

EL FRAUDE INMOBILIARIO EN CHILE

Mg. Marco Antonio Sepúlveda Larroucau

Profesor de Derecho Civil de la Universidad Central de Chile, del Magíster en Derecho Privado de la Universidad de Talca y del Diplomado en Derecho Inmobiliario de la Universidad Austral de Chile
Socio de Sepúlveda, Escudero & Cía. Ltda. - Abogados

Mario Saquel Olivares¹

Abogado Auditor del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, ex profesor de Informática Jurídica y Metodología de la Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil - Ecuador

RESUMEN

I.- El fraude inmobiliario. II.- Estado del fraude registral inmobiliario en Chile. III.- Situación jurídica del sub adquirente de buena fe.

ABSTRACT

I.- The real state fraud. II.- Registration status in Chile of the real state fraud. III.- Legal status of the sub good faith acquirer.

¹ Las opiniones emitidas por Mario Saquel Olivares en este trabajo, tanto jurídicas como de hecho, son personales y no indican necesariamente que sean aquellas que adoptan los Conservadores de Santiago, los que en sus funciones no emiten juicios anticipados de ninguna especie sino en los casos particulares que deben resolver.

I.- EL FRAUDE INMOBILIARIO.

El Registro Inmobiliario, modernamente, ha ido cobrando creciente importancia en el combate del delito, especialmente en materia de blanqueo de capitales, figura íntimamente vinculada a otros delitos, tales como el narcotráfico y el terrorismo. Sin embargo, paradójicamente, el Registro también puede ser y es víctima directa o indirecta del delito; así ocurre, por ejemplo, en el caso de la figura genérica denominada “*fraude inmobiliario*”, cuyos contornos necesitan de alguna precisión.

En efecto, tal como lo advierte el profesor chileno de Derecho Penal Rodrigo Zegers Reyes, “*la expresión ‘fraude inmobiliario’ es muy amplia y puede aludir a varias conductas punibles*”, señalando a modo de ejemplo las siguientes: las hipótesis de estafa de los artículos 468 o 473 del Código Penal, siempre y cuando su objeto material sea un inmueble, el tipo especial del artículo 470 n° 9 del mismo código², los casos de falsificación de escrituras públicas de los artículos 193 y siguientes de dicho cuerpo legal, y la situación del artículo 9° del Decreto Ley N° 2.695 de 1979³, que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña

² Art 470 n° 9 del Código Penal: “*Las penas del artículo 467 se aplicarán también: (...) 9° Al que, con ánimo de defraudar, con o sin representación de persona natural o jurídica dedicada al rubro inmobiliario o de la construcción, suscribiere o hiciera suscribir contrato de promesa de compraventa de inmueble dedicado a la vivienda, local comercial u oficina, sin cumplir con las exigencias establecidas por el artículo 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, siempre que se produzca un perjuicio patrimonial*”.

³ Artículo 9° del Decreto Ley N° 2.695 de 1979: “*El que maliciosamente obtuviere el reconocimiento de la calidad de poseedor regular de acuerdo con el procedimiento establecido en la presente ley, será sancionado con las penas del artículo 473 del Código Penal*” (inciso 1°). “*Se presumirá el dolo cuando el interesado tuviere, en la fecha de presentación de su solicitud, la calidad de arrendatario o mero tenedor o haya reconocido dominio ajeno mediante un acto o contrato escrito*” (inciso 2°). “*Si como consecuencia de lo señalado en el inciso primero se interpusiere acción penal, y ésta fuera acogida, el tribunal ordenará que se cancele la inscripción de que tratan los artículos 13 y 14*” (inciso 3°). “*Si falleciere el procesado antes de existir sentencia firme, sin perjuicio del sobreseimiento definitivo que corresponda, si no hubiere demanda civil, el querellante podrá solicitar por vía incidental al tribunal de la causa la cancelación de la inscripción a que se refiere el inciso anterior en el plazo de sesenta días contados desde la muerte de aquél, debiendo emplazarse a los herederos mediante tres avisos publicados en un diario o periódico de circulación provincial, a su costa, entre cada uno de los cuales deben mediar a lo menos diez días, para que expongan lo que crean conveniente a sus derechos. En su rebeldía, el tribunal realizará de oficio todas las diligencias que estimare necesarias para decidir si ordena o no la cancelación impetrada o resolverá de plano si hubiere mérito para ello. Si en la causa criminal hubiere demanda civil, o en ella se hubiera interpuesto independientemente, se proseguirá conforme a las normas generales contra los respectivos herederos*” (inciso 4°).

propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella⁴. Se trata de una materia tan extensa como diversa en sus formas de presentación.

A nosotros, evidentemente, nos interesa aquel fraude que tiene contacto con el Registro Inmobiliario, por lo que nos guiaremos por la siguiente aproximación conceptual formulada por Mario Saquel Olivares: *“En el ámbito registral, el fraude inmobiliario consiste en aquel engaño o defraudación que tiene por objeto lograr la disposición ilegítima y fraudulenta de derechos inscritos sobre inmuebles propios o ajenos. Es menester que esta forma de fraude cuente con la intervención del respectivo Registro Inmobiliario, el que mediante engaño urdido por el o los autores del ilícito, altera la realidad jurídica de sus propios registros con el mérito de antecedentes falsos proporcionados para el efecto”*.

Por su parte, Marco Antonio Sepúlveda Larroucau agrega que, *“en el caso chileno, al tener su inscripción carácter constitutivo de la mutación jurídico real⁵, literalmente, para efectos de consumarse tal fraude inmobiliario es indispensable lograr la intervención del Registro Inmobiliario. No es posible disponer del inmueble sin que medie la respectiva inscripción”*.

En las páginas siguientes trataremos dos temas vinculados con el fraude inmobiliario:

1.- El estado de la situación en Chile, lo que nos llevará a desnudar ciertas falencias de nuestro sistema, lo cual no puede ser eludido en un congreso académico internacional, donde debe primar la honestidad por sobre aquellos esfuerzos entusiastas por resaltar las bondades del sistema registral de cada país.

Lo anterior, en caso alguno, significa desmerecer los innegables beneficios jurídicos, económicos y sociales que ha venido brindando al país el sistema registral desde mediados del siglo XIX.

⁴ Zegers Reyes, Rodrigo; Fraude inmobiliario; Fojas; Revista de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral; edición n° 28; julio 2011; <http://fojas.conservadores.cl>

En relación con el delito de obtención maliciosa de la calidad de poseedor regular, se pueden consultar algunas sentencias en Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio; El D.L. N° 2.695 ante la jurisprudencia; Editorial Metropolitana; 2011; 3ª edición; p.p. 71 a 82.

⁵ Artículo 686 del Código Civil: *“Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador”* (inciso 1°). *“De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca”* (inciso 2°). *“Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería”* (inciso 3°).

En el último tiempo, una de las principales figuras delictivas que ha pretendido acceder al Registro, logrando hacerlo en algunos casos, es la falsificación de instrumentos públicos⁶, especialmente, pero no exclusivamente, vía la simulación total o forjamiento del título inscribible. Sin duda, toda falsificación de cierta relevancia jurídica de un instrumento en la que deba intervenir un funcionario público en su calidad de tal, afecta gravemente la confianza en la fe pública y en la seguridad del tráfico jurídico; con mayor razón si logra acceder al Registro de la Propiedad.

Como sostiene Marco Antonio Sepúlveda Larroucau, “*en lo anterior, evidentemente, no hay responsabilidad del Notario (la escritura pública, entre nosotros, es la principal antesala del Registro de la Propiedad), quien no ha intervenido realmente de manera alguna en tal forjamiento; en cambio, tratándose del Registrador de la Propiedad (‘Conservador de Bienes Raíces’ en Chile), dependerá de si empleó o no el estándar de diligencia que se espera de un ministro de fe y profesional del Registro de la Propiedad*”⁷. Más dudosa será la ausencia de responsabilidad de este último funcionario si la falsificación recae directamente en un asiento registral (nuestro sistema es de folio personal).

En cambio, tratándose del Notario, además de otras figuras imprudentes en las que pueda incurrir este ministro de fe, es distinta la situación de la falsedad instrumental derivada de la identidad de los otorgantes de la escritura pública, especialmente en cuanto a sus nombres y apellidos, toda vez que constituye la más importante calificación a que está

⁶ Por ejemplo, entre nosotros hay autores que, no obstante reconocer que el concepto de falsificación es amplio, distinguen: “1) la falsificación propiamente tal, que consiste en la creación completa de un instrumento que en realidad no existe; 2) la falsedad material, que se produce cuando, existiendo verdaderamente un documento, se altera su contenido material, mediante adiciones o enmiendas, y 3) la falsedad intelectual o falta de autenticidad, que consiste en ser falsos los hechos declarados o certificados por el funcionario” (Vodanovic H.; Antonio; Curso de Derecho Civil. Los bienes y los derechos reales. Explicaciones basadas en las clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic H.; Editorial Nascimento; Santiago - Chile; 1974; 3ª edición; p. 466).

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 9 de mayo de 2008 (rol n° 467 - 2008): “*Constituye fundamentalmente el delito de falsificación de instrumento público la alteración de la verdad en términos de dar al instrumento un aspecto verdadero, susceptible de inducir a error su autenticidad; y esto ocurre no solo cuando se le adultera en parte, sino también cuando se le crea o forja en su totalidad. No es dable sostener que, para que pueda configurarse el delito del artículo 193 n° 2 del Código Penal, sea indispensable que exista previamente un instrumento verdadero*”.

⁷ No cabe la menor duda de que la falsedad del título que se presenta al Registro debe ser idónea para engañar, es decir, para aprobar la calificación del Conservador; y esto ocurre en la medida que en su forma o apariencia tenga las características exigidas por la ley.

obligado el Notario; se trata de la base principal en la cual la escritura pública asienta su autenticidad”.

Lo anterior, desde antiguo, es aquello que se denomina como la “*fe de conocimiento*” o como, bien se señala en una Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de España (17 de julio de 2006), “*el conocimiento, como juicio de ciencia es más que una cuestión de notoriedad, que un hecho, más que de fe de conocimiento es más adecuado hablar de juicio de identidad*”⁸.

2.- La situación jurídica del sub adquirente de buena fe.

Dos aspectos fundamentales a considerar en esta materia, son:

a.- Nuestra Constitución Política garantiza expresamente, en su artículo 19 n° 24 inciso 1°, “*el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales*”.

b.- Nuestra legislación no consagra expresamente el denominado principio de la “*fe pública registral*”. Esto nos llevará a analizar la situación del sub adquirente en el ordenamiento jurídico chileno prescindiendo de aquella creencia de que la publicidad registral tiende necesariamente a la seguridad estática del derecho subjetivo y no solo a la seguridad dinámica del tráfico, por lo que no sería correcto contraponer la seguridad del tráfico con la seguridad del derecho. Dicho lo mismo de otro modo: la seguridad del tráfico llevaría consigo, según esta creencia, la seguridad de los derechos subjetivos que se apoyan en la seguridad del tráfico y en la publicidad registral.

Si existe una situación en que brutalmente choca la seguridad estática con la dinámica es, precisamente, en el caso de la simulación total o forjamiento de un título que accede al Registro de la Propiedad y posteriormente se transfiere el derecho a un tercer adquirente de buena fe. Sostener lo contrario no sería más que un síntoma evidente de miopía jurídica.

Finalmente, cabe advertir al lector de este trabajo que ambos autores hemos colaborado de común acuerdo y que desde un principio aceptamos que no habría plena coincidencia en todos los temas a tratar. Sin embargo, ello no necesariamente se traduce en discrepancias o en posturas irreconciliables; muchas veces, más bien, no pasan de dudas o aprehensiones. Nos parece que ello, más que desmerecer este trabajo, lo enriquece.

⁸ Rivas Martínez, Juan José; Falsedad documental; apuntes del XIII curso CADRI (2013).

II.- ESTADO DEL FRAUDE REGISTRAL INMOBILIARIO EN CHILE.

El fraude registral inmobiliario, principalmente, persigue inducir a un error al Registrador de la Propiedad para que éste actúe a rogativa de un requirente, en base a títulos falsificados que alteran la realidad consignada en sus registros, con el objeto de obtener certificaciones que lo acrediten como titular de algún derecho real sobre un bien raíz que no le pertenece o, bien, extinguir gravámenes o prohibiciones que afecten a los mismos y que permitan su libre disposición.

Lo anterior no es ajeno a Chile, donde es posible apreciar que normalmente el objetivo de quien urde el fraude, es apropiarse de un inmueble que no le pertenece o, lo que es más común, percibir el dinero que paga el comprador en la creencia de que lo adquiere de su legítimo dueño. O convencer a alguien o a una institución para que le otorgue un mutuo con la garantía de un bien raíz inscrito fraudulentamente en el Registro. Por último, también se da el caso de aquel que mediante documentación pública u oficial falsa logra que el Conservador de Bienes Raíces cancele las trabas que pesan sobre el inmueble, permitiendo su enajenación en perjuicio de sus acreedores.

Tratándose de la forma documental más habitual de ingreso al Registro, la escritura pública, el Conservador se ve enfrentado a un grave problema: no dispone de una herramienta oficial que indique quienes son o han sido notarios y durante qué período.

Hubo una época en que los nombramientos de notarios eran publicados en el Diario Oficial de la República de Chile; sin embargo, dicha práctica se discontinuó por razones presupuestarias. Hoy los nombramientos son publicados en el sitio web del Ministerio de Justicia y no precisamente en el día en que este hecho ocurre, sino con bastante desfase. Pueden pasar varios días para obtener una respuesta oficial respecto de las fechas entre las cuales ejerció el cargo de Notario una persona en particular.

La situación se agrava cuando se trata de saber si un notario suplente o interino ejerció el cargo, ya que estos nombramientos quedan registrados en decretos individuales de la respectiva Corte de Apelaciones y no gozan de un tratamiento de información pública y sistematizada que debe estar oportuna y permanentemente a disposición de todos.

Se trata de una información que el Estado posee y en él recae la obligación de mantener un registro actualizado y de fácil acceso, lo que no ocurre en nuestra realidad. En

consecuencia, el control de autenticidad que expresamente exigen los artículos 13 y 62 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, queda entregado a las herramientas que cada Conservador pueda implementar para tal efecto, con la consabida dosis de inseguridad que esto trae consigo.

Dada la situación descrita, sumado a la carencia de tecnologías de seguridad incorporadas por ley a la escritura pública que hagan imposible o muy difícil su imitación, la única forma de tener plena certeza si una copia de ella es genuina, sería contrastando su tenor con el original que debe encontrarse en el libro protocolo del Notario que la otorgó, lo que resulta impracticable y contrario al más elemental sentido común.

Lamentablemente, a pesar de la lucha en el mundo entero contra las imitaciones y falsificaciones, y a las tecnologías desarrolladas con tal propósito, no se conoce en nuestro país esfuerzo ni preocupación oficial de ningún tipo en esta materia.

- **Modalidades más frecuentes que se han utilizado en Chile para obtener del Conservador la alteración de la realidad jurídica que debe reflejar su Registro**

Estas modalidades han sido dos:

1.- La alteración directa por terceros de los libros notariales o registrales, insertando maliciosamente escrituras o inscripciones falsas, reemplazando otras verdaderas, al permitirse la lectura y manipulación directa de los mismos. En el caso del Registro Inmobiliario, esta debilidad del sistema se ha ido corrigiendo vía la utilización de índices y copias digitales.

2.- La simulación total de un instrumento público, cuya prevención aún no cuenta con sistemas y, soluciones jurídicas y tecnológicas adecuadas. Necesariamente debe tratarse de un documento forjado que formal y estructuralmente tenga una apariencia de veracidad y verosimilitud. Por lo tanto, es menester que induzca a error sobre su autenticidad.

Según datos proporcionados por el Departamento de Auditoría del Conservador de Bienes Raíces de Santiago en el mes de agosto de 2014, las falsificaciones instrumentales detectadas por este Conservador alcanzaron al cero coma cero doce por ciento el 2012, cero coma cero quince por ciento el 2013 y al cero coma cero veintinueve por ciento en lo que va corrido del año 2014. El total de inscripciones del Registro de la Propiedad de estos tres años

suman trescientas cuarenta y dos mil ciento diecisiete y los casos denunciados sumaron sesenta y uno. Lo anterior demuestra un peligroso incremento, estimándose una baja en su ocurrencia para el resto del 2014 debido a las medidas de contención que se han adoptado por el referido Conservador y por el Archivero Judicial de Santiago.

- **Un caso especial: la simulación total de un instrumento público.**

El aumento del flagelo de la delincuencia que atenta contra la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, por un lado, se explica por la infinidad de tecnologías documentales disponibles en el mercado y, por otro, por la falta de adopción oportuna y permanente de medidas tendientes a combatirla. Es posible incrustar sucesivas capas de datos en un documento virtual y posteriormente imprimirlas en papel para que membretes, sellos, firmas y demás elementos de un documento físico sean duplicados exactamente a sus originales. La posibilidad de detectar esta manipulación queda muy lejos de la vista humana.

Este fenómeno aparece con mayor notoriedad en grandes ciudades como Santiago (esta ciudad con una población sobre los siete millones), que con una gran actividad económica inmobiliaria, acceso al crédito con relativa facilidad, acceso a las tecnologías de la información, etcétera; crean un ambiente propicio para la proliferación de esta clase de delitos.

Lo que venimos exponiendo se describe de la siguiente manera en una sentencia de la Corte Suprema dictada en un recurso de protección, de 13 de noviembre de 2008 (rol n° 3.229 - 2008): *“Resulta acreditado con la debida suficiencia en sede de investigación abreviada que, mediante la actividad artificiosa de terceros se forjó un documento en que se hizo constar la venta de un inmueble de propiedad de la parte recurrente, atribuyéndole la calidad de escritura pública, en circunstancia que de tal solo tenía las apariencias, puesto que la ministro de fe que figuraba autorizándola niega haberlo hecho y en su oficio no existe registro alguno que respalde su otorgamiento; no obstante lo cual, al amparo de la exterioridad engañosa de dicho instrumento, se inscribió la transferencia de que daba cuenta - ignorado por el supuesto vendedor - en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces. La actuación contraria a derecho que se ha dejado en evidencia ha vulnerado el derecho de propiedad de la parte recurrente sobre la finca, pues, junto con radicarlo en el patrimonio del*

supuesto comprador, canceló la inscripción de dominio que en relación al mismo inmueble obraba a favor de aquélla en el registro correspondiente al Conservador de Bienes Raíces”.

Es cierto que un instrumento público simulado contendrá la mayoría de las veces declaraciones falsas, pero lo relevante es su origen.

Mario Saquel Olivares, basándose en lo dispuesto en los artículos 1443, 1444, 1701 inciso 1° y 1801 inciso 2° del Código Civil⁹, afirma que *“una simulación de una escritura pública en la que se dice que se transfiere un inmueble, no es en ningún sentido un documento que contenga un acto jurídico a pesar que sus declaraciones tengan ese sentido. Es la propia ley la que se encarga de negarse a leer o asumir su contenido declarativo, ya que por el solo hecho de no haber sido otorgada conforme a derecho quedan sin efecto alguno sus declaraciones y no produce el efecto jurídico buscado por el autor de la falsedad.*

Para nuestro ordenamiento jurídico importa poco si dicho documento fue realmente suscrito y firmado por los que aparecen otorgándolo, o si la voluntad de éstos era precisamente producir los efectos jurídicos que allí se consignaban. Con mayor razón si es una simulación fraudulenta. La sola ausencia de las solemnidades que imperativamente impone la ley niega todo valor jurídico a dicho documento simulado por cuanto dichas disposiciones legales han sido impuestas con carácter de orden público y a este respecto nadie puede alegar error de derecho.

⁹ Artículo 1443 del Código Civil: *“El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.*

Artículo 1444 del Código Civil: *“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.*

Artículo 1701 inciso 1° del Código Civil: *“La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno”.*

Artículo 1801 inciso 2° del Código Civil: *“La venta de los bienes raíces, servidumbre y censos, y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública”.*

Basta con constatar el hecho de no existir dicho documento en el protocolo de un ministro de fe y que éste niegue haberlo otorgado para que dicho documento no pase a ser más que una prueba material de un hecho.

De acuerdo con los artículos citados, por el solo hecho de no constar en un registro público y no haber sido otorgado dicho documento por funcionario competente, este documento o supuesto acto o contrato debe entenderse como ‘no ejecutado o celebrado’ y no tendrá efecto alguno. Es inexistente no solo respecto de quién no intervino en el acto o contrato sino respecto de cualquier persona, interesada o no, por cuanto no se encuentra en ningún protocolo público, hecho que trae consigo la sanción de ‘no haberse ejecutado’.

Parece lógico que el legislador haya tomado este camino para sancionar este tipo de actos (recurrir a la ficción de inexistencia legal) ya que con ello resuelve el problema de concederle validez provisional y valor vinculante a tal acto como sería el caso de la nulidad absoluta”¹⁰.

- **Actuación del Conservador de Bienes Raíces.**

La misión del Registrador chileno no solo se deduce de la legislación que le es aplicable, sino que, en algunos casos, es posible encontrar cierta jurisprudencia orientadora al respecto. En general, es bastante aceptado que el Registrador chileno tiene por misión lo siguiente:

1.- La inscripción de los títulos mencionados en el Título V del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

¹⁰ En relación con lo expresado por Mario Saquel Olivares, Marco Antonio Sepúlveda Larroucau comenta que “tal criterio no parece ser el generalmente aceptado por nuestra jurisprudencia, según lo demuestra una sentencia de la Corte Suprema, de 25 de mayo de 2011 (rol n° 8.950 - 2009). No obstante demandarse la inexistencia, y solo en subsidio la nulidad absoluta, de una escritura pública de compraventa íntegramente forjada, se acogió la acción nulidad de este documento. Incluso, lo que resulta más llamativo es que el 3° Juzgado Civil de Santiago, no obstante haberse demandado en lo principal la inexistencia, caratuló el expediente como nulidad absoluta, lo que no sufrió alteración alguna en la Corte de Apelaciones de Santiago y en la Corte Suprema.

Por otra parte, el artículo 2453 del Código Civil, a propósito de un caso falsificación instrumental, dispone lo siguiente: ‘Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados, y en general por dolo o violencia’.

2.- “Poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales”, según lo señala el Mensaje del Código Civil.

3.- La seguridad jurídica registral, esto es, “*que los derechos y obligaciones adquieran la certeza, certidumbre y publicidad necesarias para lograr la estabilidad social y, consecuentemente, precaver eventuales litigios de orden patrimonial; por lo mismo es que se reconoce la continuidad en sus registros, debiendo éstos representar la real situación que les afecta*”¹¹.

Por lo tanto, advirtiendo el Conservador que la copia del título presentado para su registro es una escritura pública falsificada¹², no solamente se rehusará a efectuar cualquier asiento registral con ella, sino que denunciará el acto sin excepción alguna. En cambio, si el Conservador, empleando la debida diligencia, no logra advertirlo y practica el respectivo asiento registral, la situación es más delicada.

A continuación pasaremos a relatar paso a paso cómo se ha ido perfilando una nueva conducta de los conservadores que tiene que ver con la forma y alcances de su actuación como tales, frente al problema de los instrumentos públicos totalmente simulados que han circulado y que se han sometido a tratamiento registral, sin conocerse su origen falsario y antijurídico.

Hasta hace unos pocos años atrás, el Conservador devolvía el título al requirente una vez practicada la actuación pertinente, lo que encontraba como fundamento el hecho de que eran los propios ministros de fe los encargados de la custodia permanente de los protocolos con los originales de las escrituras públicas, debiendo éstos mantenerlos a disposición del público, estando obligados a exhibirlos y otorgar certificaciones sobre su existencia.

Lo anterior provocaba que, al momento de enterarse el Conservador que había practicado una actuación registral con la copia de una escritura pública simulada o inexistente, no tenía como establecer la veracidad de estos hechos, subsistiendo la duda razonable de haber cometido un error de individualización del título, con lo cual se creaba la incertidumbre de la existencia real del mismo.

Con la ayuda de la tecnología y para evitar este manto de niebla sobre la existencia real del instrumento usado por el Conservador para practicar el asiento registral, se comenzó a

¹¹ Corte Suprema, 15 de noviembre de 2007 (rol n° 2.911 - 2006).

¹² Mario Saquel Olivares estima más propio hablar de “*escritura pública inexistente o simulada*”.

digitalizar cada título ingresado a trámite, tarea posible ahora debido a las grandes capacidades de almacenamiento digital¹³.

Con esta herramienta el Conservador estuvo en condiciones de examinar en cualquier momento el título con que practicó sus actuaciones y de verificar su real existencia en el protocolo del Notario o ministro de fe autorizante. Al tomar conocimiento el Conservador de haber practicado actuaciones ilegales con título inexistente, se encontró en posición de adquirir convicción sobre su propio proceder al haber sido víctima de engaño, y requerir las certificaciones pertinentes como prueba del ilícito.

Junto con poner en conocimiento de la justicia penal el hecho del engaño de que fue objeto y de sus consecuencias registrales (en general, el despojo de la propiedad inscrita legítimamente a nombre de un titular), optó por la publicidad de este hecho al margen de las inscripciones obtenidas de esta forma. En efecto, en estos casos se publica la circunstancia de haberse denunciado el hecho en sede penal y de la inexistencia del título que dio origen a la inscripción en el protocolo del ministro de fe respectivo, agregando como cartel o antecedente adjunto el certificado de éste del mismo tenor.

Hecho lo anterior queda en evidencia pública que la inscripción conservatoria practicada adolece de un vicio. Pero aún así hay quienes sostienen que pueden seguir haciendo circular dicho inmueble a pesar de la publicidad que afecta a la inscripción.

Fue así que en un acto inédito en la historia registral chilena, se informó a la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁴, superior jerárquico del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, el criterio jurídico de calificación registral que se adoptaría en estos casos, y se solicitó su aprobación u observaciones para proceder de la manera propuesta. En síntesis, se propuso:

1.- No otorgar certificaciones que puedan inducir a error a terceros sobre derechos que versen sobre la o las inscripciones fraudulentamente obtenidas mediante estos títulos forjados

¹³ *“Los parámetros de vencibilidad se están ampliando notablemente en virtud de los mayores deberes de comprobación de los que están siendo destinatarios los Notarios. En resumidas cuentas: se aprecia una tendencia a considerar que los Notarios pueden y deben vencer, cada vez en mayor medida, el error al que les inducen los particulares cuando realizan manifestaciones mendaces”* (Mejías, Carlos A., profesor auxiliar de la Facultad de Derecho de La Habana, Cuba; Falsedad y falsificación en documentos notariales; marzo de 2010; https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100505_02.pdf). Esto, a nuestro juicio, también es aplicable a los registradores.

¹⁴ Informe Corte de Apelaciones de Santiago; Pleno; 2029 - 2012.

y simulados. En estos casos el Conservador podrá otorgar una copia simple de dicha inscripción como prueba del hecho material registrado en sus protocolos.

2.- No dar curso a transferencias de derechos de ninguna especie que digan relación con inscripciones que contengan las notas de publicidad acerca de la denuncia formulada en este caso, y de la inexistencia del título presentado a inscripción en el protocolo del Notario respectivo.

3.- Respecto de los terceros adquirentes afectados por el engaño, el Conservador no da curso a sus requerimientos de transferencias a menos que la justicia así lo disponga, congelando los efectos viciosos derivados de la falsificación.

Todo lo anterior es sin perjuicio de las resoluciones judiciales que los tribunales de justicia emitan con respecto de los casos que conozcan.

Con esta actitud frente al problema de la simulación total de instrumentos públicos, el Conservador de Bienes Raíces de Santiago ha logrado, en la medida que toma conocimiento del hecho fraudulento, ya sea por denuncia u otro medio responsable, dar la debida publicidad del mismo para inhibir el tráfico jurídico de inmuebles inscritos con títulos que no existen. El Registro aporta una prueba calificada de este hecho basada en la certificación del ministro de fe que asegura no existir el título en sus protocolos, dejando al descubierto y a la vista de todos el vicio que afecta a la inscripción conservatoria practicada.

El Conservador practica la denuncia correspondiente a la justicia o a sus agentes y se niega a dar curso a certificaciones o actos registrales que versen sobre inscripciones practicadas con títulos inexistentes, puesto que así lo ha constatado personalmente. De no hacerlo estaría comprometiendo su responsabilidad penal, al menos en calidad de encubridor del delito cometido por un tercero.

El Conservador de Santiago ha circunscrito este modo de actuar solo al caso en que el título por él calificado anteriormente no exista, no siendo aplicable la misma en cualquier otro caso de falsedad o falsificación donde no tiene competencia para actuar por cuanto la falsedad no puede constatarse solamente con el título presentado. Según Mario Saquel Olivares, *“al parecer estaríamos llegando a la conclusión de que el Registrador si es competente para calificar la autenticidad de un título, no solamente al analizar un requerimiento específico sino en cualquier momento que la circunstancia lo requiera y esto en virtud a que su misión consiste en mantener la historia fidedigna y real de la propiedad raíz.*

Se desprende que hay fundadas razones para adherir a la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos cuando estamos frente a una escritura pública simulada. Al decir de Pablo Rodríguez Grez, estaríamos en presencia de una inexistencia por tratarse de un acto tentado o incompleto, cuyos textos ya los hemos mencionado en este trabajo y que no ofrece duda alguna sobre su interpretación que es imposible de eludir¹⁵.

Por lo anterior es dable aplicar a los instrumentos públicos falsificados el tratamiento de inexistentes jurídicamente y por ende sus efectos serán diversos a los efectos de un acto jurídico nulo. La inexistencia solo hay que constatarla para que el supuesto acto jurídico no pueda producir efecto alguno.

Creemos que al ser constatada por el Conservador la inexistencia del título que tuvo a la vista para practicar una inscripción de dominio, la inscripción misma no tiene valor alguno y pierde toda su eficacia y apariencia de tal al momento de constatarse y publicitarse tal hecho.

Un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 18 de noviembre de 2011 (rol n° 5.168 - 2010), recoge la tesis de la inexistencia, en el cual se pronuncia, precisamente, respecto de una escritura pública falsificada presentada al Conservador de Bienes Raíces de Santiago. Entre sus considerandos destacamos: ‘El tema de la inexistencia se focaliza nada más en ciertos eventos intolerables a un común standard de razonabilidad. Constituye un topos jurídico en el que el absurdo es incompatible con el derecho, premisa que reconoce como doble fundamento: que toda regulación jurídica está destinada al bien común, y que para ser tal no puede rebasar el piso de la ética social. Lo uno y lo otro va de la mano con una lógica que, por definición, no compatibiliza con la sinrazón.

¹⁵ “Pretender aplicar las normas de la nulidad a los casos de inexistencia envuelve una contradicción que implica un salto lógico sin asidero alguno. La validez es una virtualidad de lo que existe y para entrar a considerarla es previo que aquello que ata o vincula jurídicamente exista. Aplicar el estatuto de la nulidad a los actos inexistentes equivale a sostener que no obliga aquello que no existe (...), lo cual implica desconocer algo tan elemental como que solo puede obligar aquello que existe (...). Esta afirmación encierra, creemos nosotros, el mejor argumento para descalificar a quienes piensan que la nulidad sirve para regular los actos inexistentes. Más aún, la nulidad pone fin a la validez provisional o presuntiva del acto jurídico. Mientras la sentencia de nulidad no se pronuncia, el acto produce todos sus efectos, y los derechos y obligaciones que éste crea, modifica o extingue deben cumplirse del modo que las partes lo previeron. Si el acto inexistente no genera efecto alguno ab initio, originariamente, no tiene sentido alguno su declaración de nulidad, puesto que no puede suspenderse una validez provisional de la cual el acto carece. Es absurdo, entonces, confundir nulidad e inexistencia, ya que el objeto y fin de la primera no puede alcanzar de manera alguna a la segunda” (Rodríguez Grez, Pablo; Inexistencia y nulidad en el Código Civil Chileno; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2011; 1ª edición; p. 43).

Con ello comienza a vislumbrarse una línea divisora entre la estructura del acto o contrato, por una parte, y su función, por la otra. Cuando hablamos de un acto o contrato que pugna absoluta y abiertamente con la razón o la lógica, pensamos en el elemento estructural.

En suma, a fin de minimizar, hasta donde sea posible, una imprecisión conceptual engendrada de confusiones, lo que aquí interesa dejar en claro es que no llega a estructurarse como tal el supuesto acto o contrato al que de acuerdo con el propio sentido común y un mínimo estándar de lógica se achaca total ausencia de voluntad, de causa, de objeto o de solemnidad, en su caso, pues en tanto cuanto institución del derecho los requiere esencialmente. Es un aborto. Nada más un hecho.

De cuanto analizado en este capítulo I. fluye que las daciones en pago en permanente referencia están totalmente faltas de consentimiento, de objeto y de causa, consecuencia de lo cual es que no tengan existencia jurídica, por cuanto a la luz del artículo 1682 del estatuto privatístico, esos tres elementos constituyen presupuestos de nacimiento o existencia de una obligación

Tampoco han podido conocer la realidad en la medida que no han dado cumplimiento a lo que la ley les demanda como solemnidad, a saber, la escritura pública ante notario.

Ergo, la Corte asumirá la tesis de la inexistencia de los negocios en estudio’.

El Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, en su artículo 92 dispone que ‘el Conservador no hará cancelación alguna de oficio’. Luego, sin llegar a cancelar una inscripción fraudulentamente obtenida del modo ya descrito precedentemente, la publicidad otorgada a estos casos por el propio Conservador tendrá por objeto advertir a terceros sobre los vicios que pesan sobre dicha inscripción de dominio, la cual no podrá dar lugar a una transferencia posterior; en efecto dicha inscripción se entenderá que no puede constituir derecho alguno sobre el inmueble y permitirá al Conservador actuar como si nunca se hubiese practicado”.

Sin embargo, existe un caso en que el Conservador se abstiene de actuar en la forma indicada, esto es cuando se ha transferido el inmueble a un tercero antes de haberse practicado las notas de publicidad a las que se ha hecho referencia, es decir, antes de haber tomado conocimiento el Conservador del engaño y haber practicado las notas que advierten la falsificación y su denuncia a la justicia. En este caso el Conservador ha replicado dichas notas en aquellas inscripciones sucesivas practicadas con título otorgado conforme a la ley; sin

embargo, no otorga certificaciones de ninguna especie ni da lugar a transferencias a la espera de que sea la justicia la que determine y resuelva la contienda entre los sub adquirentes de buena fe y el titular registral que fue víctima de la falsificación. En general, los tribunales han resuelto en la mayoría de los casos dejar sin efecto la inscripción fraudulentamente obtenida y las sucesivas inscripciones derivadas de transferencias posteriores a partir del título espurio.

En relación con este último caso, a Marco Antonio Sepúlveda Larroucau se le presentan ciertas dudas en virtud de lo siguiente: *“la ausencia de normas que faculten expresamente al Conservador para realizar tal procedimiento en nuestro sistema de folio personal, sumado al principio de rogación que prevalece en el país en materia registral y al rol pasivo que muy erradamente le han asignado diversos fallos judiciales y autores nacionales a los conservadores en la constitución de la propiedad raíz, interpretación que en algunas ocasiones parece ofrecer mucha comodidad a algunos de ellos, y a lo que en el capítulo III se dirá respecto del sub adquirente de buena fe. En el marco actual de nuestro ordenamiento jurídico, ¿no estaría más acorde con él obtener por la vía judicial una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos respecto del inmueble? Además, en el caso de la negativa a emitir certificaciones, choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 50 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces: ‘Es obligado el Conservador a dar cuantas copias y certificados se le pidan judicial o extrajudicialmente, acerca de lo que consta o no consta de sus Registros’. Y, conforme a la norma de interpretación del artículo 23, ubicado en el Título Preliminar del Código Civil, ‘lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación’.*

Se requiere con urgencia que el legislador venga a llenar este vacío legal y que, mientras esto no ocurra, que los superiores jerárquicos de los conservadores, notarios y archiveros judiciales (la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones) instruyan la implementación de diversas medidas que tiendan a aumentar la seguridad en el tráfico jurídico, incluyendo auditorías a los oficios.

Al no existir un procedimiento establecido por ley para que el Registro pueda hacer frente a la falsificación instrumental, especialmente en el caso en que pueden resultar afectados terceros de buena fe, parece ser que el deber de vigilancia de sus registros por parte de los conservadores (a nuestro entender el arancel que paga el requirente de una inscripción no solo cubre esta actuación, sino también la permanente vigilancia de la

inscripción practicada) estará en permanente tensión con una serie de derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico reconoce a los terceros adquirentes de buena fe. Paradójicamente, el Derecho Registral adjetivo podría entrar en conflicto con el Derecho Registral sustantivo.

En cambio, resulta evidente que la actuación del Conservador de Bienes Raíces de Santiago respecto de la inscripción obtenida con el título forjado no admite dudas. En este caso el Conservador, incluso, se puede amparar en el artículo 88 inciso 1° del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, el cual constituye una de las calificadas excepciones que contempla el ordenamiento jurídico al principio de rogación: ‘La rectificación de errores, omisiones o cualquiera otra modificación equivalente que el Conservador, de oficio o a petición de parte, tuviere que hacer conforme al título inscrito, será objeto de una subinscripción; y se verificará en el margen de la derecha de la inscripción respectiva, al frente de la designación modificada’.

- **Medidas que se han adoptado en Chile para contrarrestar el efecto de las falsificaciones instrumentales.**

Algunas de ellas son las siguientes:

1.- Siguiendo las explicaciones de Mario Saquel Olivares, en el caso del Conservador de Bienes Raíces de Santiago se han implementado las siguientes medidas:

a.- El 2005 se crea un Departamento de Auditoría, dirigido por un abogado encargado de la investigación de estos casos al interior del oficio y su denuncia. La labor de este Departamento incluye la de otorgar a los órganos jurisdiccionales, policías y a las víctimas toda la información necesaria para la correcta y exitosa investigación de estos ilícitos, en orden a lograr en el más breve plazo la restauración de los derechos afectados y la persecución civil y penal de las responsabilidades correspondientes.

b.- Creación de una unidad encargada de poblar y mantener actualizada una base de datos de notarios y notarías, que permite contar con los datos necesarios para su contacto y consulta en caso de dudas acerca del otorgamiento de algún instrumento público en particular.

c.- Creación de un sistema de correo electrónico automático que permite notificar a todos los notarios del país acerca del ingreso a trámite al Conservador de todos los instrumentos

públicos otorgados por los primeros, en orden a permitir que se verifiquen los respectivos repertorios y se le notifique de inconsistencias que puedan obedecer a una posible inexistencia de los instrumentos recibidos en el Conservador de Bienes Raíces de Santiago. Este sistema ha permitido la detección temprana de una apreciable cantidad de casos, pero no siempre ha sido oportuno para ser eficaz dentro de los términos de tramitación del Conservador.

d.- Desde el mes de agosto de 2011 se ha iniciado el escáner o copia digital de toda escritura pública y documentos asociados que ingresan al Conservador, incluyendo la solicitud del requirente y su número único asociado a la correspondiente inscripción o subinscripción, el que es dato público al margen de cada inscripción practicada en los registros. Con esta información, de la cual no se disponía por cuanto la ley da por suficiente la custodia del título por los propios notarios y archiveros judiciales, puede lograrse la certeza de la inexistencia del título presentado cuando se contrasta con los protocolos respectivos.

e.- El estudio casuístico del problema descrito precedentemente ha dado lugar a una sistematización del prototipo criminal de la simulación de instrumentos públicos, habiéndose generado un documento que describe elementos de forma y de fondo que permite encasillar a un instrumento público como sospechoso de falsificación.

f.- El Conservador se encuentra en proceso de digitalización de todas sus inscripciones, logrando embovedar sus registros con máxima seguridad y, así, evitando la manipulación de los mismos en forma directa por el público que los consulta.

2.- El Archivo Judicial de Santiago ha incorporado hologramas de seguridad en sus copias y certificaciones, con lo cual ha cesado el forjamiento o simulación total de escrituras públicas provenientes de ese ministro de fe con técnicas de fotocopiado y manipulación digital, ya que dicho holograma no puede fotocopiarse ni desprenderse del papel sin ser destruido¹⁶.

A este respecto, por ejemplo, es imperativo que se incorporen a las escrituras públicas y certificaciones emitidas por ministros de fe elementos de seguridad que dificulten su

¹⁶ Tales medidas, no obstante celebrarse por Marco Antonio Sepúlveda Larroucau, en su opinión, “*ponen de manifiesto un problema de nuestro sistema registral inmobiliario: la ausencia de medidas eficientes y coordinadas implementadas integralmente por todos los conservadores y notarios, tanto en materia de fraude inmobiliario como en otras materias vinculadas a la operación del sistema, lo que necesariamente, entre otras cosas, requiere de esfuerzos permanentes de análisis y estudio de medidas tendientes al perfeccionamiento de nuestro sistema registral inmobiliario. No exige totalmente de ello, al menos ante los ciudadanos, la falta de obligatoriedad en la colegiatura que impera en nuestro país. Al ciudadano lo único que le interesa es que, sin excusas, el Registro ampare los derechos inscritos a cambio de un arancel que han pagado para su vigilancia*”.

falsificación o simulación total, tales como hologramas, perforado, papel y tinta de seguridad, individualización digital, firma electrónica, etcétera.

III.- SITUACIÓN JURÍDICA DEL SUB ADQUIRENTE DE BUENA FE.

El presente capítulo solo refleja la opinión de Marco Antonio Sepúlveda Larroucau acerca de la situación jurídica del sub adquirente, ya que en esta materia existe una discrepancia de fondo con Mario Saquel Olivares, cuya opinión se indicará al final y que guarda directa relación con todo aquello que él mismo ha expuesto en el capítulo anterior.

Por sub adquirente¹⁷ nos referimos a aquel tercero que adquiere de buena fe y en virtud de un justo título de quien, a su vez, ha adquirido mediante antecedentes falsos provocando la cancelación de la inscripción a nombre del dueño del inmueble (en realidad es un primer sub adquirente, ya que los adquirentes posteriores a él también deben ser considerados sub adquirentes). Dada la naturaleza constitutiva de la inscripción chilena, para que ello ocurra es menester que primero se practique una inscripción a nombre del adquirente y, luego, a nombre del sub adquirente.

La pregunta obvia es ¿qué adquiere el sub adquirente? Por de pronto, conforme a las normas de la tradición, no adquiere el dominio; así lo confirma el artículo 682 inciso 1° del Código Civil: *“Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada”*. Y el artículo siguiente agrega: *“La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho a ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho”*.

Por lo tanto, queda a salvo, al menos por un tiempo, el derecho del verdadero dueño. Esta idea se ve fuertemente reforzada por la Constitución Política, la cual en su artículo 19 n°

¹⁷ Hemos utilizado la expresión “*sub adquirente*” por cuanto es más frecuente en nuestro Derecho Civil, no obstante que desde la perspectiva de nuestra lengua española pareciera más correcto referirse a un “*post adquirente*”.

24¹⁸ “asegura a todas las personas” (...) “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales” (inciso 1°). En sus incisos 2° y 3° agrega lo siguiente: “Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social. Ésta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental” (inciso 2°). “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales” (inciso 3°).

No cabe duda alguna de que en la Constitución Política de 1980 el derecho de propiedad se vio fortalecido. No es de extrañar la actitud del Constituyente, habida consideración de los cuestionamientos ideológicos y atropellos de que venía siendo objeto tal derecho, lo que llegó a límites intolerables en el Gobierno del Presidente Salvador Allende Gossens (1970 - 1973). Afortunadamente, parece indiscutible que hoy en día en la sociedad chilena el dominio es un derecho que culturalmente tiene amplio arraigo; se trata del pilar fundamental sobre el cual descansa el Derecho Patrimonial desde mediados del siglo XIX y nuestra economía de mercado, cuyas bases comienzan a perfilarse a mediados de la década de los 70 del siglo XX, estableciéndose definitivamente nuestro orden público económico en la citada Carta Fundamental.

Lo que se viene señalando, también, ha tenido amplio y sólido reconocimiento jurisprudencial; así por ejemplo, en una sentencia de la Corte Suprema de 28 de septiembre de 2010 (rol n° 1.018 - 09), se ha dicho lo siguiente: “Protección del derecho de propiedad.

¹⁸ Este número tiene once incisos, lo que demuestra la especial preocupación que el Constituyente de 1980 tuvo por el derecho de propiedad. El n° 25, además, se ocupa de las propiedades intelectual e industrial.

También, se debe tener presente que a las garantías contempladas en el artículo 19 de la Constitución Política, el derecho de propiedad entre ellas, se les brinda una protección adicional en el n° 26 del mismo artículo, ya que se garantiza a todas las personas: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que la limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Desarrollando este aspecto es que se hace la diferencia, puesto que son conceptos diferentes, entre requisitos, obligaciones, restricciones y limitaciones por una parte y la privación por la otra. Se indica de manera perentoria que ‘nadie’, ninguna persona, podrá ser privado de su propiedad, del bien sobre el cual recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio y se remarca que ‘en ningún caso’, de manera absoluta. Esta norma imperativa expresa, para privar definitivamente de todo o parte de la titularidad del derecho de dominio, del bien sobre el que se ejerce ese derecho, o de cualquiera de los atributos o facultades esenciales del dominio, solo puede realizarse mediante su expropiación, la que requiere de una ley general o especial, que se sustente en alguna de las causales previstas por la Carta Fundamental y calificada por el legislador. Como, además, ajustarse a los términos de la indemnización y toma de la posesión material previsto por el mismo texto constitucional. En el derecho nacional, conforme a esta normativa, no existe otra forma de privar a una persona de la propiedad, con la reserva del comiso, caso que no corresponde a una excepción por su ilegítima adquisición.

La Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Chile, promulgada y publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991¹⁹, en su artículo 21, en lo pertinente, dispone: ‘Derecho a la propiedad privada:

- 1) Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar al uso y goce al interés social.*
- 2) Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*

Se puede observar la compatibilidad de conceptos entre la norma interna y la internacional, pero ambas proscriben la privación de la propiedad sin indemnización”²⁰.

En cambio, si podemos afirmar que el sub adquirente de buena fe entra en posesión regular del inmueble, según lo confirma el artículo 702 del Código Civil: “La posesión puede

¹⁹ Artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

²⁰ Citada en Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio; op. cit.; p.p. 116 y 117.

ser regular o irregular” (inciso 1º)²¹. “Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede por consiguiente ser poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular²²” (inciso 2º). “Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición” (inciso 3º)²³. “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 inscripción del título” (inciso 4º). Y esta posesión, al tenor de lo dispuesto en los artículos 2507 y 2508 del Código Civil, habilita para adquirir el dominio de los bienes raíces por prescripción ordinaria al cabo de cinco años²⁴.

²¹ *“En la clasificación y denominaciones de la posesión se ha apartado el Código de la tradición romana y española y de los Códigos que ordinariamente le han servido de modelo: el Código es original en esta materia, y el sistema adoptado en él por el legislador ha venido a dar mayor claridad y precisión a la teoría posesoria” (Claro Solar, Luis; Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado; volumen III; tomo séptimo; De los bienes II; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1992; p. 472).*

²² Artículo 708 del Código Civil: *“Posesión irregular es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 702”.*

²³ *“Pothier da el nombre de posesión civil únicamente a la posesión de aquel que posee una cosa como propia suya, sea efectivamente propietario de ella, sea que tenga solamente justo motivo de creer serlo: ‘possessio animo dominantis’. Para que la posesión sea civil debe, por lo tanto, proceder de un justo título y de buena fe y haberse realizado la tradición si el título es traslativo de dominio” (citado por Claro Solar, Luis; op. cit.; p. 474). En cambio, comprendía en “la posesión natural casos de simple detentación, según nuestro Código; y por otra parte no establecía con precisión como y cuando una posesión sin título podía transformarse de natural en civil” (ibídem).*

²⁴ Juan Iglesias explica que en el Derecho Romano, en las épocas antigua y clásica, la *“usucapio”* (*“modo de adquisición ‘iuris civilis’”*), *“responde a la necesidad de convertir en propietario a quien no es tal, sea porque el transmitente carece de derecho, sea porque no se ha observado la forma requerida para la transmisión. Desparecida luego la distinción entre adquisiciones formales y no formales, la ‘usucapio’ tiene por fin único el de transformar en verdadera la situación jurídica aparente por la del que adquiere de buena fe a ‘non domino’ (Iglesias, Juan; Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado; Ediciones Ariel; Barcelona - España; 1972; 6ª edición; p. 290). “Las XII Tablas no establecen otro requisito que el de la ausencia de hurto (...). El Derecho Clásico da un nuevo paso, al fijar otros dos fundamentales requisitos: uno objetivo, la posesión fundada en una ‘iusta causa o iustus titulus; y otro subjetivo, la ‘bona fides’ del poseedor usucapiente” (ibídem; p.p. 291 y 292).*

“Durante la época imperial, hay otro medio jurídico - de origen griego, según parece lo más probable - para proteger la larga posesión de un fundo. Se trata de la ‘praescriptio longae possessionis, o longi temporis’ (...), que atribuye al poseedor de largo tiempo la facultad de oponerse, mediante un procedimiento semeje al de la ‘exceptio’ romana, a la reivindicación del propietario” (ibídem; p. 292). “Muy pronto, sin embargo, se inicia un proceso que acabará por extender a la segunda la estructura fundamental de la primera” (ibídem; p. 293). “Sancionada por Justiniano la eficacia adquisitiva de la ‘longi temporis praescriptio’, solo existe, a la postre, una institución: la usucapión o prescripción ordinaria”, cuyos requisitos, según los juristas medievales se resumen en lo siguiente: “res habilis titulus fides possessio tempus” (ibídem).

Lo anterior, por ejemplo, se ve confirmado por el artículo 1815 del Código Civil²⁵, que declara la validez de la venta de cosa ajena. Esta compraventa no es nula ni inexistente, solo inoponible al verdadero dueño. No obstante que no entraremos a analizar este tema, el lector debe saber que la inmensa mayoría de los autores nacionales, incluso, considera la venta de cosa ajena como un “*justo título*” para poseer²⁶.

Mientras el poseedor no adquiera por prescripción (“*usucapio*”), estará amparado por la presunción simplemente legal (“*iuris tantum*”) del artículo 700 inciso 2° del Código Civil: “*El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo*”. A este respecto se debe tener presente, por las razones que explicamos en nuestra ponencia presentada al anterior Congreso CINDER (Amsterdam - Holanda 2012), que el legislador chileno estructuró la protección al dominio y demás derechos reales inmuebles, a partir de la denominada “*Teoría de la posesión inscrita*”²⁷.

Si bien es cierto que civilmente es posible que pueda plantearse la discusión en cuanto a si el título falsificado, especialmente el totalmente simulado o forjado, debe ser considerado inexistente o nulo²⁸, no es menos cierto que si accede al Registro de la Propiedad, no obstante no ser apto para transferir el dominio al adquirente ni a sus sucesores (sub adquirentes), produce importantes e innegables efectos. Por de pronto, pone en funcionamiento todas las normas jurídicas que se citan en el presente capítulo.

Además, la falsificación es una materia que nuestro legislador civil tuvo en especial consideración, ya que declaró expresamente, a propósito de la posesión, que no es justo título el falsificado (artículo 704 del Código Civil²⁹)³⁰. Según Luis Claro Solar, “*en realidad en este*

²⁵ Artículo 1815 del Código Civil: “*La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extinguen por el lapso del tiempo*”

²⁶ En sentido contrario Acuña Fernández, Christian; Estudio de los bienes y de los derechos reales; Metropolitana Ediciones; Santiago - Chile; 2000; p. 203.

²⁷ Esta ponencia se puede consultar en Fojas; Revista de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral; edición n° 32; diciembre 2012; <http://fojas.conservadores.cl>

²⁸ Las posturas doctrinarias, lideradas por dos importantes civilistas (Luis Claro Solar y Arturo Alessandri Rodríguez), en cuanto a si la inexistencia jurídica tiene cabida en el Código Civil chileno, se pueden consultar en Vial del Río, Víctor; Teoría general del acto jurídico; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2003; 5ª edición; p.p. 237 a 245.

²⁹ Artículo 704 del Código Civil: “*No es justo título:*

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

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

caso no existe título, sino que se pretende dar el carácter de tal a un acto que no se ha realizado y que se establece por un instrumento falso”³¹. En consecuencia, parece que para la doctrina nacional no habría dudas en cuanto a que tal norma legal comprende la falsificación vía el forjamiento del documento.

De acuerdo con los artículos 2507, 2510 y 2511 del Código Civil, un título injusto solo posibilita la adquisición vía prescripción extraordinaria al cabo de diez años. Es posible que más de alguien se pueda preguntar si la posesión del falsificador es útil o no para prescribir; en cambio, no hay duda que si lo es la posesión si quien adquiere en virtud del título falso estaba de buena fe³².

Cabe advertir que en esta materia el Mensaje del Código Civil contiene un error manifiesto al señalar en su Párrafo XXIV: *“Así los términos de posesión civil y posesión natural son desconocidos en el proyecto que os someto; las palabras posesión y tenencia contrastan siempre en él; la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno. ‘Pero*

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

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

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

Según Javier Barrientos Grandón, *“la ausencia de título, justo o injusto, no genera posesión de ninguna calidad: ni regular, ni irregular”*. *“La posesión irregular implica la existencia de un título injusto: la calidad de la posesión es irregular no porque existe título, sino porque existiendo título traslativo o constitutivo de dominio, este título no es justo, es decir, es la ‘injusticia’ del título la que muda la calidad de la posesión de regular a irregular. Por esta razón Bello se ocupó de declarar cuáles son esos títulos injustos (artículo 704)”*; (Barrientos Grandón, Javier; Código Civil; Legalpublishing - Thomson Reuters; Santiago - Chile; 2013; tomo I; p.p. 722 y 723).

³⁰ A propósito de la resolución del contrato de compraventa por no pago del precio, el Código Civil también se refirió a la falsificación: *“Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la de nulidad o falsificación de la escritura, y solo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores”* (artículo 1876 inciso 2°).

³¹ Claro Solar, Luis, op. cit.; p. 485. *“Se refiere, por tanto, a las situaciones que en doctrina se conocen como la falsificación, es decir, la creación de un título que en realidad nunca existió; y la falsedad material que se produce cuando se altera parte de un instrumento mediante incorporaciones o adiciones que nunca se estipularon o acordaron”* (Acuña Fernández, Christian; op. cit.; p. 203).

³² El artículo 839 del Proyecto de Código Civil de 1853 señalaba lo siguiente: *“Tampoco es justo título, no obstante la buena fe del que lo adquiere, el falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende haberlo conferido, i el otorgado por una persona que lo confiere como procurador o representante legal de otra, sin serlo”*. En este proyecto los títulos injustos se encontraban relacionados directamente con la posesión natural.

la posesión puede ser regular o irregular: aquélla, adquirida sin violencia ni clandestinidad, con justo título y buena fe; la segunda, sin alguno de estos requisitos. Toda posesión es amparada por la ley, pero solo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva". Estas frases, tal como lo expresa Pablo Rodríguez Grez, "*son manifiestamente erradas*". (...) *Pero lo que más asombra es que Bello diga que la posesión irregular no conduce a la prescripción, situación en oposición a lo que previene el artículo 2510 del Código Civil en sus tres reglas. Creemos que en esta materia hay, sin duda alguna un error evidente que no puede soslayarse (...)*"³³.

En el Proyecto de Código Civil de 1853 no existía la distinción entre posesión regular e irregular. Su artículo 834 establecía dos especies de posesión: "*la civil i la puramente natural*", "*y fue solo durante el proceso de revisión por parte de la Comisión que se abandonó ese criterio y se asumió, por una parte, el criterio de consagrar una sola especie de posesión, siempre opuesta a la mera tenencia y, por otra, admitir que esa única posesión podía ser regular e irregular, y así se declaraba en el único inciso del artículo 834 del 'Proyecto Inédito' que: 'La posesión puede ser regular e irregular', regla ésta que no experimentó ninguna modificación posterior, salvo su reubicación como inciso 1° del artículo 702 del Proyecto de 1855*"³⁴.

Por su parte, a este mismo respecto Luis Claro Solar comenta que "*no se comprende, por lo tanto, en la posesión natural la mera detención o tenencia de la cosa, expresamente eliminadas por el art. 854 del Proyecto (el de 1853). Aunque el Proyecto procuraba precisar, como se ve, el sentido de las expresiones posesión civil y posesión natural, quedaba siempre subsistente con la conservación de esos términos, dada la diversidad de apreciación de los tratadistas, una causa de confusión que el legislador se propuso evitar adoptando una nomenclatura original*"³⁵. "*Hizo bien, por lo tanto, el legislador chileno en adoptar una clasificación que no se prestara a equívocos. Los términos posesión civil y posesión natural*

³³ Rodríguez Grez, Pablo; De las posesiones inútiles en la legislación chilena; Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; 1991; p.p. 26 y 27. Este mismo autor señala que "*el error del Mensaje se ha atribuido al hecho que fue redactado antes de introducirse las últimas modificaciones por la Comisión Revisora*" (ibídem; p. 27).

³⁴ Barrientos Grandón, Javier; op. cit.; p.p. 714 y 715.

³⁵ Claro Solar, Luis; op. cit.; p. 473.

son desconocidos en el Código. Toda posesión resulta de la tenencia de la cosa acompañada del ánimo de dueño; y esta posesión es regular, si todos su elementos son ajustados a la ley, y es irregular, si ellos o alguno de ellos no lo están”³⁶.

Tal es el estado de las cosas en nuestro sistema jurídico. Es factible y muy respetable si alguien discrepa de la solución que ofrece, pero tiene coherencia normativa. Además, cabe hacer presente que Chile no resulta ser un buen ejemplo para aquellas visiones apocalípticas de la inversión cuando no se lleva a un extremo el principio de fe pública registral. Su falta de rigurosa aplicación no ha significado un impedimento para la inversión inmobiliaria, tanto por parte de nacionales como de extranjeros. Nos imaginamos que ello no solo se explica por la confianza en su sistema registral, el cual incluye a casi la totalidad de los inmuebles (en la actualidad es difícil encontrar juicios reivindicatorios que versen sobre inmuebles no inscritos), sino, también, a la estabilidad política y económica que ha alcanzado como país. Lo anterior, en caso alguno, significa desconocer que nuestro sistema registral adolece de más de alguna imperfección que debió de haberse corregido hace tiempo.

En Chile, como se ha podido apreciar, en principio, el riesgo de la falsificación es de cargo de los terceros adquirentes y no del verdadero dueño³⁷. Se trata de un riesgo potencial que afecta a los negocios inmobiliarios, al igual que muchos otros riesgos que afectan a los negocios en general; en este caso el riesgo de ser víctima de los nocivos efectos de un delito criminal. Afortunadamente, en Chile la falsificación de títulos inscribibles no es una cuestión generalizada, aunque muestra una clara tendencia al alza, por lo que prontamente se deben adoptar todas las medidas necesarias para que, al igual que otras figuras de fraude inmobiliario, sea una realidad casi inexistente.

³⁶ *Ibídem*; p. 475.

³⁷ Artículo 2517 del Código Civil: “*Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho*”.

- **Sentencias penales que ordenan la cancelación de la posesión inscrita del sub adquirente de buena fe.**

Se trata de una situación respecto de la cual Marco Antonio Sepúlveda Larroucau viene manifestando su preocupación desde hace tiempo en diversos foros, la cual se circunscribe a aquellas sentencias, especialmente en materia penal, que ordenan la cancelación no solo de la inscripción del autor del delito, sino, también, la de aquellos sub adquirentes que de buena fe han adquirido derechos reales en el inmueble que ha sido objeto del fraude inmobiliario, sin que hayan podido intervenir en calidad de partes en el respectivo juicio. Tal actuar infringe las garantías constitucionales de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (especialmente el derecho a la defensa jurídica y la exigencia de que las sentencias deben fundarse en un proceso previo *“legalmente tramitado”*) y del derecho de propiedad, el principio de bilateralidad de la audiencia y el efecto relativo de las sentencias. El único *“decreto judicial”* que puede ser apto para cancelar una inscripción a que se refiere el artículo 728 del Código Civil³⁸ no puede ser otro que aquel que se ha dictado en un juicio donde el titular registral ha sido debidamente emplazado.

El profesor de Derecho Penal Rodrigo Zegers Reyes es de la misma opinión, para quien la sentencia penal *“no puede ordenar la cancelación de las inscripciones posteriores correspondientes a terceros de buena fe”³⁹, que tienen un justo título, y menos cuando no han sido partes del respectivo proceso penal. El título injusto lo tendría el responsable de la falsificación”*. Estima *“que la única alternativa que tiene la víctima del delito para recuperar su propiedad, es ejercer una acción reivindicatoria en contra del tercero adquirente de buena fe”*. Sin embargo, esta acción no puede ser interpuesta en el proceso penal porque el artículo

³⁸ Artículo 728 del Código Civil: *“Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, o por decreto judicial”* (inciso 1°). *“Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente”* (inciso 2°).

³⁹ Para este profesor es distinta la situación de los terceros que están de mala fe, *“en que habrá que tratar de acreditar su participación criminal en los hechos, sea a título de coautores o, en su caso, como encubridores del artículo 17 n° 1 del Código Penal, en la modalidad de aprovecharse por sí mismos de los ‘efectos’ del delito, esto es, del inmueble transferido fraudulentamente en virtud de escritura falsificada. En ambos casos, de acuerdo al artículo 31 del mismo Código, la pena lleva consigo la pérdida de los efectos del delito, en este caso, del inmueble respectivo”* (Zegers Reyes, Rodrigo; op. cit.).

59 inciso 3° del Código Procesal Penal establece que las acciones dirigidas contra terceras personas, diferentes del imputado, no pueden ejercerse en el proceso penal, sino ante el tribunal civil competente⁴⁰.

El mismo profesor advierte acerca de un gran inconveniente para el sub adquirente de buena fe: ante la cancelación de su inscripción su defensa, prácticamente, queda reducida a la impugnación de la sentencia penal vía el recurso de protección (acción constitucional de protección) “*fundado en la afectación del derecho de propiedad y del debido proceso. Lo anterior, pese a que nuestras cortes suelen ser bastante reticentes para aceptar su procedencia frente a sentencias judiciales*”⁴¹. Éste resulta ser otro argumento para reforzar la tesis de que para el Conservador de Bienes Raíces resulta ineludible calificar las resoluciones judiciales. De lo contrario, en un caso como éste, el titular registral queda prácticamente en la más absoluta indefensión.

Cualquier persona con cierta formación jurídica sabe que el debido proceso es el soporte de todos los derechos en una nación civilizada. Sin debido proceso, no hay derechos. A esto cabe agregar que no existe ninguna norma en nuestro ordenamiento que permita seriamente justificar que las resoluciones judiciales no son objeto de calificación registral; no constituyen títulos privilegiados para los efectos de constituir en Chile la propiedad raíz. Resulta particularmente grave dar acceso al Registro títulos que vulneran garantías constitucionales y principios registrales, es decir, “*legalmente inadmisibles*” al tenor del artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Llama la atención que en algunos ámbitos se proclame con tanta fuerza la “*no*” pasividad del Conservador, si en aquello que constituye la esencia de sus funciones, la calificación de los títulos que se le presenten a inscripción (principio de legalidad), incurre en esta pasividad bajo el pretexto simplista de tratarse de resoluciones judiciales. Se atenta gravemente en contra de uno de los pilares fundamentales de la calificación registral: la independencia.

Por otra parte, en el ámbito penal hay normas que confirman lo que venimos diciendo. El artículo 348 inciso 4° del Código Procesal Penal establece que, “*cuando se hubiere declarado falso, en todo o parte, un instrumento público el tribunal, junto con su devolución, ordenará*

⁴⁰ *Ibídem.*

⁴¹ *Ibídem.*

que se le reconstituya, cancele o modifique de acuerdo con la sentencia”. Como se puede apreciar, las facultades que esta norma confiere al tribunal dicen relación con el instrumento falsificado, no teniendo tal carácter las inscripciones de los sub adquirentes de buena fe. Se trata de una materia que debe ser discutida en sede civil, previo emplazamiento legal del actual titular registral.

Un tipo de fraude inmobiliario que expresamente contempló la posibilidad de cancelar una inscripción conservatoria en sede penal es el tipificado en el artículo 9° del Decreto Ley N° 2.695 de 1979⁴². Sin embargo, si se lee con detenimiento su inciso 3°, se observará que solo es factible cancelar la inscripción de quien maliciosamente obtuvo la calidad de poseedor regular, pero en caso alguno se faculta para cancelar otras inscripciones de posteriores adquirentes de derechos reales. En este mismo sentido, el profesor de Derecho Penal Luis Bates Hidalgo, en el voto de minoría de una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago (12 de noviembre de 2011, rol n° 3.303 - 2001), en relación con un recurso de protección interpuesto por un sub adquirente de buena fe, señaló que *“la norma precedentemente transcrita, en lo que a cancelaciones de inscripciones se refiere, afecta a quien fraudulentamente ha logrado la calidad de poseedor regular y la inscripción consiguiente*⁴³”.

- **Opinión de Mario Saquel Olivares.**

Dada la extensión limitada a que está sujeta esta ponencia, resulta muy difícil argumentar en Derecho acerca de los efectos que produce la intervención que se ha descrito del Conservador de Bienes Raíces, en los casos de inscribir un título traslativo de dominio forjado o simulado (simulación total), que no tiene existencia real en el protocolo del ministro de fe que aparece otorgándolo y éste niega haberlo otorgado. Sin embargo, enunciaremos brevemente dichas consecuencias para que puedan ser objeto posteriormente de un estudio más sistemático al respecto.

Recordemos que ante la toma de conocimiento de haber inscrito un título de esta naturaleza el Registrador publicita al margen de las inscripciones afectadas (aquella que se

⁴² Véase este artículo en cita 3.

⁴³ Sentencia citada en Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio; op. cit.; p.p. 82 y 142 a 146.

origina con el título inexistente y la de los posteriores adquirentes), el hecho de su denuncia ante la justicia y de su inexistencia en el protocolo del ministro de fe respectivo. De conformidad con los artículos 1701, 1801, 1443 y 1444 del Código Civil, dicho documento se debe mirar como “*no ejecutado o no celebrado*”, “*no perfeccionado*”, incapaz de producir “*efecto civil*” alguno, que “*no produce efecto alguno*”, por no haber sido otorgado con las solemnidades que requieren los títulos traslaticios de dominio de bienes inmuebles.

Lo cierto es que basta este mandato del Código Civil para concluir que uno de los efectos que no puede producir es servir de antecedente para una competente inscripción registral. El título es la “*causa*” de la inscripción, sin título la inscripción adolece de un elemento estructural que la convierte en ineficaz jurídicamente. A mayor abundamiento, el acto registral en este caso adolece de “*error*” en la voluntad del ministro de fe que practica la inscripción; todo lo anterior impide que dicha inscripción, obtenida con título inexistente, pueda producir efecto alguno cuando su “*apariencia jurídica*” ha cesado de la manera señalada. Por lo anterior la tradición no pudo haberse perfeccionado y la sola inscripción viciosa no puede ser considerada apta para constituir la.

Con la premisa anterior no cabe duda que la posesión inscrita que mantiene el legítimo dueño nunca ha cesado. El artículo 728 del Código Civil indica que “*Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, o por decreto judicial*”. Ninguna de estas tres maneras de cancelar la inscripción del legítimo dueño ha podido verificarse por razones obvias.

Lo anterior se suma a lo dispuesto por el artículo 2505 del Código Civil que expone que: “*Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo*”. Norma especialísima que debe primar por sobre las normas generales de la prescripción como la del artículo 2510 del mismo cuerpo de leyes.

De lo anterior se colige que los terceros de buena o mala fe que han adquirido con título existente o realmente otorgado y que se encuentran con el hecho que en sus respectivas inscripciones existe una nota registral que interrumpe y hace visible el vicio que afecta a la cadena de transferencias de su pretendido dominio, no pueden oponer su título al poseedor

inscrito original y que, pese a haber sido inscrito su título en el Registro de Propiedad, dicha inscripción no pudo haber tenido el efecto propio de una tradición, ya que la posesión ha estado ininterrumpidamente inscrita a nombre del dueño original.

En este caso y, de acuerdo con nuestra legislación, este tercero adquirente solo logrará se declare la prescripción en su calidad de poseedor irregular (si es que se encuentra en posesión material del bien raíz), y al cabo de un lapso de diez años, cuando se pueda estar seguro de que el verdadero dueño nada ha hecho por ejercer sus derechos legítimos. En este caso la solución legal va por privilegiar la consolidación jurídica de hechos que no pueden mantenerse “*ad aeternum*” sin solución⁴⁴.

Concordamos con el profesor Sepúlveda en que estos terceros debieran ser oídos, no por los derechos que tienen en el inmueble, sino porque es deber de los órganos jurisdiccionales del Estado dejar la historia de la propiedad restablecida respecto de todos, obligación que naturalmente no puede recaer en el Registrador.

Ante quienes sostienen que esta conducta registral afecta al “*tráfico jurídico*”, no tengo otra respuesta que aquella que se basa en la protección al derecho de propiedad legítimamente obtenido, única manera de fomentar dicho tráfico que se verá fortalecido ante una decidida defensa en la constitución del dominio y sus atributos.

⁴⁴ “(...) el título falsificado es inexistente para quien aparece falsamente otorgándolo, más la ley lo transforma en un acto existente nulo, en función de que conforma una apariencia calificada. Enfrentado a esta disyuntiva, el legislador optó por privilegiar la certeza y la seguridad jurídicas, por sobre la necesidad de desconocer efectos a la inexistencia. Valga también como excusa, reiteremos, el hecho de que el título es un mero antecedente de la posesión, y que ésta es un hecho y no un derecho, lo que depotencia la trascendencia que pueda atribuirse a esta situación de excepción.

Con todo, lo cierto e indiscutible es que el título falsificado no existe jurídicamente respecto de la persona a quien se supone intervención en el acto, unido a la circunstancia de que esta intervención se aparenta dolosamente. Pero es igualmente indiscutible que los terceros pueden ser inducidos alevosamente a error, puesto que situaciones de esta índole se forjan precisamente para defraudar y engañar. De aquí que la ley haya preferido preservar la seguridad jurídica, asimilando el acto inexistente al acto nulo (conversión del acto inexistente), y aplicarle el estatuto de la nulidad con lo cual se dota al acto de valor provisional, lo que se consolida si, al cabo de diez años, no se ejercen los derechos que corresponden a los afectados” (Rodríguez Grez, Pablo; Inexistencia y nulidad; op. cit.; p. 52).