

DOI: 10.4067/S0718-09502023000100027

La noción de poder normativo y la distinción entre hechos y actos jurídicos

*Fernando Atria Lemaitre**

RESUMEN

Este artículo pretende explicar la noción de poder normativo y nociones derivadas de la misma, como la de acto jurídico. Habiéndola explicado, muestra la relevancia del análisis aplicando lo dicho a la ocupación y la tradición como modos de adquirir el dominio y la posesión.

Actos jurídicos; poderes normativos; tradición

On legal powers and the distinction between legal facts and acts-in-the-law

ABSTRACT

This paper attempts to explain the notion of legal power and related notions, such as 'acto jurídico' (acts-in-the-law). The notion thus explained is then applied to ocupatio and traditio as legal forms to acquire ownership and to become possessor.

Acts-in-the-law; normative powers; traditio

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Edimburgo. Profesor asociado de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0200-9036>. Correo electrónico: fatria@derecho.uchile.cl.

Este artículo es parte del proyecto FONDECYT N° 1190014 ("Posesión y propiedad: la emergencia de la normatividad desde la facticidad"), del que el autor es investigador principal. Agradezco la colaboración de Germán Acevedo, Carlos Berner y Sofía Párvex. Agradezco también los comentarios de dos árbitros anónimos de la *Revista de Derecho* (Valdivia).

Artículo recibido el 29.12.2021 y aceptado para su publicación el 5.7.2022.

I. ACTOS JURÍDICOS, PODERES NORMATIVOS Y NULIDAD

En la manualística nacional, la noción de “acto jurídico” es construida por la vía de especificar las características de los hechos hasta llegar a ella. La especificación habitual procede más o menos del siguiente modo:

Los hechos “naturales o humanos” pueden tener o no consecuencias jurídicas. Cuando no las tienen, son “hechos materiales o irrelevantes”; cuando las tienen, son “hechos jurídicos”. Los hechos jurídicos pueden o no tener por causa la acción humana. Los primeros son “hechos jurídicos humanos” (o: voluntarios) y los segundos “hechos jurídicos naturales”. Los hechos jurídicos humanos pueden ser “consentidos o reprobados por el ordenamiento [jurídico]”, y entonces pueden ser denominados “hechos lícitos” o “hechos ilícitos”. Los hechos lícitos, por último, pueden ser actos jurídicos o hechos jurídicos voluntarios en sentido estricto¹.

Los actos jurídicos se distinguen de los hechos jurídicos en sentido estricto, conforme con la explicación tradicional, porque son realizados con la intención de producir los efectos jurídicos que el derecho les asigna. En efecto,

Para la doctrina tradicional acto jurídico es el que se realiza con el propósito o la intención de obtener un efecto jurídico... y hecho jurídico voluntario en sentido estricto es el hecho humano realizado sin el propósito o intención de obtener efectos jurídicos, los que se generan por la sola determinación de la ley, prescindiendo de la voluntad del sujeto que realiza el hecho y aún, en el caso de los hechos ilícitos, en contra de esa voluntad².

Alessandri y Somarriva dan, como ejemplo de un acto jurídico conforme con la doctrina tradicional, la ocupación:

La ocupación de una cosa de nadie, como ocurre con la pesca, es para los que siguen la doctrina tradicional, un acto jurídico, porque el que echa las redes al mar busca obtener el efecto jurídico de hacerse dueño de los peces capturados³.

Luego de constatar que conforme a otras teorizaciones la ocupación no calificaría como acto jurídico, Alessandri y Somarriva explican que la cuestión “no es bizantina, ya que las normas que rigen a los actos jurídicos no son por lo general aplicables a los

¹ ALESSANDRI *et al.*, 1998, §§1172, 1179 y 1181. Esta caracterización es estándar en la doctrina nacional y comparada. Véase, adicionalmente, VIAL DEL RÍO, 2006, pp. 14-24; DUCCI, 1995, p. 235; LEÓN, 1991, p. 8; BARCIA, 2008, pp. 19-21. Véase también TORRES, 2018, pp. 23-29. Para una discusión de la noción de acto jurídico en relación con la de “negocio jurídico”, véase VARAS, 2003, pp. 263-277.

² ALESSANDRI *et al.*, 1998, §1182-b. Análogamente, VIAL DEL RÍO, 2006, p. 24

³ ALESSANDRI *et al.*, 1998, p. 109.

hechos voluntarios en sentido estricto”⁴. Lo que ellos dicen de la ocupación puede decirse de todo acto en virtud del cual se adquiere la posesión: ¿es la adquisición de la posesión consecuencia de un *hecho jurídico* o de un *acto jurídico*? ¿Puede ser indistintamente consecuencia de uno o de otro? Antes de responder debemos tomar consciencia de la razón por la que es importante distinguir hechos de actos jurídicos, que incluye pero no queda suficientemente explicado con solo decir, como lo hacen Alessandri y Somarriva, que a unos y otros les son aplicables reglas distintas.

Para comenzar, podemos notar que hay aquí una apelación demasiado indiferenciada a la voluntad humana. En efecto, las razones por las que una persona puede realizar una acción son enormemente variadas. En *Riggs v Palmer*, el caso que Ronald Dworkin hizo famoso⁵ (y que Genaro Carrió rebautizó como “el caso del nieto apurado”⁶), el nieto que se sabía heredero testamentario de su abuelo lo asesinó para lograr la apertura de la sucesión. El problema que debió enfrentar el tribunal de Nueva York es si tenía derecho a la herencia pese a que había sido previamente condenado por el homicidio de su abuelo y en ausencia de una regla como la contenida en el artículo 968 N° 1. Podemos asumir que la acción de matar fue realizada con la intención precisa de obtener (uno de) los efectos jurídicos que el orden jurídico atribuía a la muerte del testador, es decir, abrir la sucesión. Pero es evidente que eso no lo hace un acto jurídico. Por consiguiente, la intención del agente de producir efectos jurídicos no es suficiente.

Ahora bien, lo anterior no es una objeción definitiva, porque es posible distinguir entre distintas formas de pretender producir efectos jurídicos. Pero debe advertirnos de la insuficiencia de apelar demasiado directamente a la voluntad del agente. Es claro que hay una diferencia entre matar a alguien, aun con la intención de producir (algunos de) los efectos jurídicos que se siguen de la muerte de una persona, y celebrar un contrato. Como veremos, la diferencia fundamental es que en un caso la situación jurídica de una persona cambia como consecuencia del ejercicio de un poder normativo, que implica la creación o modificación de una o más normas jurídicas, y en el otro la situación jurídica cambia no por una modificación en las normas, sino porque la acción realiza el supuesto de hecho de una norma, lo que implica consecuencias normativas. Por eso, el concepto de acto jurídico es dependiente del de poder normativo.

Esto explica una considerable diferencia entre hechos y actos jurídicos: mientras los primeros pueden ser lícitos o ilícitos, los segundos pueden ser válidos o nulos. Para el derecho el hecho culpable que causa daño a otro es tratado como un hecho que tiene consecuencias jurídicas porque realiza los hechos operativos de una regla jurídica que impone la obligación de indemnizar. Una compraventa, por su parte, tiene una dimensión adicional, porque aparece ante el derecho como un ejercicio de poderes normativos jurídicamente configurados, que entonces reclama ser *reconocido*. Las consecuencias jurídicas que se siguen de la compraventa no se siguen inmediatamente de la ocurrencia

⁴ ALESSANDRI *et al.*, 1998, §1182.

⁵ DWORKIN, 1968, después reproducido como DWORKIN, 1977, p. 23.

⁶ CARRIÓ, 2011, p. 229.

de ciertos hechos, sino del reconocimiento por el derecho de que en esos hechos hubo ejercicio de una potestad normativa. Por esto, para negar las consecuencias jurídicas de la compraventa no es necesario negar la ocurrencia de los hechos respectivos, es posible impugnar el reconocimiento de esos hechos como ejercicio de poder normativo; es posible apelar a que, pese a que en los hechos A hizo una oferta y B la aceptó, el contrato entre ellos es nulo, lo que implica: A y B ejercieron de modo defectuoso el poder normativo, y por consiguiente el derecho no reconocerá el contrato.

II. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS PODERES NORMATIVOS

La noción de poder normativo (“potestad”) es parte del esquema de W. N. Hohfeld⁷. Eso ha llevado a la teoría analítica del derecho a discutirla con especial cuidado; parte de esa discusión es relevante para nosotros ahora⁸.

Ahora bien, la reflexión acerca de poderes normativos, aunque con base en Hohfeld, encontró un punto de inflexión en la obra de H. L. A. Hart para quien, de hecho, la unión de reglas que imponen deberes y que confieren facultades es “la clave de la ciencia del derecho”⁹. La diferencia es fundamental, explicaba Hart, porque se refiere a dos diversas funciones que el derecho cumple. Una es la que se desempeña mediante la imposición de deberes: es la de “establecer y definir ciertos tipos de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes esa ley se aplica, cualquiera sean los deseos de estos”¹⁰.

La teoría del derecho ha tendido a exagerar la relevancia de esta función, en muchos casos viéndola como la función fundamental del derecho, a la que todas las demás son reducibles. Es gracias a Hart que este desbalance se ha corregido. Porque Hart vio que el derecho cumple también otra función:

Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho¹¹.

Hart llamó “secundarias” a las reglas de este segundo tipo, que confieren poderes normativos. Los poderes normativos pueden ser caracterizados inicialmente como lo hizo

⁷ HOHFELD, 1923.

⁸ Véase ATRIA, 2019, p. 61.

⁹ HART, 1963, pp. 101-102.

¹⁰ HART, 1963, p. 34.

¹¹ HART, 1963, p. 35.

Hohfeld, es decir, como medios a través de los cuales el derecho habilita a una persona para actuar de modo de producir cambios en las posiciones normativas suyas y de otros.

Esta caracterización, sin embargo, es demasiado simple, por la misma razón que se nos ha aparecido, que no permite distinguir hechos de actos jurídicos: el homicidio cometido por el nieto apurado y la celebración de un contrato modifican posiciones normativas. Una explicación más sofisticada de la noción de poder normativo, que constituye el objeto de este texto, debe dar cuenta de (a) la distinción entre poderes naturales (=de hecho) y poderes normativos, lo que implica (b) distinguir dos tipos de hechos institucionales, que llamaremos “interna” y “externamente” institucionales; armados con esa distinción, podremos volver al punto inicial para (c) distinguir entre modificar posiciones normativas mediante el ejercicio de un poder normativo y modificarlas por la realización de los hechos operativos de una regla de obligación.

La utilidad de la noción a ser explicada aquí se acreditará por referencia a la adquisición del dominio y la posesión. Aquí veremos aparecer una de las discusiones más antiguas acerca de la posesión: si es un hecho o un derecho.

1. *La distinción entre poderes naturales y normativos*

J. E. Penner, entre otros, ha destacado la importancia que, desde el punto de vista de la caracterización del derecho de propiedad, tiene la distinción entre poderes físicos y poderes normativos:

El derecho de uso exclusivo protege nuestra libertad de usar, es decir, nos protege de la interferencia de otros cuando estamos usando las cosas de las que somos propietarios. En ese sentido la propiedad protege el ejercicio de nuestros poderes naturales, nuestras capacidades físicas e intelectuales. Pero el derecho de uso exclusivo no eleva a esos poderes a la categoría de poderes normativos; ninguna norma del sistema es alterada cuando nos comemos un sándwich o cavamos en nuestro terreno. El caso es notoriamente diferente cuando miramos a nuestras capacidades sociales en relación con la propiedad... Esos poderes producen un cambio práctico en la manera en que las normas operan... Así se convierten en poderes jurídicos¹².

La diferencia relevante entre poderes “naturales” y “normativos” no radica en que solo uno de ellos es apto para producir consecuencias normativas. Un ejercicio de poderes naturales puede bien producir consecuencias normativas, pero la identificación de estos no es parte de la caracterización de ese poder. Si el dueño se come su sándwich hay consecuencias normativas (se extingue su derecho de dominio), pero si el dueño cava en su propio terreno eso en principio puede perfectamente no producir consecuencia normativa alguna. Podría por cierto producirlas, como cuando al cavar afecta la estabilidad del suelo y eso causa daños a la edificación vecina (véase, por ejemplo,

¹² PENNER, 2003, p. 76.

el art. 856 CC) o (para referirnos al caso clásico de abuso del derecho) seca el pozo del vecino¹³. Pero no necesita tenerlas para ser ejercicio de poderes naturales. La explicación de en qué consisten los poderes naturales no incluye referencia a las consecuencias normativas que su ejercicio puede, en su caso, causar. Las reglas institucionales, en las que el hecho de cavar recibe el estatus de “ejercicio de un derecho”, no *constituyen* sino *suponen* la existencia previa de los poderes naturales en cuestión (el poder de hecho de cavar). Cuando del ejercicio de poderes naturales resultan hechos institucionales, ello es porque hay reglas constitutivas que atribuyen a las consecuencias de esos ejercicios estatus institucionales. Nótese que en este caso se trata de atribución directa de estatus institucionales a la situación resultante del ejercicio del poder natural (*e.g.* dar muerte a una persona recibe el estatus institucional de “delito de) homicidio”).

Esto es precisamente distinto tratándose de poderes normativos. Ahora, las consecuencias de su ejercicio son parte de la caracterización de la potestad normativa en cuestión. Las consecuencias normativas son *internas* al poder respectivo, porque lo definen. Carece de sentido decir de la potestad normativa de disposición del dueño lo que puede decirse del poder natural de cavar: que puede ser ejercida sin consecuencias jurídicas.

2. *La distinción entre hechos “externa” e “internamente” institucionales*

La teoría del derecho conoce y ha usado con provecho la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales, y la distinción correlativa entre reglas constitutivas y reglas regulativas¹⁴. Las reglas regulativas regulan, como su nombre lo indica, determinados hechos, calificándolos de lícitos o ilícitos, ordenados, prohibidos o permitidos, etc. Un ejemplo de regla regulativa es el quinto mandamiento: “no matarás”. La regla impone directamente a sus destinatarios un deber, y permite calificar a una determinada acción como contraria al deber.

Una regla constitutiva, por otra parte, asigna a un determinado hecho bruto un estatus institucional, uno que no es reducible a las características fácticas del hecho en cuestión. Que A y B lleguen a un acuerdo acerca de algo es un hecho bruto, cuya existencia no supone la existencia previa de regla alguna. Pero que ese acuerdo tenga la significación de un contrato supone la existencia de una regla constitutiva en virtud de la cual los acuerdos logrados en tales y cuales condiciones “cuentan como” contratos. Esa regla constitutiva, entonces, impone al hecho bruto del acuerdo (en las condiciones y

¹³ JOSSERAND, 2018, p. 10.

¹⁴ Estas dos distinciones fueron formuladas por John Searle en SEARLE, 1969 y, en una versión más actualizada, SEARLE, 1995. En la teoría del derecho, véase MACCORMICK, 1973 y MACCORMICK Y WEIBERGER, 1986. Véase también RAZ, 1992 y MACCORMICK, 2007. VARAS, 2003 contiene un intento de aplicar la teoría de los actos de habla y la noción de “hecho institucional” a la clarificación del concepto de “negocio jurídico”, por referencia a la noción de “fuerza ilocucionaria” desarrollada por J. L. Austin. Comparte, así, el punto de partida de la explicación a ser desarrollada en este texto, la que sin embargo pretende introducir una distinción más fina con el objeto de explicar la relación existente entre actos jurídicos y poderes normativos.

con el contenido adecuado) el estatus institucional de “contrato”. Y ese estatus implica consecuencias institucionales: derechos, deberes, poderes, etcétera.

Esta distinción parece prestarse adecuadamente para explicar la distinción que hemos encontrado entre hechos y actos jurídicos. Un hecho jurídico como causar con culpa daño a otro sería un hecho bruto, y el artículo 2314 contendría una regla regulativa a su respecto, según la que los daños así causados han de ser imputados al agente que los causó, mientras la regla del artículo 1545 sería constitutiva, que crea la posibilidad de realizar actos que antes eran imposibilidades conceptuales. En efecto, el contrato no es posible antes de que existan reglas que, como el artículo 1545, lo definen y le atribuyen un estatus (el de fuente de las obligaciones, etc.)¹⁵.

Esto (que será denominado la “explicación simple” de la distinción entre hechos y actos jurídicos) nos sirve para avanzar, pero no es suficiente, y para explicar por qué debemos mirar con algo más de detención la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales y la distinción correlativa entre reglas regulativas y reglas constitutivas. En la formulación que le dio a esta idea John Searle, una regla constitutiva tiene la forma de “X cuenta como Y en el contexto C”: X es un hecho bruto, Y un estatus institucional, C el contexto formado por otras reglas en virtud de las cuales Y no es solo una etiqueta, un nombre, sino un estatus. Esta diferencia entre una etiqueta y un estatus institucional es importante para distinguir una regla constitutiva como “un acuerdo entre dos personas en las condiciones tales-y-cuales cuenta como contrato” del caso, discutido por Searle, de “los objetos diseñados para sentarse sobre ellos cuentan como sillas”. En este segundo caso no hay una regla constitutiva, y no hay asignación de un estatus institucional, porque

Satisfacer el término X es ya suficiente para satisfacer el término Y, solo en virtud de la definición de la palabra “silla”. La “regla” solo añade una etiqueta, y por eso no es una regla constitutiva¹⁶.

La diferencia entre una etiqueta y un estatus institucional, entonces, es que el estatus tiene consecuencias normativas al interior del sistema normativo compuesto por la regla constitutiva y otras reglas, que siguiendo a Neil MacCormick podemos llamar reglas consecuenciales y terminativas¹⁷. Las reglas consecuenciales son precisamente las que fijan el contenido del estatus institucional respectivo, indicando cuáles son sus consecuencias normativas, y las reglas terminativas son las que especifican el modo en que el estatus se termina por consumación (como los modos de extinguir las obligaciones, etc.).

Si las etiquetas se distinguen de los estatus porque estos, pero no aquellas, suponen reglas consecuenciales y terminativas, las reglas constitutivas necesitan ser parte de sistemas, no pueden existir solas. Por eso no hay hechos institucionales en lo que

¹⁵ Véase la discusión acerca del carácter institucional de las promesas y contratos en MACCORMICK Y RAZ, 1972.

¹⁶ SEARLE, 1995, p. 44.

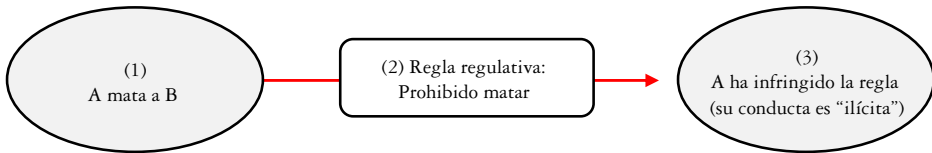
¹⁷ MACCORMICK, 1973, pp. 5-6.

Hart llamó “una estructura de reglas primarias de obligación”. Con ese término (nótese: “estructura”, no “sistema”) Hart describe un conjunto de reglas sociales cada una de las cuales impone un deber (no matar, no robar, etc.), pero “sin una legislatura, tribunales o funcionarios de ningún tipo”¹⁸.

Las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria, excepto, por supuesto, que ellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. A este respecto se parecerán a nuestras reglas de etiqueta¹⁹.

El grupo tradicionalmente (consuetudinariamente, etc.) acepta un conjunto de reglas. Cada regla impone una obligación, y esa obligación no debe nada a ninguna de las otras reglas que el grupo acepta. En virtud de cada regla, hay una acción o un conjunto de acciones que son sancionadas por el grupo. Esto se representa en la Figura N°1.

Figura N° 1. Reglas regulativas, hechos brutos



La noción de sistema normativo aparece cuando surgen reglas secundarias, que no son reglas que imponen obligaciones sino reglas que confieren facultades o, como Hart alternativamente las caracteriza²⁰, reglas que se refieren a otras reglas: reglas que especifican las condiciones para que las demás reglas del sistema sean reconocidas como formando parte del mismo (“reglas de reconocimiento”), reglas que confieren facultades a determinados funcionarios para decidir con autoridad que las reglas del sistema han sido infringidas, y entonces que una determinada consecuencia normativa es debida (“reglas de adjudicación”), y reglas que confieren a alguien facultad para crear, modificar o derogar las reglas existentes (“reglas de cambio”)²¹.

¹⁸ HART, 1963, p. 114.

¹⁹ HART, 1963, pp. 114-115.

²⁰ En relación con esta ambigüedad (y su solución), véase MACCORMICK, 1981, pp. 103-106.

²¹ Acerca del sentido de distinguir entre reglas de cambio y reglas de reconocimiento, como una condición requerida por la existencia de poderes normativos, véase ATRIA, 2020, pp. 589-592.

Aquí no nos interesa, naturalmente, hacer una exposición de la teoría del derecho de Hart, sino solo notar que la emergencia de las reglas secundarias y la noción de “sistema” jurídico implica que lo que antes eran reglas regulativas pasan a ser reglas constitutivas²². En efecto, la regla ya no es “no matarás”, sino “el que mate a otro será sancionado” y esta sanción será impuesta por un determinado órgano con competencia para ello. Que el órgano tenga competencia, aportada por una regla secundaria de adjudicación, implica que la declaración de ese órgano de que A ha cometido un delito y por consiguiente merece una determinada sanción no es puramente descriptiva, sino constitutiva de un estatus, el de “(autor de un) delito”, estatus que satisface las condiciones anteriores para ser considerado un término Y. Y entonces la regla que crea el delito de homicidio es también una regla constitutiva, porque es entendida como atribuyendo al hecho de que una persona mate a otra el estatus institucional de “delito (de homicidio)”, cuyas consecuencias las fijan otras reglas del sistema, etc. Así, con la emergencia de este segundo nivel de reglas, surgen los hechos institucionales. Esto tiene una consecuencia importante: lo que se dice respecto de matar a otro se puede decir de cualquier otra acción que se hace jurídicamente relevante. La “relevancia jurídica” de un hecho es su relevancia en el contexto de un sistema institucional, y esa relevancia implica que ese hecho contribuye a especificar las condiciones de creación, consecuencias o extinción de estatus institucionales²³.

Esta es la razón por la que la explicación simple de la distinción entre hechos y actos jurídicos no es correcta. No podemos decir, como lo hacíamos tentativamente más arriba, que la regla del artículo 2314 es una regla regulativa, precisamente porque es parte de un sistema institucional, y cumple la función de atribuir a un agente el estatus de “deudor” y a otro el de “acreedor”. Las fuentes de las obligaciones, por cierto, son un ejemplo paradigmático de reglas de las que MacCormick llamaba “institutivas”, que crean hechos institucionales. Es que es claro que las obligaciones son hechos institucionales, como lo son las categorías de acreedor, deudor, etcétera.

Por consiguiente, los hechos jurídicos son también hechos institucionales, y por eso lo que hemos llamado la “explicación simple” de la distinción entre hechos y actos jurídicos no es suficiente. Pero que los hechos jurídicos y los actos jurídicos, el hecho que causa culpablemente daño a otro y el contrato, sean ambos hechos institucionales, no debe llevarnos a ignorar las diferencias que hay entre ellos. A eso debemos atender ahora.

Porque algunos hechos institucionales son más iguales que otros. Ya hemos observado que hay hechos que son institucionales por ser, por así decirlo, producidos *al interior* de la institución, mediante el ejercicio de potestades normativas institucionalmente conferidas, y hechos institucionales que lo son porque alguna regla constitutiva les atribuye directamente, sin la mediación de poderes institucionalmente configurados, ese estatus. Así (aunque después veremos que también esto es demasiado simple), un contrato es un hecho institucional que surge al interior de la institución, en el sentido de que algo vale como contrato solo en la medida en que es reconocido como *ejercicio de*

²² Véase ATRIA, 2002, p. 22ss.

²³ Véase ATRIA, 2002, p. 17.

potestades institucionales (la potestad contractual). Pero un delito no es un hecho institucional *en el mismo sentido*, porque el delito no debe su estatus institucional al hecho de ser reconocido como ejercicio válido de una suerte de potestad delictual. Un delito es un hecho bruto (es decir, un hecho que no requiere de reglas constitutivas para existir, como matar a otro) al que las reglas institucionales le atribuyen directamente (sin la mediación de poderes institucionales) un estatus institucional.

Los hechos jurídicos son hechos a los que las reglas le atribuyen directamente un estatus institucional, creando así hechos “externamente” institucionales. A esas reglas las llamaremos “externamente constitutivas” (e-constitutivas). Los actos jurídicos, por su parte, son hechos creados mediante el ejercicio de poderes institucionalmente configurados. A las reglas constitutivas que crean hechos “internamente” institucionales las llamaremos “internamente constitutivas” (i-constitutivas).

Podríamos decir que las reglas e-constitutivas son reglas que, examinadas aisladamente, tienen las características propias de las reglas regulativas (=califican una acción que existe con independencia de la regla como “lícita” o “ilícita”), pero que devienen reglas constitutivas por ser parte de un sistema institucional. Recuérdense la distinción hartiana entre el paso de un régimen de reglas primarias de obligación a un sistema jurídico, explicado por la emergencia de reglas secundarias. El régimen de reglas primarias de obligación es un conjunto de reglas regulativas, cada una de las que existe independientemente de las demás porque respecto de cada una de ellas se satisfacen las condiciones para la existencia de reglas sociales. El surgimiento de las reglas secundarias no necesita cambiar el contenido de esas reglas primarias de obligación, pero claramente las hace hechos institucionales, porque ahora existen no porque respecto de cada una de ellas se satisfagan las condiciones para que exista como regla social, sino porque son reconocidas por la regla de reconocimiento. En este sentido detrás de cada regla e-constitutiva hay (o podría haber, en el sentido de: tiene sentido pensarlas como correspondiendo a) una regla regulativa que es transformada en un hecho institucional porque se inserta en un sistema de reglas institucionales.

Las reglas i-constitutivas, por su parte, no pueden ser analizadas de este modo. Se trata de reglas que confieren poderes para crear hechos institucionales. Esos poderes deben su existencia a la institución misma. Por tanto, no hay un equivalente regulativo para las reglas i-constitutivas.

Esta es una diferencia que aparece cuando Hart explica que la nulidad no puede ser entendida como sanción. La posibilidad de la nulidad es la marca característica de las reglas i-constitutivas. Por eso pensar las reglas que confieren poderes institucionales como reglas que imponen obligaciones sujeta a la amenaza de la sanción de la nulidad es, como correctamente dice Hart, “una fuente (y un signo) de confusión”²⁴. Tratándose de las reglas e-constitutivas, es siempre posible distinguir una regla de comportamiento de una regla de sanción, de modo que la primera puede ser analizada con independencia de la segunda. La regla de comportamiento es la que directamente califica el hecho bruto

²⁴ HART, 1963, p. 43.

respectivo de lícito o ilícito; la de sanción es la que especifica las consecuencias jurídicas de la realización de una acción ilícita. Pero cuando se trata de reglas i-constitutivas esta distinción es imposible, porque no hay una calificación directa de un hecho bruto. Hart hace esta distinción del modo más claro posible sin recurrir a la idea de hechos institucionales, todavía no disponible cuando escribió *El Concepto de Derecho*:

En el caso de las reglas del derecho penal, es lógicamente posible y podría ser deseable que hubiera tales reglas aun cuando no se amenazara con castigo u otro mal. Se puede sostener, por supuesto, que en tal caso no habría reglas jurídicas; sin embargo podemos distinguir claramente la regla que prohíbe cierta conducta, por un lado, y el establecimiento de sanciones a ser aplicadas si la regla es transgredida, por otro, y suponer que la primera existe sin la segunda... Pero no hay la posibilidad lógica de hacer tal distinción entre la regla que requiere el cumplimiento de ciertas condiciones, por ejemplo, la firma de testigos para que haya un testamento válido, y la llamada sanción de “nulidad”. En este caso, si el no cumplimiento de esta condición no trajera aparejada la nulidad, no podría decirse inteligiblemente que la regla existe sin sanciones, ni siquiera como regla no jurídica: El establecimiento de la nulidad es parte de la regla misma de este tipo, de una manera distinta a como el castigo está ligado a una regla que impone deberes²⁵.

Con esta distinción ahora podemos volver a la distinción entre hechos y actos jurídicos. Los hechos jurídicos son hechos e-institucionales, es decir, hechos brutos a los que las reglas constitutivas del derecho atribuyen directamente un estatus institucional; los actos jurídicos son hechos i-institucionales, es decir, hechos institucionales que existen en virtud de que el derecho reconoce, en los hechos brutos respectivos, el ejercicio de poderes normativos institucionalmente creados.

En la Figura N° 1 aparecía representada una regla primaria de obligación de aquellas a las que Hart se refiere. No hay hechos institucionales, no hay reglas constitutivas, solo hay una regla regulativa que califica como “ilícita” una determinada acción. Pero cuando emergen las reglas secundarias, y con ellas el sistema se institucionaliza, las antiguas reglas regulativas devienen reglas e-constitutivas, como se muestra en la Figura N° 2.

Es que ahora las reglas son parte de una realidad institucional (son válidas porque son reconocidas conforme con la regla de reconocimiento, etc.). Por consiguiente (3), en la Figura N° 2, es un hecho institucional. En la Figura N° 2, sin embargo, (3) aparece como parte de la realidad no institucional. Es que se trata de un hecho externamente institucional. Es un hecho que satisface, como (3) en la Figura N° 1, la caracterización de los hechos regulados por reglas regulativas (pueden ser caracterizados con independencia de la regla), pero que es regulado por una regla constitutiva. En ese sentido es externo a la institución, y por eso aparece en la Figura N° 2 como parte del mundo no institucional.

Ahora podemos introducir la noción de reglas i-constitutivas, y hechos i-institucionales. Esto es representado en la Figura N° 3.

²⁵ HART, 1963, p. 44.

Figura N° 2. Reglas e-constitutivas, hechos e-institucionales (hechos jurídicos)

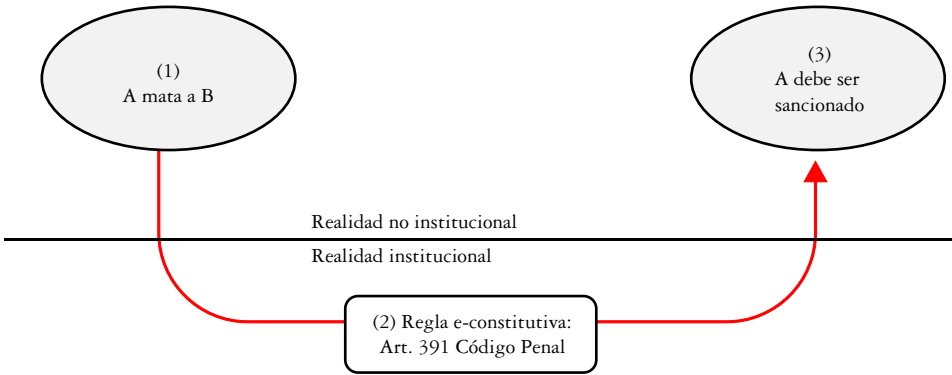
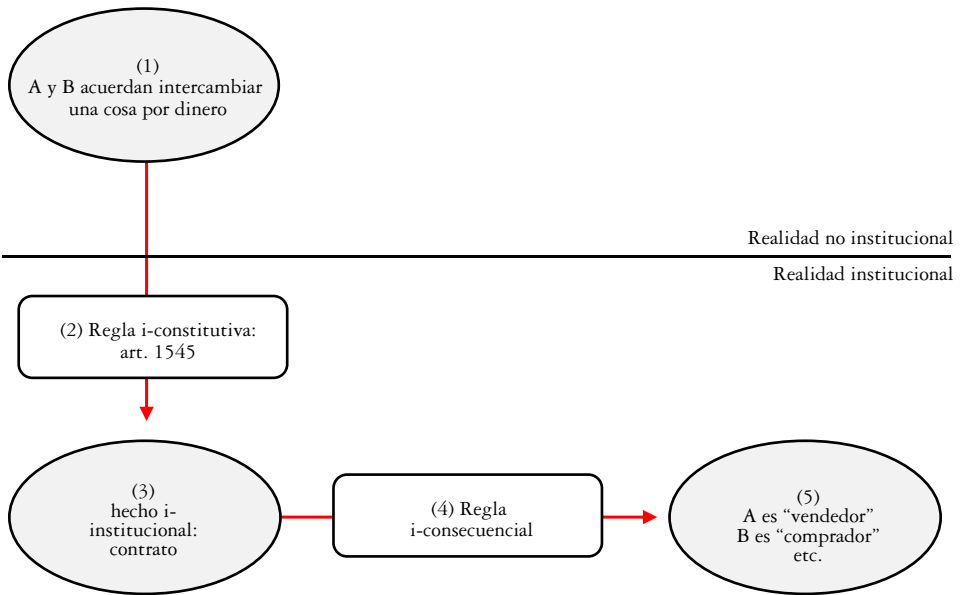


Figura N° 3. Reglas i-constitutivas, hechos i-institucionales (actos jurídicos)



Las reglas i-constitutivas le atribuyen, como las reglas e-constitutivas, un estatus institucional a un hecho bruto, pero lo hacen de un modo especial. En efecto, ellas reconocen en ese hecho, si las condiciones son las requeridas, el ejercicio de un poder normativo institucionalmente conferido. Este momento de reconocimiento (y su negación, la nulidad) es lo característico de los hechos i-institucionales (en el derecho privado, actos jurídicos).

3. *la distinción entre ejercer poderes y realizar hechos operativos de normas que imponen deberes*

Joseph Raz ha sostenido que

Uno no puede identificar un poder jurídico con la capacidad de realizar un acto que tenga consecuencias jurídicas. Esto implicaría la consecuencia paradójica de que las personas tienen poderes jurídicos para violar el derecho (¿necesitamos poderes jurídicos para eso?). Un poder jurídico solo puede ser identificado por las razones que llevan al derecho a vincular esas consecuencias jurídicas a ese acto²⁶.

Esta observación de Raz no es pacífica. Comentando este pasaje, Matthew Kramer ha sostenido que

Desde una perspectiva hohfeldiana, lo que está en juego en este extracto no es un poder para violar el derecho; es más bien un poder para cambiar ciertas posiciones normativas violando el derecho. Cada persona está por cierto habilitada para violar el derecho, y en consecuencia cada persona tiene (por definición) un poder hohfeldiano en ese respecto. No hay nada en la definición de “potestad” de Hohfeld que implique que una potestad o el ejercicio de una potestad debe ser deseable desde la perspectiva del titular de la potestad o de los funcionarios del sistema jurídico²⁷.

El concepto de potestad interpretado como lo hace Kramer niega distinciones que son jurídicamente importantes, y por consiguiente Raz tiene razón: no toda acción que modifica posiciones normativas es ejercicio de una potestad. Es la distinción entre modificar posiciones normativas mediante el ejercicio de potestades creadas por normas que confieren facultades y causar la modificación de posiciones normativas al actuar de modo de realizar los hechos operativos de reglas que imponen obligaciones. Negar esta diferencia, como lo hace Kramer, es negar la distinción hartiana fundamental entre reglas que confieren poderes y reglas que imponen deberes, con la consecuencia especialmente implausible de que la categoría que desaparece es la de reglas que imponen obligaciones, que sería absorbida por la de reglas que confieren facultades.

Y desaparece también la distinción entre hechos y actos jurídicos, que como ya hemos explicado, supone que hay actos que tienen consecuencias normativas que no son ejercicio de potestades y otros que tienen consecuencias jurídicas en virtud de ser ejercicio de potestades. Sin esta distinción no es posible entender lo especial de la nulidad. Solo los actos que son ejercicio de poderes normativos pueden ser nulos. Solo los actos, pero no los hechos jurídicos, pueden ser nulos, porque solo los actos jurídicos son ejercicio de potestades, y por consiguiente solo ellos suponen para su eficacia que ese ejercicio

²⁶ RAZ, 1994, p. 267.

²⁷ KRAMER, 2000, p. 104.

de potestades sea reconocido por el derecho como un ejercicio válido de la potestad respectiva. Y la nulidad es el des-conocimiento de ese pretendido ejercicio de potestades.

Lo anterior muestra que es importante hacer la distinción que Kramer niega, entre consecuencias jurídicas de la acción que no son ejercicio de potestades (hechos jurídicos) y consecuencias que son debidas en virtud del ejercicio de potestades normativas. ¿Cómo trazar esa distinción?

Raz afirma, en el pasaje mencionado más arriba, que la diferencia está en las razones que llevan al derecho a vincular las consecuencias con el acto respectivo:

Un acto es un ejercicio de potestades jurídicas solo si la razón para atribuirle consecuencias jurídicas es que se cree deseable habilitar a las personas para realizar ese acto como un medio de lograr esas consecuencias, si ellas así lo quieren²⁸.

La referencia a la deseabilidad de habilitar a las personas para realizar un acto como un medio para lograr determinadas consecuencias es sin embargo demasiado gruesa, porque que un acto sea un medio para lograr ciertos fines, y que ese acto sea “habilitado” por el derecho no es suficiente para distinguir poderes fácticos de poderes normativos. Una posibilidad de continuar es especificar con más detalle las razones a las que hace referencia Raz. Así lo hace, por ejemplo, Andrew Halpin, que sostiene que lo característico de las potestades es que protegen *esferas de decisión*. Esto se trata de que

El titular de la potestad tiene la capacidad o la autoridad para decidir una cuestión donde la decisión tendrá consecuencias jurídicas en la posición de otro²⁹.

La solución defendida por Raz/Halpin, sin embargo, mira demasiado a la sustancia para resolver un problema estructural. Lo que necesitamos es un criterio para diferenciar poderes naturales de poderes normativos. El ejercicio de poderes naturales también depende de decisiones de quienes tienen esos poderes, y el derecho por cierto crea un “perímetro de protección”³⁰ alrededor de ellas para proteger una esfera de decisión sobre el uso de poderes naturales. Pero como observaba Penner, esto no transforma esos poderes en poderes normativos.

Una vía alternativa³¹, que no mira las razones por las que existen reglas que confieren los pretendidos poderes sino a su modo de operación, es la defendida por Neil MacCormick:

²⁸ RAZ, 1994, p. 268.

²⁹ HALPIN, 1996, p. 140.

³⁰ HART, 1982, p. 171.

³¹ Que es una vía alternativa para solucionar el mismo problema es claro cuando MacCormick explica que si no fuera por la función que la “invocación” de la regla tiene (explicada a continuación en el texto principal), “estaríamos forzados a aceptar la extraña conclusión de que entre los poderes conferidos... por el derecho hay poder para cometer actos ilícitos” (MACCORMICK, 1981, p. 74).

¿Qué es lo que significamos cuando llamamos a todos estos poderes normativos, y no simplemente cosas que las personas pueden hacer, como hablar inglés? La clave está en que los actos que son ejercicio de poderes normativos son actos que necesaria e intrínsecamente invocan la regla de alguna manera³².

La regla necesita ser en este sentido “invocada” cuando se trata de hechos i-institucionales, porque esos hechos son el resultado del ejercicio de poderes institucionalmente configurados.

En la explicación de MacCormick la “invocación” de la regla es la diferencia específica que caracteriza, entre las acciones humanas que tienen consecuencias normativas, a los actos de ejercicio de potestades normativas, que nosotros aquí (y MacCormick³³) llamamos “actos jurídicos”. La explicación de MacCormick es superior a las anteriores porque explica algo que más tarde será importante: la idea de que las potestades son intrínsecamente normativas. Esto aparece en la explicación de MacCormick en la idea de que las potestades normativas no solo suponen reglas, sino suponen que esas reglas son invocadas por las partes que pretenden ejercer esos poderes, y que esta invocación debe ser reconocida por el derecho.

Que esos poderes sean “invocados” no es, por cierto, una cuestión psicológica o de hecho. Por eso es útil, y clarificador, invertir los términos y atender no a la invocación de los poderes, sino al hecho de que esa invocación debe ser reconocida por el derecho. Un poder normativo es ejercido mediante un acto que se realiza en la medida en que es reconocido por el derecho como un acto de ejercicio del poder en cuestión.

Nótese que no puede decirse lo mismo de los poderes naturales, incluso cuando su ejercicio tiene consecuencias jurídicas: el poder de cavar se realiza materialmente, y esa realización no depende de que sea reconocido por el derecho (sin perjuicio de que el hecho de cavar o el socavón resultante pueden ser el supuesto de hecho de alguna regla jurídica). Como ha observado MacCormick, esto significa que

Si el contrato [por el cual A vende un predio a B] es válido, A por cierto tendrá la obligación de transferir la propiedad a B cuando corresponda. La regla que exige el cumplimiento de las obligaciones en este caso exigirá a A que ejerza su poder para transferir la propiedad a B. Y por cierto A podrá ser sancionado si no cumple el contrato. Pero la sanción será por incumplimiento de contrato, no por infringir las reglas sobre la transferencia del dominio³⁴.

El derecho reconoce un acto de ejercicio de poderes normativos cuando el ejercicio del poder ha sido *regular*, es decir, cuando se ha sujetado a las condiciones que el propio derecho fija para su ejercicio y ulterior reconocimiento. Cuando el poder es ejercido

³² MACCORMICK, 1981, p. 73.

³³ MACCORMICK, 1981, p. 104.

³⁴ MACCORMICK, 1981, pp. 85-86.

de modo irregular, el derecho puede reconocerlo parcialmente (es decir, reconocer solo algunos de sus efectos como en el caso del art. 1688, o solo respecto de ciertas personas, como en el caso del art. 1905, etc.) o simplemente desconocerlo.

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

Por eso es acertada la observación de Hart de que la nulidad no puede ser entendida como sanción. La nulidad no es algo que se añade a las reglas que confieren poderes para proveer a los agentes de “incentivos” para actuar conforme con las reglas: es simplemente la contracara del hecho de que los poderes normativos solo “cuentan como” ejercidos cuando el derecho reconoce su ejercicio, lo que “necesaria e intrínsecamente” (MacCormick) implica la posibilidad de des-conocerlos cuando han sido ejercidos de modo imperfecto.

III. LA UTILIDAD DEL ANÁLISIS ANTERIOR: OCUPACIÓN Y TRADICIÓN

Hemos visto que Alessandri y Somarriva usan la ocupación para mostrar la relevancia de distinguir entre hechos y actos jurídicos. La ocupación es el apoderamiento de una cosa que carece de dueño con ánimo de hacerse del dominio. Para la teoría tradicional, que define a los actos jurídicos como hechos voluntarios y lícitos, realizados con la finalidad de obtener efectos jurídicos, la ocupación sería un acto jurídico (ignoremos por ahora que el apoderamiento de una cosa ajena sería por cierto ilícito), “porque el que echa las redes al mar busca obtener el efecto jurídico de hacerse dueño de los peces capturados”³⁵. Con la misma lógica habría que decir que el homicidio cometido por el nieto apurado de Carrió es también un acto jurídico, pues es realizado con la finalidad de abrir la sucesión.

Las consideraciones anteriores, espero, son suficientes para mostrar el error de este criterio: es un criterio que confunde hechos externamente institucionales y hechos internamente institucionales, y por eso no puede hacer la segunda de las distinciones necesarias para entender la noción de poder normativo, la distinción entre efectos jurídicos que son consecuencia del ejercicio de poderes normativos y efectos jurídicos que

³⁵ ALESSANDRI *et al.*, 1998, §1182-b.

son consecuencia de la realización de los hechos operativos de una regla de comportamiento, y así niega la distinción entre reglas que imponen deberes y reglas que confieren poderes. El asesinato cometido por el nieto apurado es un ejercicio de poderes naturales cuya realización se espera (por el agente) que realice el supuesto de hecho de la norma que especifica el momento en que se abre la sucesión. Y como no es un ejercicio de un poder normativo, en términos de MacCormick diríamos que el nieto al cometer el asesinato no “invoca” norma alguna o, en la inversión que hemos preferido más arriba, que no reclama reconocimiento alguno por el derecho. Y como no reclama reconocimiento alguno por el derecho, el derecho no puede desconocerlo. Esto quiere decir, por cierto, que la distinción válido/nulo no se aplica al homicidio del testador, y que no se trata entonces de un acto jurídico.

Ahora podemos dar un paso importante en la explicación: la distinción entre hechos y actos jurídicos no está en los hechos mismos sino en la interpretación jurídica del significado de los hechos. La dicotomía se encuentra en el nivel del sentido (las interpretaciones), no en el nivel del acontecer. No es que *lo que ha acontecido* ha de ser o un hecho o un acto jurídico, porque lo que ha acontecido puede ser tratado como hecho o como acto. Es que al tratarlo como hecho se le está negando su dimensión como acto y viceversa.

Así, el delito de estafa supone la realización de un contrato y la subsiguiente disposición patrimonial, que cuando se trata de transferir el dominio es civilmente una tradición. Tanto el contrato como la tradición son para el derecho civil actos jurídicos, es decir, suponen el ejercicio exitoso de poderes normativos. Como son actos jurídicos, admiten ser calificados de válidos o nulos. La nulidad declarada del contrato opera con efecto retroactivo (art. 1687), lo que quiere decir que, en tanto acto jurídico, es decir en tanto hecho i-institucional, el contrato nunca existió. Pero esto no implica negar que en tanto hecho jurídico, como un acuerdo entre dos individuos con una determinada finalidad, el contrato o la tradición efectivamente ocurrieron, y el delito para el que el contrato fue un medio no desaparece al declararse la nulidad civil del contrato. Es decir, al mirar los hechos que acontecieron la distinción hecho/acto jurídico no aparece. Ella solo aparece al momento de interpretar esos hechos, ya como la realización de los hechos operativos de una regla de conducta (como la que prohíbe la estafa), ya como ejercicio de una potestad normativa.

Volvamos ahora a la ocupación, donde también aparece esta posibilidad de que el mismo hecho bruto sea interpretado por reglas e-constitutivas y por reglas i-constitutivas. El que se apodera de una cosa que no tiene dueño ejerce, por una parte, un poder natural de apoderamiento: en virtud del ejercicio de ese poder natural, la cosa es ahora detentada por el apoderador con ánimo de dueño. La consecuencia del apoderamiento es que el apoderador detenta materialmente la cosa con ánimo de dueño y, por tanto, en virtud de una regla e-constitutiva (art. 700), es poseedor. La posesión del apoderador es entonces un hecho e-institucional, que genera por ciertas consecuencias jurídicas, pero que no es el resultado del ejercicio de poderes normativos. Pero adicionalmente la ocupación es un modo de adquirir el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie (art. 606), y esto sí es ejercicio de un poder normativo, porque sí requiere ser reconocido

por el derecho. El que ocupa una cosa “invoca” su poder normativo de hacerse dueño mediante la ocupación, y a esta invocación corresponde el reconocimiento del derecho de que ahora es dueño. Si las condiciones de la ocupación como modo de adquirir no se satisfacen, la ocupación en tanto modo de adquirir el dominio será desconocida por el derecho, y el apoderador no se hará dueño en virtud de la ocupación.

Así, el que se apodera con ánimo de hacerse el dominio de una cosa que parece perdida adquiere la posesión de esa cosa, porque ha ejercido el poder natural de apoderamiento. Pero su pretensión de ser dueño por ocupación no es reconocida por el derecho, porque las cosas que parecen perdidas no pueden adquirirse por ocupación³⁶.

Lo mismo vale para la tradición. Debido a la incomparablemente mayor importancia dogmática y práctica de la tradición, conviene sin embargo repasar el argumento con detención, como una manera de terminar de mostrar la relevancia del análisis de los poderes normativos desarrollado aquí.

Como la ocupación, la tradición también se realiza mediante el ejercicio de un poder natural, que en este caso es el de entregar la cosa, “significando una de las partes a la otra que le transfiere y el dominio”. Nótese cómo la idea maccormickeana de “invocación” del poder normativo es aquí explícita. Como ya lo hemos visto en general, esta invocación debe ser reconocida por el derecho, y eso ocurrirá cuando el poder normativo haya sido ejercido regularmente, conforme con las reglas que lo configuran. Estas reglas están en los artículos 672-679. La infracción de esas reglas implica la nulidad de la tradición, es decir, implica el desconocimiento de la transferencia del dominio que las partes intentaron hacer.

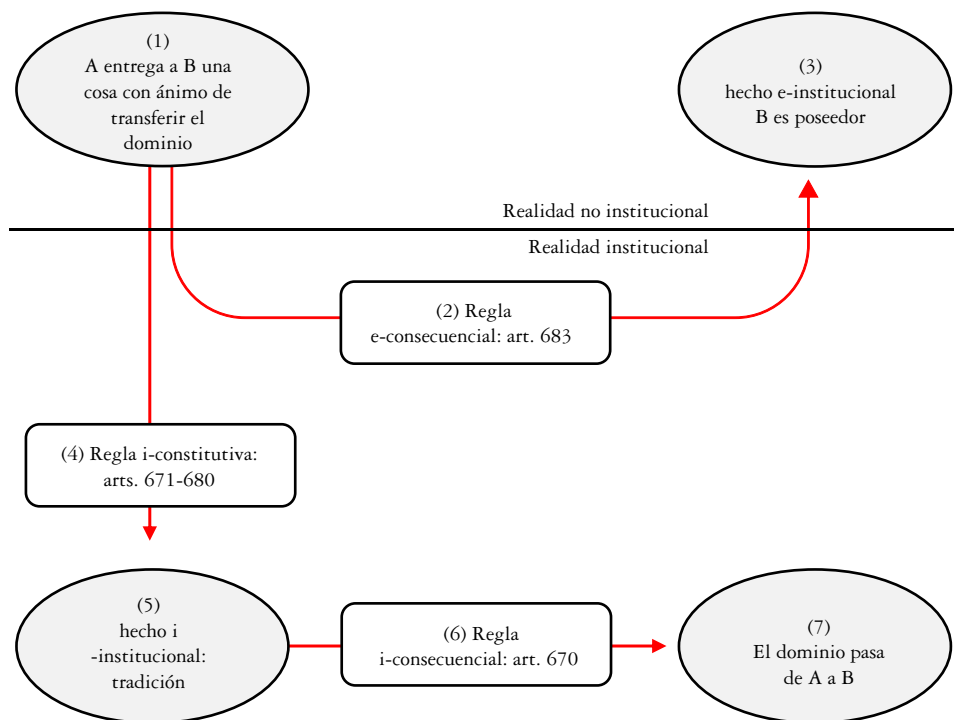
Pero lo anterior no niega que los hechos naturales mediante los cuales el poder se ha intentado ejercer se han realizado. Es decir, la nulidad de la tradición no quiere decir que no ha habido entrega material de la cosa, que la cosa ha dejado de estar en poder del tradente y está ahora en poder del adquirente. La pregunta es qué efecto jurídico tiene este hecho. La respuesta está en el artículo 683:

Art. 683. La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho.

Nótese que esta regla no se refiere al efecto de la tradición en la transferencia del dominio, sino a su efecto posesorio. Como la posesión es un hecho, lo que tiene efectos posesorios no es el ejercicio de una potestad jurídica, sino un hecho jurídico. Y cuando este hecho ha ocurrido, con el resultado de que ahora la cosa dejó de estar en manos del tradente y está en poder del adquirente, quien la detenta con ánimo de dueño, el adquirente es poseedor en virtud de la regla e-constitutiva del artículo 700 y de su corolario (véase el antepenúltimo párrafo del *Mensaje* del Código Civil), el artículo 683. Todo esto es graficado en la Figura N° 4.

³⁶ ATRIA, 2017.

Figura N° 4. Reglas i-constitutivas y e-constitutivas, respecto del mismo hecho



Las observaciones anteriores permiten explicar diferenciadamente los efectos de la tradición. Suele decirse que ella tendría tres efectos: (1) la transferencia del dominio del tradente al adquirente (art. 670), si el tradente es dueño; (2) la transferencia de todos los derechos reales transferibles que el tradente tenga sobre la cosa (art. 682) y (3) la adquisición por el adquirente de la posesión (art. 683)³⁷. Estos tres efectos se producirían desde el momento en que se entiende hecha la tradición, con independencia de la forma en que la tradición se realiza³⁸. Si el argumento desarrollado más arriba es correcto, esto no es así. Los efectos (1) y (2) más arriba son consecuencias de la tradición como hecho i-institucional, y pueden ser propiamente considerados efectos de la tradición. Pero el (3) no es uno de los efectos de la tradición. En esto Luis Claro Solar acierta:

³⁷ Así lo explica CORRAL, 2020, pp. 311, 316-318.

³⁸ “En los casos de entrega simbólica, la posesión se adquirirá desde el momento en que se entienda hecha la entrega, aunque no haya habido aún aprehensión material de la cosa, ya que desde ese momento la cosa pasa a estar bajo el control del adquirente” (CORRAL, 2020, p. 317). Los casos de entrega simbólica son precisamente casos en que no hay (todavía) entrega material, por lo que el momento en que ocurren es anterior al momento en que el adquirente se hace fácticamente con el poder sobre la cosa.

El adquirente no adquiere la posesión de la cosa, objeto de la tradición, por medio de la tradición; no sucede al tradente en la posesión de la cosa en virtud de la tradición; sino que la adquiere en virtud de su acto unilateral de apropiación que elimina la posesión actual del tradente, si este estaba en posesión de la cosa al transferírsela, o la posesión del verdadero poseedor si el tradente no era poseedor de ella. La expresión “da” es impropia: la tradición del que no es dueño, no da nada, porque no es tradición; *coloca* únicamente al adquirente en situación de adquirir la posesión de la cosa y el derecho de prescribir el dominio, de que el tradente carecía, o de adquirir el dominio, aun antes de que la prescripción se realice, si el tradente, que no era dueño, al tiempo de efectuar la tradición, adquiere después el dominio caso, este último, en que el adquirente habría adquirido el dominio desde el momento de la tradición. No es, pues, la tradición la que da al adquirente el derecho de ganar por prescripción el dominio, que no pudo darle la tradición, sino la posesión que adquiere el adquirente al tomar la cosa con intención de adquirir el dominio³⁹.

Solo hay un punto que corregir en este agudo pasaje de Claro Solar: el derecho de ganar el dominio por prescripción el adquirente lo recibe no de la tradición, porque es e-consecuencia de la regla e-constitutiva del artículo 700; pero el derecho a hacerse dueño de la cosa si el tradente adquiere el dominio después de la tradición (art. 682 inc. 2º) es una i-consecuencia de la regla i-constitutiva del artículo 684.

Como el adquirente no adquiere la posesión en virtud de la tradición, no es la tradición lo que lo hace poseedor: es la entrega con ánimo de transferir el dominio ((1) en la Figura Nº 4). Esa es una de las maneras de realizar la tradición, llamada “real”. ¿Qué ocurre con las formas no reales, simbólicas, de tradición? La respuesta es la de Peñailillo:

En tal caso, el adquirente, si bien tiene el ánimo de dueño porque recibió en tradición, no tendrá posesión, porque le faltará el elemento tenencia (*corpus*). Sería la situación de alguien que vende una cosa ajena, nunca la ha gobernado, efectúa el comprador la tradición simbólica, por ej., mostrándosela, conforme con el artículo 684, y luego de dos años el adquirente pretendiendo que la ganó por prescripción e intenta reivindicarla contra el dueño, quien, a todo esto, no tiene noticias de la maniobra porque él nunca ha sido turbado en la posesión de su objeto⁴⁰.

IV. CONCLUSIÓN

Este artículo pretende haber hecho una contribución a la discusión de los poderes jurídicos y a su integración dentro de una teoría institucional del derecho, es decir, una teoría que mira al derecho como hechos institucionales. Para eso, la distinción hecho

³⁹ CLARO SOLAR, 1979, p. 252, §728.

⁴⁰ PEÑAILILLO, 2019, p. 752.

bruto/hecho institucional, que constituye el punto de partida de una teoría de ese tipo, se muestra como demasiado simple. Los poderes normativos suponen distinguir distintos tipos de hechos institucionales, consecuencia de distintos tipos de reglas constitutivas. Hay reglas que atribuyen directamente un estatus institucional a hechos brutos y otras que crean poderes para crear hechos institucionales. Esta diferenciación es necesaria para poder explicar por qué los contratos y los testamentos pueden ser nulos, pero no los homicidios ni las estafas.

La distinción sirve también para arrojar luz acerca de la naturaleza de la posesión como un hecho. Esto es importante porque, en la larga discusión dogmática de esta noción, la importancia de la facticidad de la posesión queda a veces oculta bajo fórmulas eclécticas del tipo “la posesión es un hecho que es tratada como un derecho” u otras similares. Esta fórmula es correcta, pero para usarla sin que oculte la importancia de que sea un hecho hay que introducir un instrumental conceptual que permita diferenciar un hecho tratado como si fuera un derecho sin serlo y un hecho que es tratado como un derecho porque lo es. Este artículo ha pretendido contribuir a desarrollar parte de ese instrumental.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, A., M. SOMARRIVA Y A. VODANOVIC, 1998: *Tratado de los Derechos Reales*, volumen 1, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ATRIA, F., 2002: *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing.
- ATRIA, F., 2017: “Sobre el título en la posesión, las cosas al parecer perdidas y la ocupación”, en Schopf, A. y J. C. Marín (eds), *Libro homenaje a Enrique Barros. Lo público y lo privado en el derecho*, Santiago, Thomson Reuters.
- ATRIA, F., 2019: “La posesión y la emergencia de la normatividad desde la facticidad”, en Pereira, E. (ed): *Fundamentos Filosóficos del derecho Civil Chileno*, Santiago, Rubicón.
- ATRIA, F., 2020: “Una réplica para seguir conversando”, en Gallego, J. (ed): *El Derecho y sus Construcciones. Diálogos con La Forma del Derecho de Fernando Atria*, Lima, Palestra.
- BARCIA, R., 2008: *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del acto jurídico*, volumen 1. Del acto jurídico, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CARRIÓ, G., 2011: “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, en *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Lexis Nexis; ed.orig. 1970.
- CLARO SOLAR, L., 1979: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, volumen 3.7. De los bienes, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CORRAL, H., 2020: *Curso de Derecho Civil. Bienes*, Santiago, Legal Publishing.
- DUCCI, C., 1995: *Derecho Civil: Parte General*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile.
- DWORKIN, R. M., 1968: “Is Law a System of Rules?”, en Summers (ed): *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Blackwell.
- DWORKIN, R. M., 1977: “The model of rules (I)”, en Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press.
- HALPIN, A., 1996: “The concept of a legal power”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 16 N° 1, pp. 129-152.
- HART, H. L. A., 1963: *El Concepto de Derecho* (trad. de G Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

- HART, H. L. A., 1982: "Bentham on legal rights", en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press.
- HOHFELD, W. N., 1923: "Fundamental legal conceptions I", en Cooke, W. W. (ed): *Fundamental Legal Conceptions and Other Essays*, New Haven, CT, Yale University Press; ed.orig. 1913.
- JOSSERAND, L., 2018: "Relatividad y abuso de los derechos", en *Del Abuso de los Derechos y Otros Ensayos*, Santiago, Temis/Ediciones Olejnik.
- KRAMER, M., 2000: "Rights without Trimmings", en Kramer, M., N. E. Simmonds y H. Steiner, *A Debate on Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- LEÓN, A., 1991: *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MACCORMICK, D. N., 1973: *Law as institutional fact*, volúmen 52, Edinburgh, University of Edinburgh.
- MACCORMICK, D. N., 1981: *H L A Hart*, Stanford, CA, Stanford University Press.
- MACCORMICK, D. N., 2007: *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- MACCORMICK, D. N. Y J. RAZ, 1972: "Voluntary Obligations and Normative Powers", en Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes, volúmen 46 N° 59-102. <http://www.jstor.org/stable/4106798>
- MACCORMICK, D. N. y O. WEIBERGER, 1986: *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, D. Reidel; ed.orig. 1986.
- PEÑAILILLO, D., 2019: *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, Santiago, Thomson Reuters.
- PENNER, J., 2003: *The Idea of Property in Law*, Oxford, Oxford University Press.
- RAZ, J., 1992: *Practical Reason and Norms* (trad. de J Ruiz Manero), Princeton, Princeton University Press; ed.orig. 1975.
- RAZ, J., 1994: "Legal rights", en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press.
- SEARLE, J., 1969: *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SEARLE, J., 1995: *The Construction of Social Reality*, London, Allen Lane; The Penguin Press.
- TORRES, A., 2018: *Acto Jurídico*, volúmen i, Lima, Jurista Editores.
- VARAS, J. A., 2003: "El negocio jurídico como acto de lenguaje", en *Actualidad Jurídica*, volúmen 7 N° 263-292. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/el-negocio-juridico-como-acto-de-lenguaje/>
- VIAL DEL RÍO, V., 2006: *Teoría General del Acto Jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.