ha sido injustamente privado el poseedor (Artículos 916 y 926 CC., y 551 N° 2 CPC).⁴²³ Esta acción presupone que el poseedor ya ha sido despojado de su posesión, sin que haya mediado violencia de parte del usurpador.

Al igual que la querella de amparo, está establecida únicamente en beneficio del poseedor.

Este interdicto, también puede ser empleado en caso de despojo violento, cuando el poseedor despojado opte por ella. La querella de restablecimiento es un beneficio que la ley a puesto a disposición del despojado violentamente.

2.- OBJETO

Los interdictos de amparo y restitución, son los interdictos propiamente posesorios. En ellos, la posesión es tutelada de un modo directo, por cuanto tienden al restablecimiento de la situación de hecho inmediatamente anterior al acto de perturbación.⁴²⁴

La diferencia entre una querella de amparo y de restitución muchas veces está marcada por pequeñas sutilezas difíciles de apreciar. De ahí que el Código Civil y el de Procedimiento Civil, dicta con carácter común, prácticamente todas las normas sustantivas y adjetivas aplicables a estos dos interdictos. Por tanto, su distinción deriva de la naturaleza y efectos de los hechos o actos que atentan en contra de la posesión, siendo función

⁴²³ En este sentido, Corte de Apelaciones de San Miguel. Fallo de 11 de septiembre de 2010. Rol 439-2010.

⁴²⁴ En este sentido v. Hernández Gil, Antonio. Ob. cit. p. 700.

de los jueces determinar si un determinado hecho configura la procedencia de una u otra acción.

A.- QUERELLA DE AMPARO

Su objeto es defender la posesión. En esta instancia el querellante aun no ha perdido la posesión; los hechos no pasan todavía de ser una turbación o embarazo de la misma, actos que de continuar, podrían derivar la pérdida de la posesión. Por lo mismo, con la querella de amparo se busca defender a posesión.

Por el contrario, si dicho acto de turbación o embarazo se ha consumado y el poseedor ha perdido su posesión, deberá intentar la querella de restitución o de restablecimiento según sea el caso.⁴²⁵

El hecho generador de la turbación debe importar discutir la posesión del agredido, contradecir la posesión ajena; si carece de esa dirección, no justifica una acción posesoria;⁴²⁶ bien podrá incoar otras acciones civiles o penales, pero no un interdicto posesorio.⁴²⁷

B.- QUERELLA DE RESTITUCIÓN

Al igual que la querella de amparo, este interdicto posesorio tiene por objeto defender la posesión. En esta instancia los actos de perturbación han llegado a traducirse en un efectivo despojo de la posesión.

⁴²⁵ En este sentido, Excma. Corte Suprema. Fallo de 26 de octubre de 2010. Rol 5-2009.

⁴²⁶ Se sostiene que por tal motivo no perturba la posesión del dueño de un fundo el que, a virtud de una servidumbre de tránsito, pasa por él, ya que dicho acto no contradice la posesión del predio sirviente; el ladrón que es sorprendido tratando de separar la puerta de la casa de que forma parte para llevarse aquélla, no puede ser demandado de acción posesoria porque ese acto no envuelve disputar el derecho del dueño. Para más antecedentes v. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 328; y, del mismo modo el lanzamiento de una piedra a la ventana v. Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 555.

⁴²⁷ En este sentido, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 555.

3.- EFECTO PERSEGUIDO

Mediante la acción posesoria de amparo se busca conservar la posesión libre de molestias. A través de la restitutoria, reintegrar la posesión al mismo estado en que se encontraba antes del despojo.

4.- SUJETO PASIVO

A.- QUERRELLA DE AMPARO

Se dirige contra aquel que turbe la posesión, aún cuando sea el mismo propietario. Se aplica este principio aun en la hipótesis en que el turbador pretendiese haber obrado en virtud de órdenes o cuenta de un tercero.

B.- QUERRELLA DE RESTITUCIÓN

Conforme al artículo 927 CC., esta acción puede dirigirse no sólo contra el usurpador, sino contra toda persona, cuya posesión se derive del usurpador por cualquier título. "El usurpador es la persona que ha ejecutado el despojo, sea que lo haya hecho personalmente, sea que se haya valido de otras personas, para que lo ejecutaran a nombre de él".⁴²⁸

Por lo cual en este concepto de usurpador no solo se comprende al autor material, sino también al autor moral del mismo.⁴²⁹

⁴²⁸ Tocornal Gándarillas, Tomás. Ob. cit. p. 43.

⁴²⁹ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 355; y, Abascal Brunet, Alejandro. Ob. cit. p. 71.

5.- CONTENIDO FORMAL EN LA PRESENTACIÓN DE UNA QUERRELLA DE AMPARO Y DE RESTITUCIÓN

Además de los requisitos establecidos en el artículo 254 CPC, el querellante de amparo, conforme lo ordena el artículo 551 CPC., debe expresar en su demanda:

- a.- Que personalmente o agregado la de sus antecesores, ha estado en posesión tranquila y no interrumpida durante un año completo del derecho en que pretende ser amparad.
- b.- Si es una querrella de amparo, que se ha tratado de turbar o molestar su posesión o que en el hecho se le ha turbado o molestado por medio de actos que expresará circunstanciadamente; si pide seguridades contra el daño que fundadamente teme, especificará las medidas o garantías que solicite contra el perturbador; y si es de restitución, debe expresar que ha sido despojado de la posesión por medio de actos que debe indicar clara y precisamente.
- c.- Expresar los medios de prueba de que intenta valerse el querellante; y si son declaraciones de testigos, el nombre, profesión u oficio y residencia de estos.

Como podrá notarse, existe la particularidad que, tratándose de la identificación de los testigos, sólo se exige indicar su residencia, la norma no se refiere al domicilio como en los juicios ordinarios.

6.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA

A.- QUERRELLA DE AMPARO

Para que proceda este interdicto deben cumplirse tres condiciones copulativas.

- 1.- Que el poseedor haya detentado la posesión tranquila e ininterrumpida durante un año a lo menos.

- 2.- Que haya sufrido un acto de molestia o embarazo en dicha posesión.
- 3.- Que la acción la deduzca dentro del plazo de un año contado desde el acto constitutivo de la molestia o perturbación.

El querellante, debe acreditar la concurrencia de estos tres presupuestos.⁴³⁰ La inconcurrencia de uno de ellos, impide que la demanda sea acogida.

Si bien estas condiciones fueron tratados en el capítulo anterior, ahora nos avocaremos únicamente a precisar algunos conceptos propios de este interdicto.

Turbación, embarazo o molestia.

1.- CONCEPTO

Se trata de todo acto o hecho voluntario, ejecutado de buena o mala fe que, sin despojar a otro de su posesión, supone disputar o cuestionar el derecho a ejercer la posesión que pretende tener el poseedor.⁴³¹ Se contradice el poder de hecho sobre la cosa.⁴³² El perturbador quiere entrar en la posesión de la cosa que otro posee.

Hernández Gil nos dice que se trata de toda conducta que, sin contar con la voluntad del poseedor o contradiciéndola, supone una invasión o una amenaza de invasión de la esfera posesoria que, sin llegar a la privación de la posesión, pone en duda la misma e impide o dificulta su libre ejercicio tal y como venía realizándose antes de la inquietación.⁴³³

⁴³⁰ En este sentido, Excm. Corte Suprema. Fallo de 26 de mayo de 2008. Rol 1.144-2006; Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 6 de octubre de 2010. Rol 1.435-2009; y, Corte de Apelaciones de Chillán. Fallo de 5 de noviembre de 2012. Rol 323-2012.

⁴³¹ RDJ. T. 78 secc. 2, p. 136; y, T. 36 secc. 1, p. 348; también, Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 25 de junio de 2012. Rol 747-2011.

⁴³² Mazeaud, Henri y Mazeaud, Jean. Ob. cit. p. 175.

⁴³³ Hernández Gil, Antonio. Ob. cit. p. 713.

Son injerencias en el ejercicio del poder fáctico que no constituye despojo.⁴³⁴

Se trata de un concepto residual, por cuanto toda perturbación posesoria, que no alcance a constituir despojo, será inquietación.

2.- REQUISITOS:

a.- Ejercicio de actos posesorios

Se requiere de actos materiales que perturben de hecho la posesión. Las simples palabras no suprimen ni modifican el hecho de la posesión.⁴³⁵

Para la perturbación, es suficiente el temor fundado y el conato de perpetrar actos que importan el desconocimiento de los derechos del poseedor. El temor fundado es una creencia del poseedor, donde los hechos del perturbador deben tomarse como una amenaza seria e inminente; El conato, viene a ser su iniciación, mas cercana entonces a la inquietación consumada.⁴³⁶

b.- Ausencia de voluntad del poseedor

Para que exista inquietación, no tiene que haber tolerancia de parte del poseedor. Si éste tolera los actos o los autoriza, no habrá turbación en la posesión. Por lo mismo, no habría perturbación de la posesión, si ha mediado voluntad del poseedor, puesto que su consentimiento, excluye el supuesto hecho de privación de hecho en él.⁴³⁷ De tal manera que se hace improcedente una acción de amparo, cuando los actos perturbatorios hayan sido realizados en virtud de un contrato celebrado entre las partes, como sería por ejemplo, si se ha entrega un terreno a un constructor para

⁴³⁴ En este sentido, Westermann, Harry; Westermann, Harm Peter; Gursky, Karl-Heinz; y, Eickmann, Dieter. Ob. cit. p. 257.

⁴³⁵ Gurfinkel de Wendy, Lilian. Ob. cit. p. 1431.

⁴³⁶ Para más antecedentes v. Hernández Gil, Antonio. Ob. cit. p. 713

⁴³⁷ Westermann, Harry; Westermann, Harm Peter; Gursky, Karl-Heinz; y, Eickmann, Dieter. Ob. cit. p. 258.

la realización de una obra o el caso del inmueble entregado en comodato. Las diferencias que en estos casos se pudiere suscitar entre las partes, debe ser resuelta mediante las acciones que deriven de esos contratos.⁴³⁸

Finalmente se requiere que este hecho sea producto de un acto de la voluntad humana.⁴³⁹ Esto en contraposición a los fenómenos de la naturaleza.

c.- Intención de poseer del turbador

El tercero debe realizar estos actos con la intención de poseer. Los actos de agresión a la persona o propiedad del poseedor que no tengan esa finalidad, no constituyen perturbación. La intención del perturbador surgirá de la exteriorización de su comportamiento y la realización de actos posesorios.⁴⁴⁰

Por ende, no podría considerarse como acto de turbación de la posesión, aquellos actos que no tendiesen a hacer entrar al autor en la posesión de la cosa, porque sólo mediante actos dirigidos con la intención de poseer, pueden afectar la posesión del poseedor.

d.- Falta de exclusión absoluta de la posesión del demandante

Los actos solo deben trabar o molestar el libre uso y ejercicio de la posesión, pero que a pesar de todo mantiene al poseedor en la totalidad de la cosa.⁴⁴¹

Se requiere sólo perturbación, siendo indiferente si esta ha causado o no perjuicio al poseedor. El perturbador no podría excepcionarse

⁴³⁸ En este sentido, Salvat, Raymundo. Ob. cit. p. 381.

⁴³⁹ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 327. Estos autores señalan que el derrumbe accidental de un muro sobre el predio vecino no constituye una turbación a la posesión.

⁴⁴⁰ En este sentido, Gurfinkel de Wendy, Lilian. Ob. cit. p. 1432; y, Salvat, Raymundo. Ob. cit. p. 384.

⁴⁴¹ Gurfinkel de Wendy, Lilian. Ob. cit. p. 1432.

alegando que tales actos lo ha realizado con derecho a ello; este supuesto derecho debe demostrarse en un juicio petitorio. Si el demandado reconoce haber obrado legalmente o estos actos perturbatorios han cesado y por tanto la posesión está intacta, no podría entonces acogerse una defensa posesoria de amparo.⁴⁴²

3.- CLASIFICACIÓN

a.- Turbación de hecho.

Se trata de todos aquellos actos materiales por medio de los cuales el autor de la turbación quiere entrar en posesión de la cosa que otro posee. Tal sería el caso de que alguien bloquea al poseedor la entrada a su fundo, sin tomar posesión a la vez del inmueble; ocupar reiteradamente el estacionamiento vehicular del cual es titular un poseedor, no permitiéndole aparcar en dicho lugar; cultivar y cosechar los frutos de predio ajeno; construir una barrera en el ingreso del predio ajeno; introducir de ganado al campo del poseedor; instalación de un puesto en campo del poseedor; destrucción de alambrados o de cercos; introducir máquinas en el terreno del poseedor y demás elementos destinados a la demolición de un edificio; ingresar al inmueble del poseedor, sin desposeerlo; cortar árboles; colocar barreras en el camino por el dueño del predio sirviente, impidiendo el paso de quien tiene una servidumbre legalmente constituida; extraer o ingresar materiales; introducir animales en el fundo ajeno y ocupar momentáneamente con ellos terrenos del poseedor.⁴⁴³

⁴⁴² En este sentido, Salvat, Raymundo. Ob. cit. p. 384.

⁴⁴³ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 327 y sgts; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 555.

b.- Turbación de derecho

Consiste en actos judiciales o extrajudiciales que afectan la posesión.⁴⁴⁴ Por ejemplo, gestión dirigida a obtener la inscripción del título que sirve de sustento a la posesión ajena. Disposición administrativa que clasifica un camino privado que disfruta exclusivamente el poseedor, como camino rural de uso público. Se ha resuelto que la perturbación de derechos puede resultar de una contienda judicial, sobre la posesión, o bien, de un acto extrajudicial, por el cual una persona se dice poseedor del derecho que persigue conservar o recuperar, o manifiesta una pretensión contraria a su posesión.⁴⁴⁵

Finalmente, no constituyen actos de turbación, en general, todos aquellos que no tiene por finalidad hacer entrar al perturbador en la posesión de la cosa, como por ejemplo corta de flores en un jardín, lanzamiento de piedras al techo o ventana de una casa y aquellos actos que tienden a hacer entrar al autor en la posesión de la cosa, como por ejemplo la amenaza de iniciar en su contra un juicio reivindicatorio.

Del mismo modo, las perturbaciones posesoras derivadas de las relaciones de vecindad por el uso normal de las cosas y los derechos poseídos, no generan una inquietación, aun cuando un poseedor o vecino pueda experimentar algún grado de molestia. Tal sería el caso de inmisiones moderadas de ruido, olores o bien sombra que provocan en un predio vecino árboles de gran tamaño.

Pero en definitiva, determinar si un hecho constituye o no una perturbación, será una cuestión de hecho entregada a la apreciación de los jueces en cada caso particular.

⁴⁴⁴ Mazeaud, Henri y Mazeaud, Jean. Ob. cit. p. 175.

⁴⁴⁵ RDJ. T. 39 secc. 1, p. 120.

B.- QUERELLA DE RESTITUCIÓN

Se ha determinado como requisitos de procedencia de una acción posesoria de restitución:

- 1.- Posesión tranquila y no interrumpida por a lo menos un año completo.
- 2.- Haber sido privado de la posesión de que goza.
- 3.- Que la acción se ejerza dentro del plazo de un año contado desde el despojo.

Estos han sido los presupuestos exigidos reiteradamente por nuestros tribunales.⁴⁴⁶ Constituye una carga procesal del actor probar su posesión y acreditar suficientemente la extensión territorial de la posesión que alega. Para este fin puede utilizar todos los medios de la ley franquea.⁴⁴⁷

Al igual que en la querrella de amparo, en éste capítulo nos avocaremos únicamente a las ciertas particularidades de la querrella de restitución.

Despojo.

1.- CONCEPTO

El despojo se materializa cuando el poseedor es privado total o parcialmente de la posesión, privándole del corpus, es decir de la posibilidad de establecer una relación material con el objeto desposeído.

⁴⁴⁶ Excma. Corte Suprema. Fallo de 14 de septiembre de 2009. Rol 5.080-2008; y, Corte de Apelaciones de San Miguel. Fallo de 11 de septiembre de 2010. Rol 439-2010.

⁴⁴⁷ Excma. Corte Suprema. Fallo de 11 de junio de 2009. Rol 2.800-2008; y, Corte de Apelaciones de La Serena. Fallo de 26 de septiembre de 2006. Rol 882-2006.

“El despojo consiste en privar al poseedor de la posesión de la cosa o impedirle el ejercicio del derecho que posee”.⁴⁴⁸

Este despojo puede ser total o parcial y no se requiere que el usurpador lo haya realizado con la intención de sustituirse en la posesión del despojado. Basta con la conciencia y la voluntariedad del acto. No se requiere un *animus spoliandi*.⁴⁴⁹ Salvat por el contrario, estima que es condición de este interdicto que el acto de desposesión haya sido realizado con la intención de adquirir él la posesión.⁴⁵⁰

No deja de haber despojo si el usurpador, luego de impedir al poseedor el ejercicio de su derecho, no entra en posesión del bien usurpado.⁴⁵¹ Carece entonces de importancia la circunstancia si el autor tiene o no ánimo de entrar en la posesión.⁴⁵² Aunque el despojo se materialice en sólo una parte del inmueble o derecho sobre el mismo, si les afecta sustancialmente, supone una privación posesoria.

Finalmente, la violencia en los hechos que provocan la usurpación, no es un requisito de procedencia de la querrela de restitución.⁴⁵³ Esta querrela sólo procede por hechos consumados de despojo y no meras intenciones.⁴⁵⁴

Se ha resuelto que constituyen hechos de despojo, que hacen procedente una querrela de restitución, si el querrellado hace un cerco en propiedad del querellante, cortó árboles, destroncó el terreno y lo prepara

⁴⁴⁸ Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 330; En este sentido, Excma. Corte Suprema. Fallo de 24 de septiembre de 2009. Rol 5.080-2008.

⁴⁴⁹ En este sentido, Hernández Gil, Antonio. Ob. cit. p. 708.

⁴⁵⁰ Para más antecedentes v. Salvat, Raymundo. Ob. cit. p. 421.

⁴⁵¹ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 331.

⁴⁵² Corte de Apelaciones de San Miguel. Fallo de 11 de septiembre de 2010. Rol 439-2010.

⁴⁵³ Corte de Apelaciones de Chillán. Fallo de 30 de octubre de 2008. Rol 380-2007.

⁴⁵⁴ RDJ. T. 34 secc. 3, p. 43.

para sembrar;⁴⁵⁵ y, querellado que ocupa un retazo de terreno del querellante, procediendo a cercarlo e incorporarlo a su predio.⁴⁵⁶

Por otro lado, no constituyen actos de despojo las sentencias de los tribunales y los actos encaminados a su cumplimiento; por ejemplo, desalojos; situación del comprador que adquiere finca subastada en remate; construcción de un muro medianero construido entre ambas partes, creyendo que se hizo en el límite correcto;⁴⁵⁷ comprador que adquiere una propiedad estando en proceso de construcción una servidumbre eléctrica.⁴⁵⁸

7.- LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS COMO PRETENSIÓN DEL QUERELLANTE DE AMPARO Y RESTITUCIÓN

Como sabemos dentro de las pretensiones del querellante de amparo, según lo prevé el artículo 921 CC., tiene derecho a pedir que no se le turbe o embarace su posesión; que se le indemnice del daño que ha recibido; y se le dé seguridad contra el que fundadamente teme.⁴⁵⁹ El querellante de restitución, por su parte, tiene derecho para pedir que se le restituya con indemnización de perjuicios.

La pertinencia de la indemnización de perjuicios en los juicios posesorios ha sido objeto de controversia. Dos son las normas que juegan un rol preponderante, los artículos 921 y 926 CC. La primera cuando indica que el poseedor tiene derecho para pedir que se le indemnice del daño

⁴⁵⁵ RDJ. T. 7 secc. 2, p. 78.

⁴⁵⁶ Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 6 de septiembre de 2012. Rol 651-2012.

⁴⁵⁷ Excma. Corte Suprema. Fallo de 28 de julio de 2009. Rol 3.583-2008.

⁴⁵⁸ Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 11 de junio de 2007. Rol 3.019-2006.

⁴⁵⁹ La expresión "y se le dé seguridad contra el que fundadamente teme", debe entenderse referida a la indemnización de perjuicios. Existe un antecedente histórico en el artículo 602 del proyecto del CPC, donde se refería a la indemnización por el daño sufrido y seguridades contra el que fundadamente teme. Más antecedentes v. Mendoza Aylwin, Sergio. Ob. cit. p. 97.

que ha recibido; y, la segunda al expresar que el injustamente privado de su posesión tendrá derecho para pedir que se le restituya, con indemnización de perjuicios.

Ha decir de algunos, estas disposiciones expresamente autorizan el cobro de perjuicios en un juicio posesorio. Se ha resuelto que es posible pedir dentro del interdicto posesorio un pronunciamiento sobre el derecho a indemnización de perjuicios, reservándose la discusión acerca de su monto para un juicio ordinario.⁴⁶⁰ O bien, procede acceder a la reserva sobre determinación de especie y monto de perjuicios para la etapa de ejecución del fallo cuando no se ha litigado sobre esos puntos.⁴⁶¹

Otros en cambio, opinan que atendida la naturaleza especial de los interdictos, en razón de su finalidad y procedimiento, no se aviene con la posibilidad de demandar perjuicios en el procedimiento interdictal.⁴⁶² Señalan que el procedimiento adecuado es el ordinario, de lato conocimiento; no pudiendo ser de otro modo, atendido la simplísima estructura del procedimiento interdictal.⁴⁶³ Además el procedimiento posesorio está adaptado para resolver en forma breve una situación anormal momentánea. Su sistema de prueba no se aviene con las exigencias de prueba que requiere una acción de perjuicios. La finalidad esencial de los interdictos es solucionar rápidamente los conflictos nacidos de actos de particulares que han pretendido hacerse justicia por sí mismos, siendo esto lo que ha motivado el efecto transitorio de la sentencia de un juicio posesorio, donde siempre le quedará a salvo el

⁴⁶⁰ RDJ. T. 29 secc. 2, p. 87.

⁴⁶¹ Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 6 de septiembre de 2012. Rol 651-2012.

⁴⁶² RDJ. T. 21 secc. 1, p. 6; T. 25 secc. 1, p. 672; y, T. 9 secc. 1, p. 262; y, Corte de Santiago. Fallo de 27 de agosto de 2009. Rol 2.455-2007.

⁴⁶³ RDJ. T. 81 secc. 2, p. 132.

derecho a ejercer las acciones ordinarias que conforme a derecho procedan.⁴⁶⁴

Una tercera opinión, postula que sólo se justificaría el cobro de aquellos perjuicios que pueden ser fácilmente determinables y cuyo pronunciamiento no lesiones el carácter de breve de los juicios posesorios, haciéndoles perder eficacia. Esto puede ocurrir, en el caso en que paralelamente a la tramitación del juicio posesorio se llegue a establecer la calidad y monto de los perjuicios. Esta posición beneficia al querellante, en cuanto no tendrá que verse en la necesidad de iniciar un nuevo juicio, eventualmente de lato conocimiento, para obtener la reparación del daño que se le ha causado; y si en todo caso, el querellante estima que no ha sido acertada la decisión del tribunal, siempre tendrá a salvo la acción ordinaria.⁴⁶⁵

Finalmente, tratándose en una querrela de restitución, la acción de indemnización de perjuicios, puede dirigirse únicamente en contra de aquel que despojó de su posesión al poseedor o en contra del tercero de mala fe.⁴⁶⁶ Si son varias personas obligadas, todas lo son *in sólido* (artículo 927 CC.), pudiendo exigirse entonces a cualquiera de ellas enteramente la indemnización.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ En este sentido, Mendoza Aylwin, Sergio. Ob. cit. p. 36 y sgts. Este autor, ha señalado además un argumento histórico: indica que en el proyecto del Código de Procedimiento Civil, presentado por el Sr. Lira, existía una norma expresada en el artículo 602 que se refería expresamente a la indemnización de perjuicios, "...si pidiera indemnización de perjuicios del daño sufrido y seguridades contra el que fundadamente teme, especificará ese daño y las medidas o garantías solicitadas". Este artículo, señala, fue modificado por la comisión Revisora, suprimiéndose la frase relativa a los perjuicios, no dejándose constancia en las actas del alcance de tal supresión; Comparte este argumento, Tocornal Gándarillas, Tomás. Ob. cit. p. 36; en el mismo sentido, RDJ. T. 81 secc. 2, p. 132.

⁴⁶⁵ Para más antecedentes v. Mendoza Aylwin, Sergio. Ob. cit. p. 97.

⁴⁶⁶ Excma. Corte Suprema. Fallo de 24 de septiembre de 2009. Rol 5.080-2008; y, GT. de 1.915, N° 380, p. 965.

⁴⁶⁷ En este sentido, v. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 355.

B.- QUERELLA DE RESTABLECIMIENTO

1.- CONCEPTO

La querella de restablecimiento, es la acción por medio de la cual, el poseedor o mero tenedor que ha sido violentamente despojado de su posesión o mera tenencia, persigue ser restituido al estado existente antes de la violencia. (Artículos 923 CC. y 549 N° 3 CPC.).⁴⁶⁸

2.- NATURALEZA JURÍDICA

Se ha controvertido por la doctrina la circunstancia de tener o no la querella de restablecimiento naturaleza jurídica de acción posesoria; ello por la circunstancia de concederse esta querella al mero tenedor.⁴⁶⁹

Para algunos, no se trata de una acción posesoria, sino más bien de una acción personal, delictual destinada a garantizar la paz social.⁴⁷⁰ Quienes postulan esta teoría, argumenta que sólo de esa manera puede explicarse que, la querella de restablecimiento ampare incluso al poseedor o mero tenedor violento, que posteriormente es despojado violentamente; además, añaden que, sin perjuicio de la ubicación del artículo 928 CC., en el párrafo referido a las acciones posesorias, lo cierto es que dicho artículo al utilizar las expresiones “no pudiere instaurar acción posesoria” y “restablecida las cosas, y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una u otras parte las acciones posesorias que corresponda”, esta manifestando que la querella de restablecimiento no es una acción posesoria; lo mismo puede entenderse de lo prescrito por el

⁴⁶⁸ En este sentido, Corte de Apelaciones de San Miguel. Fallo de 28 de junio de 2013. Rol 694-2013; Corte de Apelaciones de Arica. Fallo de 26 de septiembre de 2012. Rol 273-2012; y, Corte de Apelaciones de Valdivia. Fallo de 4 de diciembre de 2012. Rol 603-2012.

⁴⁶⁹ Corte de Apelaciones de San Miguel. Fallo de 11 de septiembre de 2010. Rol 439-2010.

⁴⁷⁰ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 357.

artículo 564 CPC. cuando utiliza la expresión “sino también el de las acciones posesorias que les correspondan”.⁴⁷¹

Otros en cambio, opinan que la querrela de restablecimiento tiene una verdadera naturaleza jurídica de acción posesoria. Para estos, de una u otra forma se protege la situación del sujeto frente a un inmueble. En efecto, la querrela de restablecimiento no protege contra una violencia cualquiera, sino contra una, cuyo resultado ha sido la desposesión total o parcial;⁴⁷² Además, la protección dada al mero tenedor sólo representa una morigeración a la concepción clásica de posesión. Por último una razón de texto, la ubicación de la querrela de restablecimiento, dentro del párrafo que trata las acciones posesorias.⁴⁷³

Por nuestra parte creemos que la querrela de restablecimiento no tiene naturaleza de acción posesoria. Los interdictos posesorios tienen por objeto amparar la posesión, bien sea contra una turbación o bien contra un despojo. Pero la finalidad de la querrela de restablecimiento, según se desprende del artículo 928 CC., no es amparar la posesión, sino destruir los efectos del despojo violento, restituyendo las cosas al estado en que se encontraban en el momento en que se usó la violencia, para que aquellos a quienes correspondan puedan impetrar una acción posesoria. No entra ha pronunciarse sobre el derecho a la posesión o tenencia de la cosa.⁴⁷⁴

3.- OBJETO

Esta acción tiene por objeto evitar que los particulares se hagan justicia por sus propias manos, y en consecuencia, cualquiera persona que sea despojado violentamente, sea reintegrado inmediatamente por

⁴⁷¹ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 357 y sgts.

⁴⁷² Mazeaud, Henri y Mazeaud, Jean. Ob. cit. p. 179.

⁴⁷³ Para más antecedentes v. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 357.

⁴⁷⁴ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. Cit. p. 527.

intermedio de la administración de justicia, al estado anterior al despojo, evitando con ello hacerse justicia por si mismo.⁴⁷⁵

Este interdicto sirve de sanción a los perturbadores provocantes de actos de violencia que suponen un ataque directo a la posesión y producen la desposesión del poseedor. Se trata de actos de gravedad particular, por lo que resulta razonable que esta acción sea concedida con más amplitud.⁴⁷⁶

4.- LEGITIMACIÓN ACTIVA

Conforme lo previene el artículo 928 CC., están legitimados activamente para deducir este interdicto, el poseedor, el mero tenedor e incluso el que adquirió la cosa como despojador violento o poseedor o tenedor clandestino.

Conviene hacer la salvedad, como ya latamente ha explicado la doctrina más autorizada, la querrela de restablecimiento ampara a todo poseedor. Incluyendo al poseedor que no está en el caso del inciso primero del artículo 928 CC: "violentamente despojado y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo o cualquier otra causa no pudiere instaurar acción posesoria". No tendría sentido exigirle al poseedor violentado mayores requisitos que las requeridas al que no tiene un año de posesión o al mero tenedor.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Claro Solar, Luis. Ob. Cit. p. 527; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. Cit. p. 356; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. Cit. p. 558.

⁴⁷⁶ En este sentido, Colin, Ambrosio y Capitant, H. Ob. cit. p. 1175.

⁴⁷⁷ Para más antecedentes, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 528; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 358 y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 559.

5.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Dos son los presupuestos que determinan la procedencia de una querrela de restablecimiento: la tenencia o posesión de la cosa y que esta posesión o mera tenencia hayan sido violentamente arrebatadas.⁴⁷⁸

A.- HABER TENIDO AL MOMENTO DEL DESPOJO LA POSESIÓN O MERA TENENCIA DE UN BIEN RAÍZ

La mera tenencia es fundamento suficiente para solicitar el amparo de la querrela de restablecimiento. Ello obedece a que una de las finalidades de las acciones posesorias es evitar la justicia privada.

Para poder impetrar esta acción, no se requiere tiempo alguno de posesión o tenencia, es suficiente el hecho de despojo violento.⁴⁷⁹ No ha exigido la ley como requisito, el tiempo de posesión o tenencia, de suerte que si el despojo se produce a los instantes después de haber entrado el querellante en la posesión o mera tenencia del inmueble, está autorizado para hacer valer dicha acción posesoria de restablecimiento.⁴⁸⁰ En palabras don Luis Claro Solar "aunque se realice el mismo día en que el poseedor o mero tenedor ha tomado la cosa"⁴⁸¹ Así, por lo demás lo entendido y aplicado nuestros tribunales.⁴⁸²

Con esta querrela se ampara la posesión o mera tenencia de un bien raíz. Atendido los términos amplios utilizados en la redacción del artículo 928 CC., se pensó que esta querrela podría ampara la posesión o tenencia de los bienes muebles; la redacción posterior del artículo 549 N° 3 del

⁴⁷⁸ En este sentido, Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 23 de octubre de 2007. Rol 3.563-2001; y, Corte de Apelaciones de Valdivia. Fallo de 4 de abril de 2012. Rol 603-2012.

⁴⁷⁹ En este sentido, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 559; y Corte de Apelaciones de La Serena. Fallo de 9 de noviembre de 2007. Rol 668-2007.

⁴⁸⁰ En este sentido, Jiménez Larrain, Fernando. Ob. cit. p. 75.

⁴⁸¹ Claro Solar, Luis. Ob. Cit. p. 528.

⁴⁸² Corte de Apelaciones de Santiago. Fallo de 29 de mayo de 2009. Rol 7.514-2006.

CPC., al utilizar la expresión “mismos bienes”, haciendo referencia a los bienes raíces ya mencionados en el N°1, eliminó toda tentativa de extender la protección a los bienes muebles. Sin perjuicio de las cosas muebles que se consideran inmuebles por destinación.⁴⁸³

B.- HABER SIDO DESPOJADO VIOLENTAMENTE DE ESA MERA TENENCIA O POSESIÓN

De lo dicho se siguen dos requisitos para estar en presencia de un despojo violento.

1.- Se requiere un despojo, vale decir, un desapoderamiento material y real del inmueble. En doctrina se plantean dos concepciones de despojo: Un concepto restringido, limitado al caso en que el despojo se ha producido por medios violentos; y otro amplio, donde se incluye toda forma de desposesión, la violenta, clandestina o por abuso de confianza. Con esta segunda concepción, toda posesión viciosa implica despojo, ajustándose de mejor forma a la protección posesoria.⁴⁸⁴

2.- Que esta desposesión se haya producido por violencia. Cuando la desposesión es el resultado de la clandestinidad, la única acción posible es la de restitución.⁴⁸⁵

Quien intente una querrela de restablecimiento, debe expresar en ella la violencia con que ha sido despojado de la posesión o tenencia que pretende ser restablecido. Sin perjuicio de los demás requisitos previstos en el artículo 551 CPC.⁴⁸⁶

⁴⁸³ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 529; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 362; y, Peñailillo Arévalo, Daniel. Ob. cit. p. 559.

⁴⁸⁴ Para más antecedentes v. Gurfinkel de Wendy, Lilian. Ob. cit. p. 1430.

⁴⁸⁵ En este sentido v. Salvat, Raymundo. Ob. cit. p. 436.

⁴⁸⁶ Corte de Apelaciones de Arica. Fallo de 26 de septiembre de 2012. Rol 273-2012.

Se ha dicho que “el despojo consiste en privar al poseedor de la posesión de la cosa o en impedirle el ejercicio del derecho que posee. Se distingue de la mera molestia o embarazo en que crea un obstáculo persistente, que impide al poseedor recobrar libremente el uso de la cosa que posee o que necesita para ejercer la posesión de su derecho”.⁴⁸⁷ De esta forma lo ha entendido reiteradamente nuestros tribunales.⁴⁸⁸ Además se ha dicho que violentamente despojado alude a la necesidad de que esa privación se logre por vías de hecho, o sea, no solo a través de actos puramente compulsivos o de fuerza, sino que, además, por medio de conductas que involucran autotutela.⁴⁸⁹ Se requiere que las amenazas o vejámenes en contra del poseedor logren que éste abandone la tenencia del inmueble, de lo contrario, no habría despojo y en consecuencia no procedería la querrela de restablecimiento como vía idónea a proteger la posesión.⁴⁹⁰

Por su parte, la violencia puede consistir en actos de índole material, encaminados a vencer toda resistencia física del querellante o bien puede consistir en una intimidación suficiente que sea capaz de constreñir la resistencia del querellante. Esta amenaza debe envolver un peligro inminente y debe ser acreditada.⁴⁹¹

⁴⁸⁷ Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 332

⁴⁸⁸ Excma. Corte Suprema. Fallo de 28 de julio de 2009. Rol 3.583-2008 y Fallo de 24 de septiembre de 2009. Rol 5.080-2008; y, Corte de Apelaciones de Rancagua. Fallo de 25 de junio de 2012. Rol 747-2011.

⁴⁸⁹ En este sentido, Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 23 de octubre de 2007. Rol 3562-2011.

⁴⁹⁰ RDJ. T. 3 secc. 1, p. 182.

⁴⁹¹ En este sentido, Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Fallo de 8 de agosto de 2008. Rol 355-2008. En muchas sentencias, se ha recurrido al Diccionario de la Real Academia para determinar el alcance del concepto violencia, así, se ha limitado esta expresión a aquello que está fuera de su natural estado, situación o modo. Que obra con ímpetu y fuerza. V, Corte de Apelaciones de Arica. Fallo de 26 de septiembre de 2012. Rol 273-2012.

Estos actos violentos en los interdictos posesorios sólo se refieren a la querrela de restablecimiento.⁴⁹² Pueden estar dirigidos contra la persona o el inmueble del poseedor o mero tenedor, toda vez que la disposición del artículo 928 CC., no distingue entre fuerza en las cosas y la violencia o intimidación en contra de las personas.⁴⁹³

Se ha resuelto que constituye despojo violento, la destrucción de cierros y construcciones mediante los cuales se mantenían la tenencia del actor sobre el predio y le impidió la entrada al mismo;⁴⁹⁴ la destrucción del ducto a través del cual se ejercía la servidumbre, hecha por el dueño del predio sirviente en la parte del instrumento que se apoyaba en éste;⁴⁹⁵ hay violencia si se toman las cosas por la fuerza;⁴⁹⁶ es fuerza inminente, que autoriza la querrela de restablecimiento, la amenaza de un tercero, que se dice dueño del fundo, de arrojar al camino los animales del arrendatario;⁴⁹⁷ la destrucción de cerco de antigua data, sacar plantas y flores y destruir jardines;⁴⁹⁸ Ingresar a un inmueble, sacar las pertenencias encontradas y cambiar la chapa.⁴⁹⁹

Por el contrario, se ha resuelto que no constituye despojo violento que amerite esta defensa posesoria la construcción de una casa en un predio ajeno, sin que se acredite la violencia.⁵⁰⁰ Colocar cadenas en los accesos de un predio, impidiendo el ingreso de trabajadores y colocar

⁴⁹² Corte de Apelaciones de Chillán 8 de agosto de 2012. Rol 269-2013.

⁴⁹³ Corte de Apelaciones de La Serena. Fallo de 9 de noviembre de 2007. Rol 668-2007; RDJ. T. 49 secc. 1, p. 64.

⁴⁹⁴ RDJ. T. 49 secc. 1, p. 64.

⁴⁹⁵ F. del M. N°249, sent. 4, p.227.

⁴⁹⁶ GT. de 1943, N° 61, p. 299.

⁴⁹⁷ GT. de 1903, N° 2.390, p. 1.242.

⁴⁹⁸ Corte de Apelaciones de Valdivia. Fallo de 4 de diciembre de 2012. Rol 603-2012. No obstante haberse rechazado la querrela por motivo distinto a la calificación de los hechos.

⁴⁹⁹ Corte de Apelaciones de Arica. Fallo de 26 de septiembre de 2012. Rol 273-2012.

⁵⁰⁰ Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Fallo de 8 de agosto de 2003. Rol 355-2008.

caseta de guardia en dicho predio, si no se acreditó la violencia ni por lo demás pueden calificarse esos hechos como fuera de la razón o contra derecho.⁵⁰¹ Remover un cerco y dejarlo en el deslinde que primitivamente tenía.⁵⁰² Cultivar un campo a espaldas del propietario, no constituye un acto de violencia.⁵⁰³

6.- INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

El inciso final del artículo 928 CC., prescribe “Restablecidas las cosas, y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarles por una u otra parte las acciones posesorias que corresponda”.

Luego, y tal como sostuvimos, la querrela de restablecimiento tiene por finalidad destruir los efectos del despojo violento, restituyendo las cosas al estado en que se encontraban al momento en que se usó la violencia, para que aquellos a quienes correspondan puedan impetrar una acción posesoria.

Cuando el citado artículo utiliza la expresión “daños”, naturalmente debe entenderse referido al daño emergente. En cuanto al lucro cesante, se ha resuelto que la expresión daños utilizada en el inciso segundo del artículo 928, está tomada en la acepción de perjuicios, que indican los artículos 926 y 1556 del Código Civil y 173 del Código de Procedimiento Civil, por lo que en dicho concepto se comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.⁵⁰⁴ No entenderlo así, la reparación sería incompleta, perjudicándose con ello a la víctima.⁵⁰⁵

⁵⁰¹ Corte de Apelaciones de San Miguel. Fallo de 28 de junio de 2013. Rol 694-2013.

⁵⁰² Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 23 de octubre de 2007. Rol 3.563-2001.

⁵⁰³ En este sentido, Mazeaud, Henri y Mazeaud, Jean. Ob. cit. p. 177.

⁵⁰⁴ RDJ. T. 17 secc. 1, p. 242.

⁵⁰⁵ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 364.

Si bien, procede la indemnización de perjuicios, según ya lo hemos dichos, el querellante de restablecimiento puede pedir que se le asegure el resarcimiento del daño y por la vía ordinaria puede solicitar después que se le pague el daño emergente y el lucro cesante.⁵⁰⁶ En efecto, en este juicio, dada su naturaleza, no procede ordenar el pago de perjuicios.⁵⁰⁷

7.- PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

El artículo 928 CC., indica que el despojado tiene un plazo de seis meses para intentar que se restablezcan las cosas en el estado anterior al despojo. Naturalmente se trata de un plazo de prescripción que se cuenta desde la fecha del despojo.

Necesariamente surge aquí una interrogante, si este plazo de seis meses debiera extenderse a un año como en la querrela de amparo y restitución.

Para dilucidar esta disyuntiva, debemos remontarnos al origen de esta norma y de ahí intentar desentrañar las razones que tuvo don Andrés Bello para fijar seis meses como plazo de prescripción tratándose de esta acción posesoria.

⁵⁰⁶ Se ha resuelto que de las diversas redacciones experimentadas por el artículo 551 CPC, demuestra que los interdictos no pueden servir para intentar acciones de indemnización de perjuicios; señalan que dicho precepto en un comienzo señaló como único requisito de la querrela el que si el querellante solicitaba indemnización por el daño sufrido, lo especificara; en una segunda redacción, se agregó que el querellante podía además pedir la fijación del monto o cuantía del daño; y finalmente, se optó por suprimir toda referencia a la indemnización de perjuicios, reflejándose con ello la intención del legislador de eliminar el problema de los daños o perjuicios experimentados por el poseedor de entre los objetivos de los interdictos. V. Corte de Apelaciones de Chillán. Fallo de 13 de mayo de 2011. Rol 29-2010.

⁵⁰⁷ RDJ. T. 29 secc. 2, p. 87; No obstante se ha resuelto que es procedente acceder a la demanda de indemnización de perjuicios, reservado la determinación del monto para la etapa de cumplimiento u otro jurídico posterior. V. Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de 5 de enero de 2004. Rol 1.445-2003.

Si bien don Andrés Bello, en lo que a las acciones posesorias se refiere, inicialmente estuvo orientado por el derecho romano y luego por el derecho hispano, tal como ya lo anunciáramos con ocasión de las acciones posesorias en el primer proyecto de su obra; con el segundo proyecto, presentó un cambio de orientación en relación al primitivo, introduciendo reglas propias del derecho francés, particularmente el sistema de la *Complainte* o acción de querrela del *code* (código francés de 1804); consagrándose finalmente en el artículo 928 de nuestro Código Civil, la acción de despojo (posteriormente denominada querrela de restablecimiento por el Código de Procedimiento Civil) y que correspondía a la *réintégrande* del *code*.⁵⁰⁸

Por su parte el código civil francés de 1804, de gran influencia en las legislaciones civiles del siglo XIX, entre otros la chilena, argentina y uruguaya, reconoce como fuente principal el derecho canónico y el romano.⁵⁰⁹ Tres acciones posesorias inmobiliarias reconoce el *Code*: acción de querrela denominada *complainte* (Pothier, al exponer sobre el antiguo derecho consuetudinario, advierte que la acción principal de la costumbre de París era la de "querrela" y que era igual al *interdictum uti possidentis*); la de reintegración (*réintégrande*). Esta acción se resume en los interdictos romanos *retinendae* y *recuperandae possessionis*; la denominada acción *réintégrande*, otorgada a los poseedores molestados o despojados violentamente. Esta acción es derivada directamente de la *condictio* del derecho canónico "*redintegranda sunt omnia expoliatus*, que posteriormente generó la *actio spoli*. La acción de reintegración supone una violencia que produce desposesión; se otorga a todos los poseedores, propietario o no; no se exige un año de posesión y sus efectos son

⁵⁰⁸ Para más antecedentes v. Valencia Zea, Arturo. Ob. cit. p. 325 y sgts.

⁵⁰⁹ Para más antecedentes v. Guzmán Brito, Alejandro: "La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas". Ob. cit. p. 27 y sgts.

provisionales, y al igual como ocurre en Chile, la doctrina francesa discute su calidad de acción posesoria.⁵¹⁰⁻⁵¹¹ y esta *actio spolii*, fuente del *code*, no estaba sujeta a prescripción anual.⁵¹² Sin perjuicio que con el correr de los años, los plazos puestos a disposición del desposeído para presentar y probar sus argumentos, se acortaron.

Ahora bien, creemos que la prescripción de seis meses establecida en el código de Bello, obedece a un afán de diferenciar esta acción con las contempladas en el artículo 921 CC (amparo y restitución), por tratarse de una acción especial provisional; se buscaba además solucionar prontamente una situación de violencia, y mediante un breve plazo de prescripción, estabilizar nuevamente la posesión. En el sistema francés, el interdicto de recobrar tiene por finalidad sancionar actos de violencia, de ahí su función social y de policía.⁵¹³ Por lo mismo se requiere rápidamente estabilizar esta situación de facto. Por lo demás esta prescripción de seis meses, era común en esta parte del continente, así por ejemplo en la redacción originaria de código civil argentino y en el actual código civil uruguayo (Art. 669).⁵¹⁴

Si bien puede sostenerse la necesidad de ampliar este plazo de seis meses a un año a fin de favorecer la defensa y protección del derecho de posesión del poseedor, evitando que injustos usurpadores queden impune luego de un despojo violento, quienes se ven favorecido con este breve plazo de prescripción. Creemos, que este plazo de seis meses es

⁵¹⁰ Se sostiene que este sistema desnaturaliza la noción de acción posesoria. En este sentido, Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Ob. cit. p. 150; y, Valencia Zea, Arturo. Ob. cit. p.325.

⁵¹¹ Sólo para efectos referenciales, la tercera acción posesoria corresponde a la denuncia de obra nueva, que por no ser parte del objeto de este trabajo, no limitamos sólo en nombrarla.

⁵¹² En este sentido, Savigny, Friedrich. Ob. cit. p. 313; y, Claro Solar, Luis. Ob. cit. p. 482.

⁵¹³ En este sentido, Mazeaud, Henri y Mazeaud, Jean. Ob. cit. p. 177.

⁵¹⁴ En este sentido, Laquis, Manuel Antonio. Ob. cit. p. 585.

adecuado. Brevidad compatible con su carácter sumarísimo y previo a otra acción posesoria. No prejuzga respecto del posesorio y contribuye a precisar sus características diferenciales de la querrela de restitución.

Los derechos extranjeros, por regla general, frente al despojo violento, han establecido una prescripción anual.⁵¹⁵ Tal es el caso del sistema Alemán (art. 864 CC), italiano (art. 1168 CC), francés (art. 1264 CC), español (art. 1968 CC), Suizo (Art. 928 CC), mexicano (Art. 17 Cód. De Procedimientos Civiles), Colombiano (Art. 984 CC), brasileño (Art. 499 CC) y argentino (Art. 2493 CC).⁵¹⁶

8.- LEGITIMIDAD PASIVA

Procede la querrela de restablecimiento en contra del autor de la violencia y la persona por cuya cuenta el autor del despojo se reputa haberla cometido. No puede dirigirse en contra de tercero detentador o el causahabiente a título particular del usurpador ameno que ellos se encuentren de mala fe.⁵¹⁷ Esta acción procede contra el dueño del

⁵¹⁵ Se debe hacer notar, que en muchos ordenamiento jurídicos extranjeros, no se hace esta distinción que realiza el nuestro, diferenciando dos acciones frente al despojo, dependiendo de la violencia utilizada por el despojante (querrela de restitución y querrela de restablecimiento). Así, el sistema francés habla sólo de acción de reintegración; el español de interdicto de recobrar; el alemán de pretensión de restitución; el italiano acción de reintegración.

⁵¹⁶ En el derecho argentino, cuando se sancionó el código civil, el término de duración de la acción de despojo era de seis meses. En la ley 1196 de fe de erratas, el plazo del artículo 2493 se elevó a un año, porque se estimó que existía una discordancia con el artículo 4038 que establecía "se prescribe por un año la obligación de responder al turbado o despojado en la posesión, sobre su manutención o reintegro". Optándose por el plazo de un año por ser más favorable para la defensa y protección del derecho de posesión. Posición criticada, por quienes piensan que el legislador originario pensó en una tercera acción. Para más antecedentes v. Laquis, Manuel Antonio. Ob. cit. p. 583 y sgts; y, León Tinti, Pedro. Ob. cit. p. 123.

⁵¹⁷ En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 360.

inmueble, y nuestra jurisprudencia se ha encargado de resolver que procede entre comuneros.⁵¹⁸

Así, un arrendatario podría intentar una querrela de restablecimiento cuando ha sido despojado por un tercero. Del mismo modo cuando el despojante es el propietario de bien. Lo que se persigue es impedir y sancionar todo acto de violencia.

9.- COSA JUZGADA

La sentencia recaída en un juicio posesorio de establecimiento, produce cosa juzgada substancial frente a todo juicio posterior, incluso cualquiera querrela posesoria. Como ya se dijo, tratándose de un juicio ordinario donde se ventile el dominio, no tendrá a misma causa de pedir.⁵¹⁹

C.- EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA DE DEFENSA POSESORIA

El recurso de protección, constituye un remedio rápido y eficaz para prestar amparo al afectado, cada vez que una garantía de libertad o derecho fundamental es trastocado por actos u omisiones ilegales o arbitrarios de una autoridad o de particulares, dejando siempre a salvo eso si, las acciones y recursos que el ordenamiento jurídico otorga como tutela de los derechos del agraviado, mediante el respectivo procedimiento petitorio.⁵²⁰ Lo que ampara el recurso de protección no es el derecho en si mismo, sino, su ejercicio legítimo y pacífico. No busca declaraciones sustantivas en cuanto a la titularidad de un derecho, sino, evitar que por

⁵¹⁸ RDJ. T. 1 secc. 2, p. 582.

⁵¹⁹En este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. p. 365.

⁵²⁰ En este sentido, Soto Kloss, Eduardo: "El Recurso de Protección, Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia". Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 14.

medios ilegales y arbitrarios se amenace o perturbe la situación de hecho imperante, evitando que los particulares se hagan justicia por sus propias manos.⁵²¹

De estas descripciones resulta fácil advertir ciertas similitudes entre los efectos de recurso de protección y los fines perseguidos por las acciones posesorias.

Entre las garantías tuteladas por el recurso de protección, encontramos el derecho de propiedad (Art. 19 N° 24 Constitución Política de Chile). Pero este número no solo ampara el derecho de dominio. Su inciso tercero estatuye que nadie puede ser privado de la propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales del dominio; y dentro de éstos se encuentra el uso y goce, el que se ejerce a través de la ocupación, convirtiéndolo en poseedor actual de la cosa.⁵²² De lo dicho se concluye entonces que mediante el recurso de protección puede ampararse también la posesión.

Ahora bien, ha sido disímil el alcance que nuestros tribunales han dado al recurso de protección como medio de defensa posesoria. En opinión de algunos, podrá otorgarse protección posesoria, vía recurso de protección, sólo si se esta en frente de un derecho indubitado y no disputado del afectado, el que debe comprender solamente situaciones inequívocas, de fácil y rápida comprobación dentro de un procedimiento breve y sumarísimo. No siendo el recurso de protección la vía idónea para resolver contiendas que deban ser resueltas en un juicio de lato conocimiento y de competencia de los Tribunales ordinarios.⁵²³ Para estos, la acción cautelar no está consagrada como mecanismo supletorio de los

⁵²¹ En este sentido, Errázuriz, Juan Manuel y Otero, Jorge Miguel: "Aspectos Procesales del Recurso de Protección". Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 45.

⁵²² F. del Mes. N° 322, sent. 14, p. 596.

⁵²³ En este sentido v. Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Fallo de siete de septiembre de dos mil doce. Rol 65-2012.

procedimientos ordinarios y extraordinarios que franquea la ley a las partes para resolver determinados conflictos, cuyo conocimiento corresponde al ejercicio de su potestad jurisdiccional.⁵²⁴ En este sentido, se ha resuelto que atendida la naturaleza cautelar del recurso de protección, escapan a su conocimiento las materias que dicen relación con un derecho subjetivo patrimonial, como lo sería el de propiedad y la posesión regular sobre la mismo, las que a la luz de lo prevenido por los artículos 700 y siguientes del Código Civil, constituyen alegaciones que debe hacer valer en la instancia judicial correspondiente.⁵²⁵

En otras ocasiones nuestros tribunales, derechamente han entrado a conocer del asunto, tal cual fuera un procedimiento lato, y ha procedido a establecer derechos en favor de alguna de las partes. Así, por ejemplo, en un acto que sería propiamente posesorio, como ocupación de parte del inmueble por parte de un tercero, se ha resuelto que tal ocupación que no tiene justificación jurídica, es un acto arbitrario e ilegal que ha perturbado a la recurrente en su legítimo derecho de propiedad sobre parte del inmueble que reclama, constituyen motivo suficiente para acoger el recurso de protección.⁵²⁶

Sin embargo, en otras oportunidades, nuestros tribunales se han inclinado por acoger el recurso de protección, con la sola finalidad de mantener el statu quo, entregando a un juicio posterior la determinación del mejor derecho para poseer la cosa.⁵²⁷ Posición que compartimos. En

⁵²⁴ En este sentido v. Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Fallo de ocho de octubre de dos mil cuatro. Rol 4.049-2003 acumulado al 4072-2003.

⁵²⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. Fallo de Santiago, treinta de agosto de dos mil trece. Rol 26.920-2013.

⁵²⁶ Corte de Apelaciones de Arica. Fallo de dos de octubre de dos mil doce. Rol 56-2012.

⁵²⁷ Corte de Apelaciones de Concepción. Fallo de veinte de marzo de dos mil. Rol 166-99, Fallo de 6 de octubre de 1998. Rol 131-1998 y Fallo de 15 de abril de 1996. Rol 53-1996; Corte de Apelaciones de Valdivia. Fallo de 2 de diciembre de 1996. Rol 7431-1996

efecto, lo que se controvierte en el recurso de protección son situaciones esencialmente prácticas, que alteran el orden jurídico, de suerte que las cuestiones que miren a decisiones de fondo, tiene a su disposición la vía judicial mediante los juicios declarativos.⁵²⁸ Y, no podría ser de otra manera. Aceptar que mediante un recurso de protección puedan ventilarse asuntos propios de procedimientos latos, incluido el procedimiento interdictal, puede llegar a constituir una vulneración de principios procesales fundamentales, como el debido proceso. En efecto, el deber de lealtad, principio propio del debido proceso, implica la búsqueda sincera de la verdad, lo que se podrá lograr sólo si se permite a ambas partes presentar sus medios de prueba, ideal que se aleja si el asunto es resuelto mediante un recurso de protección, donde no hay comunicabilidad ni contradicción en la prueba; donde muchas veces queda entregado a la Corte allegar mediante oficios o informes antecedentes para dilucidar el asunto, dejando a fuera medios probatorios que podrían resultar relevante para la resolución de la contienda.

En conclusión, creemos que el recurso de protección se presenta como una vía idónea de protección posesoria, pero con un efecto acotado, mantener sólo el statu quo. Constituyendo una instancia previa y de carácter excepcional que no obsta al ejercicio de acciones en que se planteen latamente las mismas materias que fueron objeto del recurso de protección, procediéndose así de una manera similar a lo que corresponde cuando se deduce una querrela posesoria.⁵²⁹

⁵²⁸ RDJ. T. 77 secc. 1, p. 53; F. del M. N° 266, sent. 9, p. 485; N° 308, sent. 4, p. 314; y, N° 309, sent. 8, p. 398.

⁵²⁹ F. del M. N° 295, sent. 11, p. 259.

D.- EL DELITO DE USURPACIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS ACCIONES POSESORIAS

El artículo 456 del Código Penal prescribe, "Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente, y al que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto éste le repeliere, además de las penas en que incurra por la violencia que causare, se le aplicará una multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Si tales actos se ejecutaren por el dueño o poseedor regular contra el que posee o tiene ilegítimamente la cosa, aunque con derecho aparente, la pena será multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las que correspondieren por la violencia causada"

El artículo 457 del código penal, dice "Cuando, en los casos del inciso primero del artículo anterior, el hecho se llevare a efecto sin violencia en las personas, la pena será multa de seis a diez unidades tributarias mensuales".

El artículo 929 CC., prescribe que "los actos de violencia cometidos con armas o sin ellas, serán además castigados con las penas que por el código penal correspondan".

De las normas antes transcritas, se sigue que, si la turbación o la usurpación han sido realizadas con actos de violencia, los autores de tales actos, podrán ser perseguidos también criminalmente. Nuestro sistema penal, siguiendo el modelo español, sanciona como delito la usurpación, violenta y no violenta, a diferencia de otras legislaciones que tipifican únicamente la usurpación violenta, entregando la no violenta a las acciones posesorias.⁵³⁰

⁵³⁰ Para más antecedentes v. En este sentido, Etcheberry Alfredo: "Derecho Penal ". Edit. Jurídica de Chile, 3 edic. Santiago, 2005, T. III, p. 367.

Ahora bien, el delito de usurpación, violento o no, de la forma en que esta concebido por nuestro legislador, pareciera no tener mayor trascendencia en cuanto a su resultado frente al despojado. En efecto, si tal figura no existiera, el poseedor despojado tendría, por un lado, la querrela de restablecimiento para intentar recuperar la posesión del inmueble o derecho real sobre el mismo (efecto que no tiene el delito de usurpación); y si se trata de un despojo sin violencia, tiene la querrela de restitución; Amén de lo anterior, estos actos de violencia son castigados con las penas que el código criminal establezca, entendiéndose por actos de violencia hechos tales como por herir, matar, etc.

Por su parte, el delito de usurpación tiene como único efecto la aplicación de una multa, la que resulta ser insignificante atendido el valor o cuantía de los bienes que pueden ser objeto del delito de usurpación, y la referencia que hace el artículo 457 del Código Penal, a las penas en que incurra por la violencia que causare, no es más que la consecuencia penal, que conlleva cometer actos de violencia, los que sin necesidad de esta mención, debe recibir aplicación.

No obstante lo dicho, la usurpación, concebida como delito, tiene un efecto positivo. Si el usurpador es condenado como tal, su mala fe queda comprobada, y por tanto, no queda amparado bajo la presunción de dominio contemplada en el inciso final del artículo 700 del CC. Mala fe que es irreversible, no tiene solución de continuidad mientras dure tal posesión.⁵³¹ Al no estar de buena fe, no será poseedor regular y por tanto no podrá acogerse a la prescripción adquisitiva ordinaria.

En suma, conviene modificar el delito de usurpación, a objeto de incorporar como uno de sus efectos, la restitución del inmueble al poseedor. Evitando de este modo, que la víctima deba soportar un procedimiento posesorio o petitorio, para obtener su restitución del

⁵³¹ RDJ. T. 49 secc. 1, p. 218.

inmueble si no ha sido desocupado por el usurpador o quien lo tenga en su nombre.

E.- LAS ACCIONES POSESORIAS COMO VÍA DE DEFENSA FRENTE A LAS INMISIONES

El concepto de inmisión no ha sido muy desarrollado aun en nuestra doctrina y su definición y alcances presenta ciertas dificultades. En términos generales es la antítesis de emisión. La emisión es algo que se expulsa, la inmisión es algo que se recibe.⁵³²

La teoría de la inmisión no dice relación con una usurpación o despojo de una cosa ajena, sino en la imposibilidad de poder ejercer una posesión tranquila en un inmueble por alguna molestia provocada por un predio ajeno, vecino o no.

La teoría de la *immissio* busca la cesación de los actos que un poseedor ejecute en sus bienes, pero de los cuales se deriven consecuencias negativas que perturban la posesión de otros.⁵³³

Esta teoría fue formulada por vez primera a mediados del siglo XIX.⁵³⁴ Pero el termino inmisión se remonta en sus orígenes al derecho

⁵³² En este sentido, Tisné Niemann, Jorge: "La teoría de la Inmisiones como fundamento dogmático de la protección jurídica privada ante el ruido", en Rev. De Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 40, Valparaíso, 2013, p. 141.

⁵³³ En este sentido, Amuntegui Perelló, Carlos: "No siendo contra derecho ajeno: Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil". en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, Vol. 36 N° 3, p. 512.

⁵³⁴ Se ha dicho que el primero en rescatar esta figura fue Spangenberg, pero su principal difusor fue Jhering. Para más antecedentes v. Amuntegui Perelló, Carlos: "No siendo contra derecho ajeno: Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil". Ob. Cit. p. 512.

romano. Donde si bien, no se formuló ningún criterio general, la casuística de sus jurisprudencias trató diversos casos de vecindad.⁵³⁵⁻⁵³⁶

Las inmisiones han sido definidas de distintas maneras, y en algunos casos, los textos legales se limitan a enumerar los supuestos que pueden catalogarse como inmisiones.⁵³⁷ Nuestra doctrina define la inmisión como “una perturbación posesoria de carácter indirecto que proyecta influencias sobre el mismo de tal naturaleza que le impiden, le dificultan o le hacen incómodo a su titular el ejercicio de actos posesorios sobre el mismo producto de la acción de un tercero sobre sus propios bienes”.⁵³⁸

No se trata de una perturbación que pretenda disputar la titularidad de un bien, sino solo de hechos que embarazan la posesión, dificultando el ejercicio de actos posesorios. La injerencia supone una verdadera intromisión al predio vecino, impidiéndole a este totalmente el disfrute real de su predio. No basta que se perturben simples expectativas, como sería

⁵³⁵ En este sentido v. Algarra Prats, Esther: “La disciplina de las inmisiones en el derecho privado”. Tesis Doctoral. Univ. de Alicante, Alicante, 1994, p. 313 y sgts.

⁵³⁶ Se ha considerado como la piedra angular en esta materia, un pasaje del Digesto, 8,5,8,5 en que el habitante de un piso inferior expelle humos a los pisos superiores producto de su actividad industrial. Para más antecedentes v. Amunátegui Perelló, Carlos: “Marti Marti, Joaquín: La defensa frente a la contaminación acústica y otras inmisiones” en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, Vol. 37 N° 2, p. 393.

⁵³⁷ En el sistema alemán, se habla de penetración de gases, vapores, olores, humo, hollín, calor, ruido, trepidaciones e inmisiones parecidas (Art. 906 BGB); en el italiano de inmisiones de humo o de calor, de vapores, ruidos, trepidaciones y otras propagaciones semejantes (Art. 844 CC); el suizo, de emisiones de humo, hollín, emanaciones molestas, los ruidos, las trepidaciones (Art. 648 CC); el portugués, de emisiones de humos, hollín, vapores, olores, calor, ruidos, así como producción de las trepidaciones (Art. 1.36 CC).

⁵³⁸ Amunátegui Perelló, Carlos: “Hacia un concepto de inmisiones en el derecho chileno”. en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, Vol. 40 N° 1, p. 73.

por ejemplo una eventual disminución del valor del predio afectado a raíz de la inmisión⁵³⁹

Esta perturbación debe tener un origen en actos de terceros, por lo que queda excluido hechos proveniente de la naturaleza, como el escurrimiento de aguas lluvias.

Al ser las inmisiones fenómenos pertenecientes al mundo físico-natural, son apreciadas dentro de una escala estandarizada. Se requiere continuidad o permanencia, en el sentido de que los perjuicios sustanciales no deben ser consecuencia de un acto aislado, sino de existencia reiterada en el tiempo. La injerencia debe ser causada por la actividad desarrollada por el propietario o por quien esta autorizado para realizarla como consecuencia del disfrute del correspondiente derecho. El hecho de que se trate de predios vecinos, no significa que ambos sean contiguos o colindantes.

Ahora bien, en el sentido jurídico-técnico del concepto de inmisión, esta debe presentar determinados caracteres que permitan reputar el hecho como molesto e intolerable para el poseedor o las personas que tiene derechos reales constituidos sobre el inmueble. En efecto, se requiere que la inmisión tenga una entidad suficiente para que sea objeto de atención por parte del derecho.⁵⁴⁰ Así entonces, no cualquier acto puede constituirá una inmisión; más aun si consideramos que en toda relación de vecindad existen ciertos actos que inevitablemente tendrán ingerencia negativa sobre los bienes ajenos y no por ese hecho podemos considerarlo como una inmisión. Este sería el caso, por ejemplo, la música del hijo del vecino o el humo que emana de la preparación de un festín y

⁵³⁹ En este sentido, Amunátegui Perelló, Carlos: "Hacia un concepto de inmisiones en el derecho chileno". Ob. cit. p. 74.

⁵⁴⁰ En este sentido, Tisné Niemann, Jorge. Ob. cit. p. 143; y, Amunátegui Perelló, Carlos: "Hacia un concepto de inmisiones en el derecho chileno". Ob. cit. p. 81.

que el viento impulsa hacia la puerta de ingreso de un predio colindante. En estos casos falta continuidad o permanencia de la perturbación.

La dificultad entonces, va pasar por determinar el carácter de aceptable o no de estos actos.⁵⁴¹ Para determinar el grado de tolerancia en las relaciones de vecindad se han desarrollado tres teorías.

A.- TEORÍA DE PROHIBICIÓN DE LOS ACTOS DE EMULACIÓN

Tiene su origen en los glosadores y comentaristas de la edad media. Se traduce en que nadie puede ejecutar actos en su propio inmueble, que no le reporten beneficio alguno y con la única finalidad de causar un daño o molestia al vecino. Se requiere acreditar la intención maliciosa o dolosa.⁵⁴²

B.- TEORÍA DEL USO NORMAL

Desarrollada en el siglo XIX en Alemania, destacándose el porte de Spangenberg y posteriormente Jhering, este último utilizó el concepto de "influencia".⁵⁴³

De acuerdo a esta teoría se debe tolerar aquello que implica un uso normal del inmueble y no así un uso irregular o anormal. Así, un vecino debe tolerar las molestias que le ocasionen otro, siempre que deriven del

⁵⁴¹ En este sentido, Amuntegui Perelló, Carlos: "No siendo contra derecho ajeno: Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil". Ob. cit. p. 516.

⁵⁴² Para más antecedentes. v. Tisné Niemann, Jorge. Ob. cit. p. 133; y, Amuntegui Perelló, Carlos: "No siendo contra derecho ajeno: Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil". Ob. cit. p. 518.

⁵⁴³ Para más antecedentes v, Tisné Niemann, Jorge. Ob. cit. p. 134; Amuntegui Perelló, Carlos: "No siendo contra derecho ajeno: Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil". Ob. Cit. p. 516; y, Algarra Prats, Esther. Ob. cit. p. 365 y sgts.

uso normal de un bien propio, prohibiéndose las inmisiones que sobre pasan lo razonable.⁵⁴⁴

C.- TEORÍA DE LA NECESIDAD SOCIAL

Tiene como su máximo exponente a Bonfante. Postula que si la necesidad social absoluta derivada de la naturaleza de las cosas impone que un vecino deba soportar las inmisiones de otro, debe aceptarlo. Entonces, toda inmisión que sea producto de una actividad catalogada de necesidad social, debe ser tolerada.⁵⁴⁵

La inmisión será ilícita, si impide el ejercicio de actos posesorios, los que estarán determinados por el uso que el propietario daba a su inmueble.

En nuestro sistema, frente a una inmisión, como el humo, malos olores o ruido, no existe una regulación expresa que determine y señale la vía de solución.⁵⁴⁶ Sin embargo, nos encontramos inserto en el grupo de ordenamientos jurídicos que cuentan con referencia directa a la teoría de

⁵⁴⁴ Sistemas como el alemán (Art. 906 BGB.), Italiano (Art. 844 CC.), Suizo (Art. 684), Portugués (Art. 1346 CC.) y Argentino (Art. 2618 CC.), han recogido esta teoría.

⁵⁴⁵ En este sentido, v. Tisné Niemann, Jorge. Ob. cit. p. 133; y, Amuntegui Perelló, Carlos: "No siendo contra derecho ajeno: Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil". Ob. cit. p. 518.

⁵⁴⁶ Diversos ordenamientos jurídicos que ya han regulado esta materia. Así, y como ya lo enunciábamos, el alemán de 1959 (Art. 906 BGB.), italiano de 1942 (Art. 844 CC), Portugués de 1966 (Art. 1346 CC.) Suizo de 1907 (Art. 684 CC.), austriaco de 1918 (Art. 364 CC.), argentino de 1971 (Art. 2618 CC.), peruano de 1852 (Art. 961), brasilero de 2003 (Art. 1277 CC.), paraguayo de 1987 (Art. 2000) y boliviano de 1975 (Art. 117 CC.). En el caso francés, ante la ausencia de normas al respecto, la dogmática elaboró la teoría de "troubles de voisinage", abarcando criterios mayores a la mera disciplina de las inmisiones; En el caso español, si bien se carece de normas concretas, la contracción dogmática se ha producido en virtud de los artículos 590 y 1902 del código civil. Para más antecedentes v. Tisné Niemann, Jorge. Ob. cit. p. 136 y sgts.

las inmisiones, pero que carecen de una norma general positiva.⁵⁴⁷ De ahí, que se abogue por su construcción dogmática a partir de lo establecido en los artículos 582, 856 y 941 inciso 1 CC.⁵⁴⁸

Frente a una inmisión, autores como Amunátegui Perello, postulan que de acuerdo al artículo 921 del CC, la querrela de amparo tiene lugar además, cuando se perturba la posesión del mismo, de cualquier modo que haga imposible, difícil o incluso incómodo el ejercicio de actos posesorios. Este autor distingue dos situaciones distintas respecto a las cuales procede la acción posesoria, contra la turbación posesoria sin intención de despojo y en contra de aquella dirigida directamente a reemplazarlo en la posesión del bien. Precizando que las inmisiones son, perturbaciones posesorias, y es por ello que la querrela de amparo resulta aplicable, toda vez que su objetivo es, justamente, prevenir cualquier tipo de turbación.⁵⁴⁹

Por nuestra parte, no compartimos plenamente esta apreciación. En efecto, es de la esencia de la querrela de amparo la existencia de actos de molestia, embarazo o turbación. Pero para que haya turbación se requiere que el tercero realice estos actos con la intención de poseer. Ergo, no puede considerarse como acto de turbación de la posesión, aquellos que

⁵⁴⁷ En esta situación también se encuentran, el sistema uruguayo, ecuatoriano, colombiano, nicaragüense, venezolano y salvadoreño. Para más antecedentes v. Tisné Niemann, Jorge. Ob. cit. p. 153.

⁵⁴⁸ Para más antecedentes v. Amunátegui Perelló, Carlos: "No siendo contra derecho ajeno: Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil". Ob. cit. p. 519; y, Tisné Niemann, Jorge. Ob. cit. p. 153.

⁵⁴⁹ Para más antecedentes v. Amunátegui Perelló, Carlos: "Derecho Civil y Medioambiente. Un estudio de la Teoría de las Inmisiones y su Aplicabilidad en el Derecho Chileno". Edit. Legalpublishing, Santiago, 2013, p. 141. Este autor en la obra citada, además de contemplar a las acciones posesorias como medio de defensa frente a las inmisiones, agrega la acción posesoria especial del artículo 941 del CC., la acción popular prevista en los artículos 948 y 949 CC., la acción constitucional de protección, la acción de cese de inmisiones o negatoria que respalda en los artículos 582 y 856 CC., y por último una que viene en llamar acción de responsabilidad.

no tendiesen a hacer entrar al autor en la posesión de la cosa, única forma de afectar la posesión del poseedor. De lo que se sigue, que ante un inmisión, como sería por ejemplo la penetración en un predio de humo proveniente de otro, no implica necesariamente una disputa en la posesión, motivo por el cual es improcedente la acción posesoria de amparo.

Entonces, si excluimos la querrela de amparo como defensa frente a las inmisiones, nos queda la vía del recurso de protección y las defensas establecidas en leyes sectoriales. En el primer caso, el recurso de protección se presenta como una vía idónea para restablecer el statu quo y combatir las inmisiones. Estas, cuando alteran el derecho de disfrute de los atributos de la propiedad, hacen plausible la acción constitucional en estudio, a fin de hacer cesar cualquier tipo de molestia que vaya más allá de lo naturalmente tolerable.⁵⁵⁰ De igual modo, si mediante las inmisiones se afecta el derecho a la vida y la integridad física de las personas, el respecto a la protección de la vida privada, el derecho a la protección de la salud, la inviolabilidad del hogar y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación será plausible el recurso de protección.⁵⁵¹

Por otro lado, existen normas sectoriales, como las contempladas en el código sanitario y leyes especiales, en las que, una vez constatada una

⁵⁵⁰ Para más antecedentes v. Excma. Corte Suprema. Fallo de 13 de junio de 1991. Rol 2997-1991, Fallo de 9 de agosto de 2007. Rol 3535-2007, Fallo de 4 de diciembre de 2012. Rol 10.884-2011 y Fallo de 10 de agosto de 2010. Rol 3374-2010; Corte de Apelaciones de Valparaíso. Fallo de 6 de agosto de 2007. Rol 4466-2007; Corte de Apelaciones de Talca. Fallo de 21 de agosto de 2012. Rol 769-2012; y, Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Fallo de 15 de diciembre de 2011. Rol 301-2011.

⁵⁵¹ En este sentido, Amunátegui Perelló, Carlos: "Derecho Civil y Medioambiente. Un estudio de la Teoría de las Inmisiones y su Aplicabilidad en el Derecho Chileno". Ob. cit. p. 163.

inmisión, que reviste ciertos caracteres, llevan a la autoridad competente a disponer la paralización de su fuente.^{552_553}

Por último, creemos en la conveniencia de legislar al respecto, abordando el tema como ya se ha hecho en otros ordenamientos jurídicos. A modo de ejemplo, podemos citar el caso argentino, donde el artículo 2618 del Código Civil, frente a una inmisión, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias; o, el caso alemán, donde el artículo 906 del BGB contempla la posibilidad de acuerdos entre los dueños de los predios involucrados.

F.- OTROS INTERDICTOS ESPECIALES

Entre los artículos 930 y 950 del CC y 565 a 583 del CPP., se encuentran reguladas las restantes acciones posesorias. A saber, denuncia de obra nueva, denuncia de obra ruinoso y demás acciones posesorias especiales, las que no serán abordadas en este trabajo, por no ser parte del objetivo del mismo.

⁵⁵² Entre nosotros, el tratamiento del ruido se encuentra regulado en el Decreto Supremo N° 146 de 1997, ordenanzas municipales, Ley y Ordenanza general de urbanismos y construcciones, ley y Reglamento sobre copropiedad inmobiliaria. Y su protección jurídica la podemos lograr mediante recurso de protección, procedimiento ante Juzgado de Policía Local, acciones especiales contenidas en la Ley de bases generales del medio ambiente, procedencia de la acción de responsabilidad extracontractual y las acciones posesorias. En este sentido, Tisné Niemann, Jorge. Ob. cit. p. 167 y sgts

⁵⁵³ Para más antecedentes v. Excma. Corte Suprema. Fallo de 3 de enero de 2012. Rol 11.113-2011; y, Corte de Apelaciones de Antofagasta. Fallo de 19 de julio de 2008. Rol 268-2008.

CONCLUSIONES

A través de nuestro trabajo, hemos estudiado el origen y evolución de las Acciones Posesorias y como está protegida por nuestro derecho y en otras legislaciones, llegando a las siguientes conclusiones:

1.- En nuestro sistema no se extiende la protección posesoria para los bienes muebles. Sin embargo postulamos la conveniencia de legislar al respecto y extender la protección posesoria a ellos. En efecto, estos bienes en muchas ocasiones conforman un patrimonio de una gran envergadura, como sería por ejemplo el caso de joyas valiosas o pinturas de connotados artistas, con lo que se desvirtúa el pensamiento del legislador al dictar el código civil, donde se dio mayor importancia a la propiedad inmobiliaria. Además, si el fundamento de la protección posesoria es evitar la justicia por si mismos, nada hace suponer que tratándose de bienes muebles, los involucrados no intenten hacer justicia por sus propias manos, no teniendo sentido entonces, hacer una distinción, respecto a los bienes inmuebles. Por lo demás, en el derecho comparado es la tendencia.

2.- creemos que la querrela de restablecimiento no tiene la naturaleza de acción posesoria. Los interdictos posesorios tienen por objeto amparar la posesión, bien sea contra una turbación o bien contra un despojo. Pero la finalidad de la querrela de restablecimiento, según se desprende del artículo 928 CC., no es amparar la posesión, sino destruir los efectos del despojo violento, restituyendo las cosas al estado en que se encontraban en el momento en que se usó la violencia, para que, a quienes corresponda, puedan impetrar una acción posesoria, sin entrar a pronunciarse sobre el derecho a la posesión o tenencia de la cosa

3.- Si bien, procede la indemnización de perjuicios tratándose de la querrela de restablecimiento, en el juicio interdictal sólo se podrá pedir que se le asegure el resarcimiento del daño y luego por la vía ordinaria pedir puede después que se le pague el daño emergente y el lucro cesante.

4.- Lo que resulta tutelado es la posesión, sin mas, porque la legislación civil no hace la pretendida distinción entre posesión material y legal. La existencia de una inscripción incidirá en la acreditación del hecho mismo de la posesión, pero la falta de dicha inscripción no la excluye, ya que es perfectamente posible acreditar materialmente las condiciones de existencia de la posesión.

5.- Si bien, tratándose de la querrela de restablecimiento puede sostenerse la necesidad de ampliar el plazo de prescripción de seis meses a un año a fin de favorecer la defensa y protección del derecho de posesión del poseedor, evitando que injustos usurpadores queden impune luego de un despojo violento, quienes se ven favorecido con este breve plazo de prescripción. Estimamos que este plazo de seis meses es adecuado. Brevedad que es compatible con el carácter sumarísimo y previo a otra acción posesoria. No prejuzga respecto del posesorio y contribuye a precisar sus características diferenciales de la querrela de restitución.

6.- Creemos, que es necesario reformular el concepto de "querrela" para referirnos a los interdictos posesorios. Aparece inadecuada frente al derecho sustantivo, a la historia de las acciones posesorias y al contexto internacional, donde no se utiliza tal concepto.

7.- Conviene modificar el delito de usurpación, a objeto de incorporar como uno de sus efectos, la restitución del inmueble al poseedor. Evitando de este modo, que la víctima deba soportar un procedimiento posesorio o petitorio, para obtener su restitución del inmueble si no ha sido desocupado por el usurpador o quien lo tenga en su nombre.

8.- Creemos que el recurso de protección es un medio adecuado para defender la posesión, pero sólo para el efecto de mantener el statu quo. Debiendo recurrir posteriormente el poseedor afectado a la instancia judicial respectiva para defender su derecho. Aceptar que mediante un recurso de protección puedan ventilarse asuntos propios de procedimientos más latos, incluido el procedimiento interdictal, puede llegar a constituir una vulneración de principios procesales fundamentales, entre ellos, el debido proceso. Solucionar la controversia mediante este recurso constitucional donde no existe un periodo de prueba podría dejar en indefensión a alguna de las partes y llevarnos a injusticias.

9.- En nuestro sistema, frente a una inmisión, como sería por ejemplo humo, malos olores o ruido, no existe una regulación expresa que la determine y señale la vía de solución. Se requiere regular la materia, estableciendo las condiciones y consecuencias posibles frente a una inmisión. Las acciones posesorias, no se presentan como una vía idónea para amparar al poseedor afectado con una inmisión, por cuanto, los interdictos posesorios requieren una disputa en el derecho a poseer, presupuesto que no se advierte fácilmente ante una simple intromisión. Alzándose entonces el recurso de protección, como una eficaz herramienta de protección frente a inmisiones que afecten la propiedad o al ejercicio de sus atributos.

Bibliografía

ABASCAL BRUNET, ALEJANDRO: "Interdictos Posesorios". Edit. Imp. y Lib M. Cornejo, Santiago, 1920.

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ: "Las Obligaciones". Edit. Jurídica de Chile, 4ª edic. Santiago, 2005.

ALBALADEJO, MANUEL: "Derecho Civil III Derecho de Bienes". Edit. Edisofer S.L. 10ª edic. Madrid, 2004.

_____ "El plazo de la acción para recobrar la posesión, ¿es de prescripción o de caducidad?", en Rev. De D. Privado (julio-agosto), Madrid, 1990.

ALGARRA PRATS, ESTHER: "La disciplina de las inmisiones en el derecho privado". Tesis Doctoral. Univ. de Alicante, Alicante, 1994.

AGUIRRE FLORES, FRANCISCO: "Requisitos Generales de las Acciones Posesorias". Memoria de Prueba. Univ. de Chile, Santiago, 1957.

ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL Y VODANOVIC, ANTONIO: "Tratados de los Derechos Reales". Edit. Jurídica de Chile, 6ª edic. Santiago, 2005.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS: "Derecho Civil y Medioambiente. Un estudio de la Teoría de las Inmisiones y su Aplicabilidad en el Derecho Chileno". Edit. Legalpublishing, Santiago, 2013.

_____ "Las Relaciones de Vecindad y la Teoría de la Inmisiones en el Código civil", en Rev. De Derecho de la Pontificia Univ. Católica de Valparaíso Vol. 38.

_____ "No siendo contra derecho ajeno: Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil", en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, Vol. 36 N° 3.

_____ "Marti Marti, Joaquín: La defensa frente a la contaminación acústica y otras inmisiones", en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, Vol. 37 N° 2.

_____ "Hacia un Concepto de Inmisiones en el Cerecho Chileno", en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, Vol. 40 N° 1.

ARANA DE LA FUENTE, ISABEL: "Interdictos Entre Coposeedores". Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER: "Juan Sala Bañuls (1.731-1.806) y el Código Civil de Chile", en Rev. De Estudios Histórico-Jurídicos T. XXXI. Valparaíso, 2009.

BORDA, GUILLERMO: "Manual de Derecho Civil". Edit. La Ley. 6ª edic. Buenos Aires, 2008.

BUSTO, JOSÉ MANUEL, ÁLVAREZ, NATALIA Y PEÑA, FERNANDO: "Acciones de Protección de la Posesión". Edit. Thomson, Pamplona, 2007.

CANO MATA, ANTONIO: "Interdicto contra la Administración", en Rev. Anuario de Derecho Civil (abril-junio), Madrid, 1974.

CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ: "Derecho Civil Español Común y Foral". Edit. Reus S.A. 12ª edic. Madrid, 1982, T. II, V. I.

CASARINO VITERBO, MARIO: "Manual de Derecho Procesal". Edit. Jurídica de Chile, 5ª edic. Santiago, 2005, T. VI.

CLARO SOLAR, LUIS: "Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado". Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic. Volumen IV. Santiago, 1992.

COLIN, AMBROSIO Y CAPITANT, H: "Curso Elemental de Derecho Civil". Trad. de Demófilo de Bueno. Edit. Reus S.A. Madrid, 1923, T. II, V. II.

CORNÚ, GÉRARD: "Derecho Civil. Los Bienes". Edit. Juricentro, San José, 1996.

CUELLO PEÑA Y LILLO, DANIEL: "Los Interdictos Posesorios en el Derecho Romano y su Influencia en el Código Civil Chileno". Memoria de Prueba. Univ. Central de Chile, Santiago, 2006.

DE LA PUENTE GONZÁLEZ, RAFAEL: "Acciones Posesorias". Memoria de Prueba. Univ. de Chile, Santiago, 1908.

DÍAZ PARRA, ABSALÓN: "La Protección Posesoría de los bienes Muebles". Memoria de Prueba. Univ. de Chile, Santiago, 1939.

DÍEZ-PICAZO, LUIS: "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III". Edit. Thomson, 5ª edic. Pamplona, 2008.

DOMÍNGUEZ MOYA, OSCAR: "La Tutela Sumaria para Retener y Recobrar la Posesión". Edit. Tirant, Valencia, 2007

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN: "La Influencia de la Doctrina Francesa en el Derecho Chileno" en Cuaderno de Análisis Jurídicos II, Fundación Fernando Fueyo, Univ. Diego Portales, Santiago, 2005.

ETCHEBERRY ALFREDO: "Derecho Penal". Edit. Jurídica de Chile, 3ª edic. Santiago, 2005, T. III.

ERRÁZURIZ, JUAN MANUEL Y OTERO, JORGE MIGUEL: "Aspectos Procesales del Recurso de Protección". Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1989

GABÁS, ALBERTO: "Juicios Posesorios". Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

GARCÍA GIL, JAVIER: "La protección del Dominio y de la Posesión". Edit. Edisofer S.L, Buenos Aires, 1997

GARCÍA VALDECASAS, GUILLERMO: "La Posesión". Edit. Comares, Madrid, 1987.

GURFINKEL DE WENDY, LILIAN: "Derechos Reales". Edit. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, T. II.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: "Derecho Privado Romano". Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

_____ "Andrés Bello Codificador". Edit. Ediciones de la Universidad de Chile. Santiago, 1982, T. 1.

_____ "La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas", en Cuaderno de Análisis Jurídicos II, Fundación Fernando Fueyo, Univ. Diego Portales, Santiago, 2005.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: "La Posesión". Edit. Civitas S.A. Madrid, 1980.

IGLESIAS, JUAN: "Derecho Romano". Instituciones de Derecho Privado. Edit. Ediciones Ariel, 6ª edic. Barcelona, 1958.

JIMÉNEZ LARRAIN, FERNANDO: "Comentario de Jurisprudencia: Los Interdictos Posesorios". Memoria de Prueba. Univ. de Concepción, Concepción, 1962.

JHERING, RUDOLF: "Teoría de la Posesión". Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1892.

_____ "Cuestiones Jurídicas". Edit. La España Moderna. Madrid, s/f.

_____ "La Posesión". Trad. de Adolfo Posada. Edit. Reus S.A., 2 edic. Madrid, 1926.

JORDANO BAREA, JUAN: "Una Relección Sobre la Posesión", en Rev. Anuario de Derecho Civil (octubre-diciembre), Madrid, 1986.

JORQUERA F., FRANCISCO: "Manuel de Derecho Romano". Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1949.

LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS: "Elementos del Derecho Civil III". Edit. Dykinson, 2 edic. Madrid, 2003.

LAFALLE, HÉCTOR: "Derecho Civil". Edit. Compañía Argentina de Editores S.R.L. Buenos Aires, 1943, T. III, V. I.

LAQUIS, MANUEL ANTONIO: "Derechos Reales". Edit. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, T I.

LAZO, SANTIAGO: "Los Códigos Chilenos Anotados. Código de Procedimiento Civil". Edit. Poblete Cruzat Hermanos, Santiago, 1918.

LEÓN TINTI, PEDRO: "Defensas Posesorias". Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.

LIRA, JOSÉ BERNARDO: "Prontuario de Los Juicios o Tratado de Procedimientos Judiciales y Administrativos con Arreglo a la ley". Edit. Librería Central de Mariano Servat. 5ª edic. Santiago, 1895.

MEDINA DE LEMUS, MANUEL: "Derecho Civil de Bienes Derechos Reales e Inmobiliario Registral". Edit. Dykinson S.L. Madrid, 2003, T. I.

MARIANI DE VIDAL, MARINA: "Derechos Reales". Edit. Zavalia, Buenos Aires, 2004.

MAYNZ, CARLOS: "Curso de Derecho Romano". Edit. Jaime Molinas, Editor, 2ª edic. Barcelona, 1892, T. II.

MAZEAUD, HENRI Y MAZEAUD, JEAN: "Lecciones de Derecho Civil". Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Edit. Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1960, V. IV, Parte II.

MENDOZA AYLWIN, SERGIO: "Los Interdictos Posesorios ante la jurisprudencia". Memoria de Prueba. Univ. de Chile, Santiago, 1947.

MESSINEO, FRANCESCO: "Manual de Derecho Civil y Comercial". Trad. De Santiago Sentis. Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.954, T.III.

MUSTO, NÉSTOR: "Derechos Reales". Edit Astrea, Buenos Aires, 2007, T. I.

NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA. Edit. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1992, Libro 11.

PEÑA GUZMÁN, LUIS & ARGÜELLO, LUIS: "Derecho Romano". Edit. Tea, Buenos Aires, 1962.

PEÑA QUIÑONES, ERNESTO Y PEÑA RODRÍGUEZ, GABRIEL: "El Derecho de Bienes". Edit. Legis, 2ª edic. Bogotá, 2008.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL: "Los Bienes". Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

PETIT, EUGÉNE: "Tratado Elemental de Derecho Romano". Edit. Albatros, Buenos Aires, 1958.

PICÓ FERRER, AGUSTÍN: "Del Procedimiento Civil en el Derecho Romano". Memoria de Prueba. Univ. de Chile, Santiago, 1946.

PIZARRO BAIGORROTEGUI, ADOLFO: "Los Interdictos en el Derecho Romano". Memoria de Prueba. Univ. de Chile, Santiago, 1984.

POTHIER, ROBERTO: "Tratado de la Posesión y Prescripción". Trad. Manuel Deó. Edit. Librería de Juan Llordachs, Barcelona, 1880.

RIPERT, GEORGES Y BOULANGER, JEAN: "Tratado de Derecho Civil". Trad. de Jorge García Daireaux. Edit. La Ley, Buenos Aires, 1965, T. VI.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL: "Compendio de Derecho Civil". Edit. Porrúa, México DF, 2012.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO: "De las Posesiones Inútiles en la Legislación Chilena". Edit. Jurídica de Chile, 1ª edic. Santiago, 1991.

_____. Estudios de Derecho Privado. "La Caducidad en el Derecho Civil Chileno", Estudios de Derecho Privado". Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

SALA, JUAN: "Ilustración del Derecho Real de España ordenada y adicionada por don Juan Sala". Edit. Librería de Lecointe, Paris, 1844, T. I.

SALEILLES, RAYMOND: "La Posesión de Bienes Muebles". Trad. de La Revista. Edit. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927.

SALVAT, RAYMUNDO: "Tratado de Derecho Civil Argentino." Edit. Tipográfica Editora Argentina S.A, Buenos Aires, 1961, T. I.

SAVIGNY, FRIEDRICH: "Tratado de la Posesión". Edit. Comares, Granada, 2005.

SAMPER POLO, FRANCISCO: "Derecho Romano". Edit. Ediciones UC, 3ª edic. Santiago, 2009.

SELMAN NAHUM, ARTURO: "Artículo 915 del Código Civil: Una Solución Jurisprudencial a la Limitación de las Acciones Tradicionales", en Rev. Ius et Praxis, Año 17, N° 1, 2011. Publicado en Revista Scielo. www.scielo.cl.

SERAFINI, FELIPE: "Instituciones de derecho Romano". Edit. Hijos de J. Espasa, Barcelona, 1915, T. I.

SILVA CIMMA, ENRIQUE. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y bienes. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

SILVA SEGURA, ENRIQUE: "Acciones, Actos y Contratos Sobre Cuota". Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic. Santiago, 1985.

SOMARRIVA U, MANUEL: "Indivisión y Partición.". Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic. Santiago, 1956.

SOTO KLOSS, EDUARDO: "El Recurso de Protección, Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia". Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

TAPIA RAMÍREZ, JAVIER: "Derechos Reales". Edit. Porrúa, México DF, 2012.

TISNÉ NIEMANN, JORGE: "La teoría de la Inmisiones como fundamento dogmático de la protección jurídica privada ante el ruido", en Rev. De Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 40, Valparaíso, 2013.

TOCORNAL GÁNDARILLAS, TOMÁS: "Interdictos Posesorios". Memoria de Prueba. Univ. de Chile, Santiago 1930.

VALENCIA ZEA, ARTURO: "La Posesión". Edit. Temis, 2ª edic. Bogota, 1978.

VÁSQUEZ BARROS, SERGIO: "Los Interdictos". Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VENTURA SILVA, SABINO: "Derecho Romano". Edit. Porrúa S.A. 2 edic. Buenos Aires, 1966.

VIAL DEL RIO, VÍCTOR: "La Tradición y la Prescripción Adquisitiva como Modo de Adquirir el Dominio". Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic. Santiago, 2003.

VODANOVIC H., ANTONIO: "Curso de Derecho Civil". Edit. Nascimento, Santiago, 1957.

WESTERMANN, HARRY; WESTERMANN, HARM PETER; GURSKY, KARL-HEINZ; Y, EICKMANN, DIETER: "Derechos Reales". Trad. De Ana Cañizares, José María Miquel, José Miguel Rodrigues y Bruno Rodríguez-Rosado. Edit. Fundación Cultural del Notario, 7ª edic. Madrid, 2007.

WOLFF, MARTIN Y RAISER LUDWIG: "Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas". Trad. de Blas Pérez González y José Alguer. Edit. Bosch, 3ª edic. Barcelona, 1971, T. III.

ZALAZAR BERGUÑO, JORGE: "Influencia del pretor en algunos Aspectos del Derecho Civil". Memoria de Prueba. Univ. de Chile, Santiago, 1943.

Otras fuentes:

Códigos Civiles de: Chile, Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay, Venezuela, Uruguay, Colombia, Brasil, Portugal, España, Francia, Italia, Alemania y Suiza.

Códigos de adjetivos civiles de: Chile, Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay, Venezuela, Uruguay, Colombia, Brasil, Portugal, España, Francia, Italia, Alemania y Suiza.