

INSCRIPCIÓN, POSESIÓN Y DOMINIO: EL CASO CHILENO

Mg. Marco Antonio Sepúlveda Larroucau

Profesor de Derecho Civil de la Universidad Central de Chile,
Profesor del Magíster en Derecho Privado de la Universidad de Talca y del Diplomado en
Derecho Inmobiliario de la Universidad Austral de Chile, y
Socio Supernumerario de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral.

Promoción CADRI 2009

Para entender el sistema registral inmobiliario chileno es preciso tener presente que, al igual que en el caso de muchas otras instituciones jurídicas en las que intervino don Andrés Bello López, nos encontramos ante un sistema con rasgos originales o, bien, que constituye una variante de algún sistema conocido de la época, que por razones de prudencia aconsejaron no copiar totalmente. Este sistema fue el alemán, según se reconoce en el propio Mensaje del Código Civil: *“La institución de la que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios estados de Alemania y que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar. Sus buenos efectos han sido ampliamente demostrados por la experiencia”* (Párrafo XXIII)¹.

Se debe recordar que a esa época no existía Alemania, sino lo que, luego del Congreso de Viena de 1815, se conoció como la Confederación Alemana (*“Deutscher Bund”*), que agrupó a treinta y nueve estados alemanes soberanos, entre los cuales se encontraba Austria (excepto el actual estado de Burgenland), Baviera, Prusia, Sajonia y Württemberg.

¹ Desde un punto de vista general, los dos modelos principales considerados para nuestro Código Civil fueron las Siete Partidas y el Código Civil francés; sin embargo, se adoptaron una serie de elementos de otros códigos.

También es importante tener presente que las bases de la moderna legislación registral son coetáneas con la codificación, por lo que no se debe perder de vista la siguiente afirmación del profesor chileno Bernardino Bravo Lira: *“la codificación gira en torno al utrumque ius, del que no logra desprenderse. Es cierto que tiene un sustrato común en la cultura jurídica romano-canónica en la que están formados los codificadores, pero no lo es menos que su punto de partida está en la nueva noción de código de la Ilustración”*. Según este mismo autor, *“entre los trabajos de codificación en los distintos países hay una estrecha vinculación, que la investigación rastrea penosamente. Como fondo común está el Derecho romano, que enseñaron los más destacados codificadores, como von Martini, Zeiller y Bello, en el que se formaron todos”*².

Finalmente, debemos agregar que a la época de la promulgación de nuestro Código Civil (14 de diciembre de 1855)³, existía un Registro de Hipotecas y Censos, cuya creación deriva de

² Bravo, B.; *“Puntales de la codificación en el Viejo y en el Nuevo Mundo (1797-1855) Tres grandes modelos: Von Martini en Austria, Portalis en Francia y Bello en Chile”*; en El Código Civil de Chile (1855 - 2005); Alejandro Guzmán Brito (editor científico); LexisNexis; Santiago - Chile; 2007; 1ª edición; p.p. 104 y 105. *“En efecto, sería difícil entender la obra jurídica de Bello, y los propósitos de su obra global, sin una referencia a la importancia que daba al derecho romano. Las Siete Partidas mismas representan un ejemplo de la introducción del derecho romano en España en el siglo XIII. En palabras de Bello de 1839, las Siete Partidas ‘encierra lo mejor de la jurisprudencia romana’.* *“Desde la perspectiva de Bello, lo que se necesitaba era volver a la pureza del derecho civil romano. Además, el derecho romano era reconocido por su racionalismo, sus claros procedimientos, y por su apoyo a la libre circulación de los bienes. Era también altamente estimado por la manera práctica con la que resolvía asuntos de sucesión y de contratos”* (Jaksic, I.; Andrés Bello: La pasión por el orden; Editorial Universitaria; Santiago - Chile; 2010; 3ª edición; p.p. 222 y 223). *“En el contexto de la independencia, la propuesta jurídica de Bello era que el orden republicano no necesitaba seguir el modelo de la experiencia revolucionaria francesa, sino más bien la tradición republicana clásica”* (ibídem; p. 225).

³ Con posterioridad a la promulgación del Código, el 24 de junio de 1857, se dictó el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, el cual, según su artículo 102, debía entrar a regir luego que estuvieran preparadas las oficinas del Registro Conservatorio y hechos los respectivos nombramientos. *“Realizado esto se decretó, con fecha 28 de agosto de 1858, que el Reglamento comenzara a regir el 1º de enero de 1859, o sea, dos años cabales después que entró en vigor el Código Civil”*. 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. 358). En el tiempo intermedio entre la fecha en que principió a regir el Código Civil y aquella en que la inscripción empezó a ser obligatoria, debía procederse en la forma prescrita en el artículo 697 del mismo Código: *“En el tiempo intermedio entre la fecha en que principie a regir este Código y aquella en que la inscripción empiece a ser obligatoria, se hará la inscripción de los derechos reales mencionados en los artículos anteriores, del modo siguiente: 1º La de un derecho de dominio, usufructo, uso o habitación, por medio de una escritura pública en que el tradente exprese entregarlo, y el adquirente recibirlo; esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato en que se transfiere o*

los oficios o contadurías (llevaban cuenta) de hipotecas establecidos por la Real Pragmática de Carlos III, de 31 de enero de 1768. Recordemos que esta legislación fue recepcionada por la Novísima Recopilación de Leyes de España, la que fue concluida por Juan de Riguera Valdelomar en 1804, aprobada en 1805 por Carlos IV y editada en 1806.

Luego de esta breve reseña histórica, veamos a través de los efectos sustantivos de la inscripción los pilares fundamentales en los cuales descansa la construcción jurídica del sistema chileno. Además, en relación con una de las manifestaciones del fraude inmobiliario - la falsificación instrumental -, tendremos la oportunidad de profundizar en uno de esos pilares: “*la posesión inscrita*”.

I.- EFECTOS SUSTANTIVOS DE LA INSCRIPCIÓN CHILENA.

En un principio, la inscripción chilena no sería garantía del dominio, toda vez que dejó subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse consecuentemente por la prescripción adquisitiva (usucapión). Desde esta perspectiva es que hay quienes atribuyen a nuestra inscripción un efecto declarativo⁴; sin embargo, nos parece que

constituye el derecho;^{2°} *La de un derecho de hipoteca o censo, por la anotación en la competente oficina de hipotecas;*^{3°} *La de un derecho de herencia, por el decreto judicial que confiere la posesión efectiva;*^{4°} *La de un legado, por medio de una escritura pública como la prevenida en el n° 1°; y 5° La del objeto adjudicado en acto de partición, por escritura pública en que conste la adjudicación y haberla aceptado el adjudicatario*”. El Reglamento fue dictado por expreso mandato del artículo 695 del Código Civil, por lo que se debe concluir, según lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, que es un verdadero decreto con fuerza de ley, produciendo los mismos efectos que ésta.

⁴ Así, por ejemplo, en Fundación Fernando Fueyo Laneri (Estudios sobre reformas al Código Civil y el Código de Comercio. Cuarta parte. Derecho Registral Inmobiliario; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2003; 1ª edición; p. 315), donde se afirma con desmesurada exageración y, a nuestro entender, equivocadamente que “*en el actual sistema, el Registro no es fuente de derechos reales, porque como hemos expresado, la inscripción no tiene valor constitutivo por regla general, salvo en el caso de la hipoteca, sino que - en cuanto a sus efectos - es meramente declarativa de efectos sui generis*”. Daniel Peñailillo Arévalo sostiene que “*nuestra inscripción es constitutiva en su función, pero no en sus efectos*” (Peñailillo, D.; “*Sistemas de transferencia de bienes y protección del tráfico*”; en Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez; Fundación Fernando Fueyo Laneri; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2008; 1ª edición; p. 417) y el Conservador de Bienes Raíces Nelson Gutiérrez afirma que “*nuestro sistema registral es constitutivo no convalidatorio, pero no del dominio sino de la posesión. Por ello en el sistema chileno la inscripción es constitutiva en cuanto a su función y declarativa en cuanto a sus efectos*” (Gutiérrez, N.; “*Sistema registral chileno. Historia, orígenes e implantación*”; en Registradores de España; n° 57; noviembre - diciembre 2010; Colegio de Registradores; Madrid; p. 33).

estas opiniones confunden, al menos desde un punto de vista estrictamente dogmático, el principio de inscripción con los efectos de la publicidad registral material⁵.

Las razones que tuvo nuestro legislador para proceder en tal sentido nos parecen muy entendibles y atendibles: por una parte, no poner trabas a las primeras inscripciones y, por otra, evitar largos y costosos conflictos respecto de la acreditación del dominio. Sin embargo, llama profundamente la atención que, a pesar de la historia fidedigna del establecimiento del Código Civil, de la claridad de las ideas expresadas en su Mensaje y de la interpretación armónica de sus principios y normas jurídicas, especialmente registrales; luego de más de ciento cincuenta años, haya quienes no comprendan o acepten que ello fue solamente un régimen inicial y transitorio.

No obstante la concepción original, el legislador nacional, a través de la construcción de un sistema que consideramos muy afinado y de gran coherencia normativa, planificó que se llegaría “*aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y dominio serían términos idénticos*” (Párrafo XXII del Mensaje del Código Civil); sistema que, fundamentalmente, se construyó de la siguiente manera:

- **La inscripción es la única forma de efectuar la tradición⁶ de los derechos reales inmuebles (a excepción de las servidumbres, lo que debe ser corregido).**

⁵ En este mismo sentido Manuel Godoy Sasaki, quien estima contradictoria la opinión de la Fundación Fuego Laneri (Godoy, M.; Principios de Derecho Registral Inmobiliario. Breve análisis del caso chileno. Memoria para optar al grado de licenciado ciencias jurídicas; Universidad Arturo Prat; Iquique - Chile; 2010: p. 67).

⁶ “*Los antiguos, enseña Funaioli, siempre reacios a las lucubraciones doctrinales, creadores de las normas particulares que, de vez en cuando, imponía la práctica, vieron constantemente en la traditio (trans-datio, Lex Acilia, rep. 54) una pura y simple transferencia de la cosa*”. “*El profesor Funaioli prosigue su demostración aduciendo que la naturaleza posesoria de la tradición romana (transmisión de possessio y no de propiedad), resulta clara de un examen de las fuentes*”. “*Es verdaderamente, abrumador el número de pasajes del Digesto en que se usa la expresión tradere possessionem y tradere possessionis; toda una serie de textos justinianos habla exclusivamente de traditio para referirse a la posesión*” (citado por Pescio, V.; Manual de Derecho Civil. De la copropiedad, de la propiedad horizontal y de la posesión; tomo IV; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1978; p.p. 288 y 289). Por su parte, Javier Barrientos Grandón explica que la significación de la palabra ‘*tradiitio*’ para los juristas clásicos romanos implicaba un acto de traspaso de una cosa corporal de unas manos a otras, es decir, el hecho de la entrega. “*Sobre la base de tal ‘hecho’ concurría el derecho a atribuirle ciertos efectos a la tradición: a) por lo general, eran simplemente posesorios (possessio naturalis = ‘mera tenencia’), muy conforme con la mera materialidad de la entrega, como el comodato o depósito; b) supuestas ciertas condiciones jurídicas, la traditio rei podían atribuírsele efectos posesorios civiles (possessio civilis), que podían habilitar para adquirir la cosa por usucapio, como en la que realizaba el vendedor no dueño; c) finalmente, dadas otras*

Se sigue la teoría romana del título y el modo o del efecto personal del contrato (así, por ejemplo, lo confirman los artículos 675 y 1824 del Código Civil⁷), adoptando la inscripción el carácter de constitutiva de derechos reales (artículos 679, 686 y 702 inciso 4° del Código Civil⁸). A este respecto el Mensaje del Código Civil señala lo siguiente: “*En cuanto al dominio, uso y goce de los bienes, se han introducido novedades que tienden a importantes y benéficos resultados. Según el proyecto que os presento, la tradición del dominio de bienes raíces y de los demás derechos reales constituidos en ellos, menos los de servidumbre⁹, deberá hacerse por inscripción en un registro semejante al que ahora existe de hipotecas y censos que se refundirá en él*” (Párrafo XVIII). “*La transferencia y transmisión del dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas las servidumbres, como he dicho, exige una tradición; y la única forma de tradición que para estos actos corresponde es la inscripción en el Registro*

condiciones, a la traditio rei podía reconocérsele un efecto dominical, es decir, la adquisición de la cosa en dominio, como en el mutuo de cosas fungibles (excluido técnicamente el dinero)” (Barrientos, J.; Código Civil; tomo I; Legalpublishing - Thomson Reuters; Santiago - Chile; 2013; 2ª edición; p.p. 638 y 639). Según este mismo autor, en tiempos de la codificación civil chilena las voces “*tradición*” y “*entrega*” operaban como sinónimas perfectamente intercambiables la una por la otra. Y, en cuanto a los efectos que el lenguaje jurídico les asignaba, eran polisémicas: mera tenencia, posesión o dominio. Tal era el uso en la cultura jurídica chilena de tales palabras, y tal era el uso que de ellas hacía Andrés Bello (ibídem; p.p. 636 y 637).

⁷ Artículo 675: “*Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.*

Se requiere además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges”.

Artículo 1824: “*Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida.*

La tradición se sujetará a las reglas dadas en el Título VI del Libro II”.

⁸ Artículo 679: “*Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas”.*

Artículo 686: “*Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador.*

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos reales de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca.

Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería”.

Artículo 702 inciso 4°: “*La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título”.*

⁹ Artículo 698: “*La tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública en que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente aceptarlo; esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato”.*

Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna” (Párrafo XXI).

Lo expresado dice relación con el aspecto central del llamado principio de inscripción. Según el español Ramón María Roca Sastre, “*el principio de inscripción hace referencia al papel que desempeña la inscripción en la mecánica de la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles*”¹⁰. En este mismo sentido su compatriota José Manuel García García señala que este principio es el que “*determina el valor de la inscripción respecto a la constitución, transmisión, modificación o extinción del derecho real inmobiliario*”¹¹.

Es en el Proyecto de Código Civil de 1853 donde comienza a perfilarse la idea de someter la propiedad raíz al Registro. Según su artículo 822, la tradición podía ser real o simbólica (inscripción)¹².

¹⁰ Citado por Manzano, A y Manzano, Ma; Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario; Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Madrid; 2008; p. 542.

¹¹ García, J.; Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario; Editorial Civitas S.A.; Madrid - España; 1988; tomo I; p. 539.

¹² A este respecto, el artículo 823 prescribía lo siguiente: “*La real de las cosas corporales muebles se hace pasándolas de mano a mano; la de los inmuebles, entrando en ellas el que la recibe, a presencia del que las entrega; manifestándose en el uno la voluntad de transferir, i en el otro la de adquirirlo*”. El artículo 826 agregaba lo siguiente: “*Se podrá también efectuar la tradición de las heredades y casas, registrando la escritura pública de enajenación en la competente oficina del Conservador de Bienes Raíces y firmando el Conservador la partida, junto con ambas partes o sus apoderados*” (inciso 1°). “*Transferido de este modo el dominio, no podrá pasar a tercero sino de la misma manera*” (inciso 2°). El artículo 828 disponía lo siguiente: “*Las cosas incorpóreas no admiten tradición verdadera; pero hace veces de tradición el ejercicio del derecho por una parte i la ciencia i paciencia de este ejercicio por otra*”. Y el artículo 829 cerraba el Título VI, del Libro II, expresando que “*los derechos de herencia, usufructo, uso, habitación; los de servidumbres prediales, i el de censo, admiten la tradición simbólica por instrumento público, registrado según el art. 826*”. En el caso de la hipoteca convencional, el artículo 2601 prescribía que “*la hipoteca especial deberá además ser registrada en la oficina de hipotecas; sin este requisito no tendrá valor alguno ni se contará su fecha sino desde la de la anotación o registro*” (Amunátegui, M.; Andrés Bello. Obras completas; tomo cuarto; Proyecto de Código Civil; segundo tomo; Editorial Nascimento; Santiago - Chile; 1932; p.p. 198 y 199). El inciso 3° del artículo 643 del “*Libro de los contratos y obligaciones convencionales*” del proyecto que Miguel Luis Amunátegui Reyes denomina “*Proyecto de Código Civil (1846 - 1847)*”, disponía lo siguiente: “*La hipoteca especial deberá además ser anotada por el competente anotador de hipotecas. Sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde el día de la anotación*” (Amunátegui, M; Andrés Bello. Obras completas; tomo tercero; Proyecto de Código Civil; primer tomo; Editorial Nascimento; Santiago - Chile; 1932; p. 577). El 31 de octubre de 1845 y el 25 de octubre de 1854 se promulgaron leyes de prelación de créditos,

Este Proyecto nos merece algunos comentarios:

1.- Es obra de don Andrés Bello López y fruto de largos y meditados años de trabajo¹³. A este respecto el profesor chileno Alejandro Guzmán Brito comenta que, *“como consecuencia de su trabajo precedente, hacia octubre de 1852, Bello estuvo en condiciones de ofrecer un proyecto completo de código al gobierno, que éste mandó publicar por decreto de 26 de ese mes. El codificador obtuvo, empero, que se retrasara la impresión por razones que transmitió verbalmente al presidente Montt, y que, por ende, desconocemos; así que la impresión solo comenzó a principios de diciembre de 1852, y quedó consumada por libros entre enero y marzo de 1853, en cuatro tomos”*¹⁴.

2.- Se lee en él la siguiente nota de Bello: *“Art. 826, inc. 2º - Este medio ha parecido muy preferible al de la lei 1, C., De donat, i l. 8, tít. 30, P. 3 - Se supone que habrá en cada departamento un registro de esta especie, que puede agregarse al de las hipotecas especiales. Por lo pronto, puede hacerse anejo al cargo de Anotador de Hipotecas el de Conservador de los Bienes Raíces. Una lei especial dictará las formalidades i requisitos de este nuevo registro. Se ha querido preparar por este medio una institución que se halla establecida hoy día con los mejores efectos en varios estados europeos”*.

en cuya redacción intervino don Andrés Bello. En ambas se regulan las hipotecas denominadas *“especiales”* y *“generales”*. Esta clasificación no es recogida en el texto definitivo del Código Civil (véase Párrafo XIX de su Mensaje).

¹³ Bernardino Bravo Lira, refiriéndose a don Andrés Bello, señala que *“solo a los tres años de su llegada, recibió en 1833 o 1834 el encargo de codificar el Derecho Civil”* (Bravo, B.; op. cit.; p. 124). Según Alejandro Guzmán Brito, *“Andrés Bello empezó a redactar el Proyecto de Código Civil - o, con mayor propiedad, los proyectos de tal - en algún momento del primer quinquenio de los años de 1830. Cuatro documentos nos conducen a esa época”* (Guzmán, A.; Historia literaria del Código Civil de la República de Chile; Producciones Gráficas Ltda.; Santiago - Chile; 2005; 1ª edición; p. 10). El 10 de septiembre de 1840 se formó una comisión bicameral (senadores Andrés Bello y Mariano Egaña, y diputados Manuel Montt, Ramón Luis Irarrázaval y Juan Manuel Cobo) para reanudar los trabajos de codificación. Bello *“ya había redactado partes importantes del Código, especialmente las secciones sobre sucesión y contratos, de modo que el papel de la comisión fue más que nada trabajar sobre la base de un documento bastante elaborado. El trabajo era de todas maneras muy lento, y los diferentes miembros de la comisión empezaron a asistir con menor asiduidad a las reuniones en el curso de los próximos cinco años. Sin embargo, lograron una exhaustiva revisión de los libros sobre sucesiones y contratos. Entre 1846 y 1847, Bello incorporó y armonizó comentarios y revisiones hechos a ambos textos. Con dos libros del Código Civil terminados (junto a un Título Preliminar), Bello se concentró en dos libros del código, a saber, sobre las personas, y sobre los bienes”* (Jaksic, I.; op. cit. p. 215).

¹⁴ Guzmán, A.; op. cit.; p. 50.

3.- Tradicionalmente, se ha dicho entre nosotros que el sistema registral chileno se basa en una ley prusiana del siglo XVIII, pero se aprecia cierta confusión en nuestros autores al identificarla; incluso, en la obra de Antonio Vodanovic H. se señala que *“Bello concibió esta institución inspirándose en la Ley prusiana de 1872 y en el Registro de Hipotecas que, conforme a la legislación española, existía en nuestro país”*¹⁵; advirtiéndose un error evidente en esta afirmación, ya que tal ley es de fecha posterior a nuestro Código Civil. En cambio, Elías Mohor Albornoz¹⁶, al igual que Bruno Caprile Biermann¹⁷, hacen referencia a una Ley prusiana de 1772, de la cual no hemos podido encontrar mayor información¹⁸.

Si se siguió de cerca una ley prusiana, tiene que haber sido aquella promulgada por Federico II el 20 de diciembre de 1783 y que, precisamente, constituye un hito esencial en la evolución del Derecho Registral Inmobiliario¹⁹. Sin embargo, al menos en este Proyecto que comentamos, más bien, se aprecia la influencia del Código Civil prusiano de 1794, depositario de dos fuerzas en tensión: la romanística y la germánica. El español Antonio Pau Pedrón, en un interesante y conocido trabajo acerca del sistema inmobiliario alemán, nos dice que el *“legislador (prusiano) cedió a la poderosa fuerza romanística en materia de adquisición del*

¹⁵ Vodanovic, A.; op. cit; p. 358.

¹⁶ Mohor, E.; *“El Sistema Registral Chileno: Reformas e implicancias”*; en revista electrónica Fojas de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral; edición n° 26 - abril de 2010; <http://fojas.conservadores.cl>

¹⁷ Caprile, B; *“Por la reforma del sistema registral chileno”*; en Estudios de Derecho Civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar 2011; Facultad de Derecho Adolfo Ibáñez; Legal Publishing Chile; p. 250. En esta misma cita a pie de página se dice que *“El Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces fue dictado el 27 de junio de 1857”*, siendo su fecha correcta el 24 de junio de 1857.

¹⁸ Solo hemos podido encontrar la siguiente referencia: *“El registro público fue introducido en virtud de edictos reales de 1693 y 1704, más no parece que estos edictos tuvieran una gran aplicación práctica. De hecho, fueron revocados pocos años después y restablecidos en 1772, aunque sin alcanzar vigencia”* (Díez-Picazo, L; Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III. Las relaciones jurídico - reales. El Registro de la Propiedad. La posesión; Editorial Aranzadi S.A.; Navarra - España; 2008; 5ª edición; p. 347).

¹⁹ Según Sergio Enrique Rossel Ricci, *“sin lugar a dudas Prusia era para esos tiempos el ejemplo más insigne de una legislación registral moderna. Federico II había dado su célebre Ordenanza de 20 de diciembre de 1783 con la que organizó el sistema cuyas bases habían sido establecidas por la Ordenanza Hipotecaria de 1722”* (Rossel, S.; *“El carácter constitutivo de la inscripción chilena”*; en revista electrónica Fojas de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral; edición n° 24 - julio de 2009; <http://fojas.conservadores.cl>.

dominio, exigiendo 'título y modo', y no supo resistir la exigencia autóctona, que imponía considerar la inscripción como un 'modo de adquirir'. De esta manera se llega a un sistema ecléctico, que considera como 'modos' tanto la entrega como la inscripción”²⁰.

4.- Don Andrés Bello López introduce una innovación que será importante para nuestro futuro sistema registral: sin abandonar la concepción romana del título y el modo, reconoce la inscripción como una forma simbólica de tradición, es decir, no considera a aquella como un modo de adquirir distinto a ésta.

Luego, en el Proyecto Inédito de Código Civil²¹, aparece claramente delineado el sometimiento de la propiedad raíz al Registro. Elimina la tradición real de los inmuebles, dándole su artículo 826 la redacción al actual artículo 686: “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador.

*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 (la única diferencia está en que el artículo 826 hablaba de “hipoteca especial”)*²².

²⁰ Pau, A.; “Panorama del sistema inmobiliario alemán”; en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; España; julio - agosto 1982; n° 551; p. 956. Este mismo trabajo se puede consultar, también, en Pau, A.; La publicidad registral; Centro de Estudios Registrales; Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Madrid; 2001; p.p. 37 a 125.

²¹ “El proyecto editado en 1853 fue sometido a no menos de dos análisis completos en el seno de la Comisión Revisora. Frutos de este examen fueron también al menos dos nuevos proyectos. Uno de ellos corresponde al que conocemos con el nombre de ‘Proyecto Inédito’. Alejandro Guzmán Brito agrega que “tal denominación le fue impuesta por Miguel Luis Amunátegui Reyes (1862 - 1949), sobrino del discípulo y biógrafo de Andrés Bello, Miguel Luis Amunátegui Aldunate (1828 - 1888), para editarlo en 1890 como tomo XIII de las Obras completas del codificador. Fue un nombre mal escogido, porque nunca estuvo destinado a la publicación, y porque al tiempo de ser editado dejaba de ser ‘inédito’. Aunque no sabemos cuándo se lo dio por terminado en el interior de la Comisión Revisora, podríamos convencionalmente fijar el año 1854, y así una denotación más correcta haría referencia a ese año, en correlación con los años 1853, en que fue editado el proyecto que se examinaba, y 1855, en que se hizo lo propio con el proyecto final” (Guzmán, A; op. cit.; p. 54). “Durante los veintisiete meses en que la comisión permaneció activa, se realizaron más de trescientas reuniones, con un promedio de tres por semana. Esta enorme inversión de tiempo y trabajo se debió en gran parte al Presidente Manuel Montt, quien presidió, como Napoleón con el Código Civil francés, cada una de las sesiones. En la medida en que deliberaban los miembros de la comisión, y consideraban las respuestas de las diferentes cortes (cortes de apelaciones), Bello iba haciendo los cambios que, en conjunto, resultaron en el Proyecto de Código Civil presentado al Congreso el 22 de noviembre de 1855” (Jaksic, I.; op. cit.; p. 216).

²² Según Javier Barrientos Grandón, “en una última revisión se adecuó el inciso 1° al modelo dogmático general de una tradición de derechos, tal como se había hecho en el actual artículo 670, de manera que en el inciso 1° se substituyó la expresión ‘tradición de los bienes raíces’ por la de ‘tradición del dominio de los bienes raíces’, y en el inciso 2° se eliminó su última palabra: ‘especial’. Con estas alteraciones este

Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería”.

En este Proyecto, tal como lo hicimos presente el 2012 en el Congreso Mundial de Derecho Registral IPRA - CINDER de Amsterdam - Holanda, se aprecian ciertos rasgos comunes con la legislación del Imperio Austríaco²³, cuya evolución legislativa es paralela a la prusiana. Según Antonio Pau Pedrón, la Ley Hipotecaria de 22 de abril de 1794 gravita en torno a la eficacia constitutiva de la inscripción y el Código Civil de 1811 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Osterreichs*) es menos ambicioso que el Código prusiano, “*pues se limita a las materias civiles, y más coherente con la legislación hipotecaria vigente a la sazón, pues reitera la eficacia constitutiva de lo que denomina Einverleibung; según el artículo 431: ‘Para la transmisión del dominio de bienes inmuebles debe inscribirse el contrato de adquisición en los libros públicos destinados a ello. Esta inscripción recibe el nombre de Eiverleibung o Intabulatio’*”²⁴. Se sigue la doctrina del título y el modo²⁵.

En consecuencia, basándonos en la historia del Código Civil y en las diversas fuentes y opiniones doctrinarias que nuestro codificador tuvo a la vista y, especialmente, en los variados órdenes de cosas en que innovó y en aquellas otras que supo adaptar a nuestra realidad, no podemos estar de acuerdo con Antonio Pau Pedrón, quien, no obstante señalar que se podría introducir en España la inscripción constitutiva con una fórmula como la del “*artículo 686 del*

artículo logró su redacción definitiva, con la que aparecía como artículo 686 del Proyecto de Código Civil de 1855, y de ahí pasó a la edición oficial del Código Civil del año siguiente” (Barrientos, J; op. cit.; p. 696).

²³ El profesor de la Universidad de Chile y miembro de la Academia de la Historia, Bernardino Bravo Lira, ha coincidido con nuestra afirmación (“*En busca de los orígenes del Registro Conservatorio en Chile. Bello y el ABGB*”; en Sepúlveda, M.; Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario; Editorial Metropolitana; Santiago - Chile; 2014; p.p. 19 a 24).

²⁴ Pau, A; “*Panorama del sistema inmobiliario alemán*”; op. cit.; p. 957. Este mismo autor agrega que “*la actividad legislativa de Prusia y Austria estimula rápidamente a las pequeñas e inquietas cortes alemanas y a los múltiples cantones suizos: en el lustro que va desde 1851 a 1856 se promulgan ocho leyes hipotecarias en Alemania y, entre 1831 y 1850, se publican las normas registrales de cada uno de los estados de la Confederación Helvética*” (ibídem).

²⁵ José Manuel García García destaca como otra característica del sistema austríaco el que la inscripción lleva consigo posesión (usucapión tabular): “*El parágrafo 441 del ABGB dice: ‘Tan pronto como los documentos sobre el derecho de propiedad se inscriben en los libros del Registro, entra el nuevo propietario en posesión jurídica’. De aquí deriva la figura de la usucapión tabular, típica del sistema austríaco, en la que solo se tiene en cuenta la inscripción y el transcurso del tiempo*” (García, J.; Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario; op. cit.; p. 412). Tal característica, según se verá, también, es coincidente con el sistema registral inmobiliario chileno.

Código Civil chileno”, opina que es de una técnica legislativa muy deficiente, ya que “*la inscripción constitutiva no es una variedad de la tradición, sino un sustitutivo de la tradición. Lo que pretende la inscripción constitutiva es precisamente eliminar la tradición por su ineficacia publicitaria*”²⁶.

No obstante que, actualmente, nuestro sistema registral tiene deficiencias que deben ser corregidas, la anterior no es una de ellas. Se trata de una innovación o adaptación, si se prefiere esto último, respecto del sistema romano de título y modo. Nuestro legislador, pensando en todos los beneficios que traería al régimen de derechos reales inmuebles, quiso simbolizar la tradición únicamente con la inscripción (tan simbólica de tradición es la inscripción como, por ejemplo, puede serlo la “*suscriptio instrumenti*” que recoge el artículo 1462 del Código Civil español²⁷). No solo simbolizó la tradición, sino que la hizo solemne, tal como se encargó de advertirlo en el artículo 679: “*Si la tradición exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas*”. Por lo demás, no tiene nada de extraño, ya que es coincidente con el fenómeno histórico de la progresiva espiritualización de la tradición, es decir, de una institución que evolucionó a través de los tiempos.

Nos parece que tal crítica se basa en una óptica muy germánica, pero nuestro legislador, no obstante tener a la vista el Derecho Germánico, no era germano ni tampoco pretendió serlo. Lo que intentamos decir aparece mejor expresado en el Párrafo III del Mensaje: “*Desde luego concebiréis que no nos hallábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país. Pero en la que éstas no presentaban obstáculos reales, no se ha trepidado en introducir provechosas innovaciones*”.

Según Javier Barrientos Grandón, “*el examen histórico y dogmático de la tradición y su régimen en el Código de Bello es quizá uno de los más claros ejemplos de cómo nos pueden perder las palabras y nuestras pre - comprensiones actuales, porque él nos muestra uno de los*

²⁶ Pau, A.; La publicidad registral; op. cit.; p. 383.

²⁷ Se pueden consultar las formas de tradición del Código Civil español en Diez-Picazo, L. y Gullón, A.; Sistema de Derecho Civil; volumen III; Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral; Editorial Tecnos S.A.; Madrid - España; 1987; 2ª reimpression; 3ª edición; p.p. 71 a 73.

quiebres más significativos en la historia de la adquisición de las cosas: la tradición en el Código Civil tiene mucho más de cambio que de continuidad y evolución”²⁸.

- **La inscripción es requisito, garantía y prueba de la posesión de los inmuebles²⁹.**

También, es en el Proyecto Inédito de Código Civil donde se da a la inscripción, por primera vez, un rol jurídico en relación con la posesión de los inmuebles.

Esta triple función de la inscripción posesoria, que se conoce como la “*Teoría de la posesión inscrita*”, se encuentra establecida en las siguientes normas del Código Civil:

1.- Como requisito: artículos 696 y 724³⁰.

Carlos Aguirre Vargas, refiriéndose a la idea de que la posesión se adquiere mediante la inscripción, explica que “*es una idea persistente, que el legislador no se ha contentado con*

²⁸ Barrientos, J.; op. cit.; p. 636.

²⁹ En el artículo 715 del Código Civil se reconoce explícitamente que las cosas incorpóreas pueden ser objeto de posesión, lo que conforme a la opinión mayoritaria entre nosotros queda circunscrito a los derechos reales, excluyéndose los personales (en sentido contrario, por ejemplo, Rozas, F.; Derecho Civil. Los bienes; Distribuidora Forense Ltda.; Santiago - Chile; 1984; 1ª edición; p.p. 221, 222, 261 y 262). La definición de posesión del artículo 700 inciso 1º del mismo Código tampoco la circunscribe a las cosas corporales: “*La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él*”. Así, también, lo confirma el artículo 916 del Código Civil: “*Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de los bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos*”. “*El punto de partida fijado por Paulo en cuanto solo las cosas corporales podían ser objeto de posesión, fue, en el decir de Butera, superado por el pretor y por la jurisprudencia romana, que introdujeron la cuasi-posesión de los derechos, esto es, la juris possessio. Butera agrega que la distinción entre possessio y quasi-possessio aparecen en Gayo, I, IV, 139, y de cuya autenticidad no puede dudarse. Los textos que en el Derecho Romano se refieren a la posesión de los derechos, no son numerosos pero sí los suficientes para demostrar que la quasi-possessio es obra de la jurisprudencia romana*” (Pescio, V.; op. cit.; p. 227).

³⁰ Artículo 696: “*Los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena; pero esta disposición no regirá sino respecto de los títulos que se confieran después del término señalado en el reglamento antedicho*”. Este artículo plasma con especial nitidez las ideas expresadas con tanta claridad en el Mensaje del Código Civil respecto del nuevo sistema inmobiliario que se establece para nuestro país: la falta de inscripción no solo significa que no ha habido tradición, sino que, además, no se adquiere “*la posesión efectiva del respectivo derecho*”. Artículo 724: “*Si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio*”.

expresar una vez, porque sabe que va a innovar todo un orden jurídico cuyo alcance es difícil de comprender”³¹.

2.- Como garantía: artículos 726, 728, 729, 730 y 2505³².

La última disposición legal no acepta la llamada “*usucapio contra tabulas*”, solo permitiendo la “*secundum tabulas*”. Tal como observa Antonio Vodanovic H, “*es un simple corolario del artículo 728, que impide adquirir la posesión de inmuebles inscritos por actos de apoderamiento material. Se explica que el artículo 2505 sea consecuencia lógica del artículo 728, porque si conforme a éste no se puede poseer, tampoco se podrá prescribir, como quiera que la prescripción tiene por fundamento a la posesión*”³³.

De las normas anteriores no pasa inadvertido que uno de los mecanismos utilizados por el legislador para fomentar la inscripción fue establecer la posibilidad de pérdida de la posesión no inscrita por acto de apoderamiento o usurpación de un tercero, reforzando, en contraposición, la seguridad que ofrece la inscripción. A este respecto, Victorio Pescio Vargas, explicando las opiniones de Humberto Trucco, señala lo siguiente: “*¿De qué podría quejarse el poseedor no inscrito? Es un mal al que se expuso por obra de su propia y personal incuria o desidia, y el que por negligencia propia se expone a un daño, debe aceptar resignadamente las sanciones con que la ley castiga su inacción, sin que pueda pretender una protección tardía que estuvo en sus*

³¹ Citado por Pescio, V.; op. cit.; p. 276.

³² Artículo 726: “*Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan*”. La principal excepción, seguramente la única a la época de la promulgación del Código Civil, la constituyen los inmuebles inscritos.

Artículo 728: “*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. 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*”.

Artículo 729, a “*contrario sensu*”: “*Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde*”.

Artículo 730: “*Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueña de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa y pone fin a la posesión anterior.*

Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción”.

Artículo 2505: “*Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces o derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo*”.

³³ Vodanovic, A.; op. cit.; p. 357.

manos alcanzar al amparo de ley en cualquier momento durante el tiempo requerido para la prescripción extraordinaria".³⁴

3.- Como prueba: artículo 924³⁵.

Dentro de la denominada "*Teoría de la posesión inscrita*", esta última norma legal es esencial, ya que, habiendo durado un año completo la inscripción, establece una verdadera presunción de derecho a favor del poseedor inscrito y, como afirma Humberto Trucco, "*en derecho lo que no se prueba es como si no existiera*"³⁶.

Para que el sistema opere a plenitud, además, los artículos 717, 718, 920 y 2500 del Código Civil han establecido la agregación o accesión de posesiones que permite al poseedor añadir a la suya la de sus antecesores; eso sí, con sus calidades y vicios, lo que tiene particular importancia en materia de prescripción adquisitiva.

No obstante lo dispuesto en las normas precedentemente citadas y las ideas expresadas con tanta claridad en el Mensaje del Código Civil, no han faltado quienes han puesto en duda la afirmación de que la inscripción constituye requisito, garantía y prueba de la posesión de los inmuebles. Sin embargo, nos parece evidente que todos los antecedentes conducen a concluir que la doctrina seguida por nuestro Código Civil es aquella que se conoce como la de la "*inscripción ficción o simbólica*" (en contraposición a la doctrina de la "*inscripción garantía*"³⁷). Descansa en la ficción de que la inscripción representa la concurrencia de los dos elementos constitutivos de la posesión: "*corpus*" y "*animus*"; ficción que es invulnerable si ha durado un año completo.

³⁴ Pescio, V.; op. cit.; p. 357.

³⁵ Artículo 924: "*La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, y mientras ésta subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla*".

³⁶ Trucco, H.; "*Teoría de la posesión inscrita dentro del Código Civil chileno*"; en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales; Imprenta Cervantes; Santiago - Chile; año VII; 1910; p. 146.

³⁷ La inscripción es garantía de un hecho que debe existir en la realidad: la posesión, con la concurrencia efectiva de sus dos elementos constitutivos, es decir, la tenencia material con ánimo de señor o dueño. Si faltan estos elementos la inscripción es algo vacío, es una "*inscripción de papel*", denominación que ha sido utilizada, entre otros, por Leopoldo Urrutia (véase en Revista de Derecho y Jurisprudencia; Doctrina; tomo XXXI; Santiago - Chile). Las doctrinas de la "*inscripción ficción o simbólica*" e "*inscripción garantía*" se pueden consultar en nuestra obra Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario; op. cit.; p.p. 123 a 132.

Por lo tanto, la inscripción no solo es símbolo de la transferencia del dominio, sino, también, de adquisición de la posesión.

Como muy bien lo expresa Fernando Atria Lemaitre, lo característico de esta doctrina “*es que ella elimina de la posesión la facticidad. Para ser poseedor no es necesario ni suficiente detentar la cosa como dueño o actuar respecto de ella como solo lo hace el dueño: es suficiente y necesario ser titular de la inscripción conservatoria respectiva*”³⁸.

Esta doctrina encuentra sólido fundamento en lo expresado en el propio Mensaje del Código Civil: “*La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee; es un mero tenedor. Como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable, que la inscripción. En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión, sino de la propiedad; más para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración. No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la competente prescripción*” (Párrafo XXI).

Hay unas palabras del español Manuel Amorós Guardiola que nos parece que se avienen de muy buena manera con aquello que parece haber estado en la mente de nuestro legislador civil: “*La posesión es la forma primaria y más normal de exteriorizar el derecho que se tiene sobre una cosa. Pero algunas veces la seguridad derivada de esa publicidad posesoria - más sencilla, pero más tosca - no basta para garantizar las necesidades del tráfico; otras no se acopla a la propia naturaleza de los bienes - muebles o inmuebles -; otras, en fin, no es posible - hipoteca, derechos sin posesión, etc. -. Entonces se arbitra la publicidad formal de los registros públicos, más intensa, pero también más compleja*”³⁹.

³⁸ Atria, F.; “*Derechos reales*”; en Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez; Chile; 2005; n° 2; p. 71.

³⁹ Amorós, M.; Estudios jurídicos; Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Madrid; 2009; p. 525.

Nuestro legislador utilizó la protección posesoria para proteger el dominio y, por indudables razones de seguridad jurídica, lo extremó en el caso de los inmuebles, estableciendo una ficción de posesión (“*corpus*” y “*animus*”) a través de la inscripción, la que se ve reforzada por la presunción general de dominio del artículo 700 inciso 2° del Código Civil: “*el poseedor es reputado dueño, mientras otro no justifique lo contrario*”.

Desde un inicio se comprendió que la inscripción es el principal y más eficiente mecanismo para proteger la propiedad inmobiliaria, lo que es sencillo de explicarse si se atiende a la innegable vocación registral de los derechos reales inmuebles. Es posible que para más de alguien ello se encuentre reñido con aquella idea de que “*la tierra es para el que la trabaja*”⁴⁰, pero en caso alguno ésta es un argumento jurídico de interpretación. Tratándose de los derechos reales inmuebles, el legislador prefirió sacrificar tal idea en favor de los beneficios jurídicos, económicos y sociales que brinda la inscripción conservatoria.

- **Se establece la necesidad de inscribir las sentencias que declaran la prescripción adquisitiva de derechos reales inmuebles; de lo contrario, no valdrán contra terceros (artículos 689 y 2513 del Código Civil).**

En Chile, tratándose de inmuebles, el plazo de prescripción adquisitiva ordinaria es de cinco años y de diez años el de la extraordinaria.

- **En una norma que nos parece notable para la época (1855), se establece la obligatoriedad de la inscripción de los inmuebles hereditarios para que los herederos puedan disponer de ellos (artículo 688 del Código Civil)**⁴¹.

⁴⁰ Véase Atria, F.; “*La tierra para el que la trabaja*”; en Estudios de Derecho Civil VI; Jornadas Nacionales de Derecho Civil; Olmué 2010; Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile; Gonzalo Figueroa Yáñez, Enrique Barros Bourie y Mauricio Tapia Rodríguez (coordinadores); Abeledo Perrot. Legal Publishing Chile; p.p. 229 a 236.

⁴¹ “*El Código Civil guardó silencio respecto de los legados de especie o cuerpo cierto. En la práctica se realiza a consecuencia de la suscripción entre los herederos y el legatario de una escritura pública denominada ‘escritura de entrega’.* Es muy posible que el antecedente de esta escritura de entrega se encuentre en el artículo 697 del Código Civil, el cual tuvo el carácter de transitorio” (Sepúlveda, M.; Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario; op. cit.; p. 60). Véase cita 3.

En base a toda la construcción jurídica precedentemente descrita, se expresa en el Mensaje del Código Civil que todos los bienes raíces, *“a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían sacudimiento en toda la propiedad territorial”* (Párrafo XXI). La única salvedad que podemos hacer respecto de esta afirmación es que, también, se hace extensiva a las personas jurídicas.

Luego de todo el tiempo transcurrido, parece ser que lo anterior se ha cumplido, ya que son escasos los juicios que versan sobre inmuebles no inscritos. Nos parece que mal se puede hablar de un buen funcionamiento de un sistema registral inmobiliario si, como punto de partida, la totalidad o casi totalidad de los inmuebles no se encuentran inscritos.

Por otro lado, en virtud de todo lo que hasta aquí hemos expuesto, en un trabajo anterior⁴² concluimos que nuestro Codificador, en un inicio, concibió una inscripción conservatoria de carácter híbrido, es decir, constitutiva en cuanto a que ella es esencial para la adquisición o constitución de los derechos reales inmuebles, y de efectos simplemente declarativos en cuanto dejó a salvo los derechos del verdadero dueño, según el principio de que *“nadie puede transferir más derechos de los que tiene”* (artículo 682 del Código Civil, que recoge el principio romano *“nemo plus iuris”*), ya que podían aparecer propietarios cuyos derechos no estuvieren inscritos. Pero todo ello, según se dijo, apuntando a una época en que la inscripción sería prueba directa del dominio.

La conclusión anterior, tal como nos lo observó un Registrador de la Propiedad de España, el director y profesor del IX Curso Anual de Derecho Registral Iberoamericano (CADRI), Ángel Valero Fernández-Reyes, resulta poco comprensible. Tenía razón, pero tal afirmación la hicimos a partir de una clasificación, según la función y efectos de la inscripción⁴³

⁴² Ello, con ocasión de nuestro trabajo preparado en el IX Curso Anual de Derecho Registral Iberoamericano (CADRI) organizado el 2009 por el Colegio de Registradores de España en la Universidad Autónoma de Madrid, titulado *“El principio de prioridad en el sistema registral inmobiliario chileno comparado con el español”*; publicado en Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo; Centro de Estudios Registrales; Decanato Autonómico de Madrid; España; enero - marzo 2010; n° 25; p.p. 29 a 50.

⁴³ Esta clasificación se puede ver en Fundación Fernando Fueyo Laneri; op. cit.; p.p. 64 a 71.

en la que se basan algunos autores nacionales⁴⁴, la que reconocemos que conduce a conclusiones confusas, ya que mezcla el principio de inscripción con los efectos de la publicidad material. Efectivamente, la inscripción es constitutiva o declarativa, pero no puede ser ambas cosas a la vez.

En realidad y para ser precisos, lo que nuestro legislador civil concibió fue una inscripción de eficacia constitutiva, pero que no produce efectos convalidantes⁴⁵.

- ¿A DÓNDE CONDUCE TODO LO ANTERIOR?

A partir de las normas citadas y de ciertos principios registrales, perfecta o imperfectamente plasmados en nuestra legislación de mediados del siglo XIX, tales como el de “prioridad”, el de “tracto sucesivo”, el de “legalidad” en sus dos modalidades (titulación auténtica y calificación registral realizada por un profesional del derecho) y el de “legitimación”; es posible concluir que la inscripción chilena hoy en día constituye plena prueba del dominio o de la titularidad del respectivo derecho real inmueble, lo que no obsta a que judicialmente se pueda demostrar lo contrario (presunción “*iuris tantum*”), es decir, la inscripción no solo es prueba de la posesión, sino que, también, del dominio⁴⁶. Esta afirmación no es pacífica, especialmente a consecuencia de los efectos iniciales ya descritos de nuestra inscripción y de una interpretación muy literalista de la definición de acción reivindicatoria (según el artículo 889 del Código Civil, “*la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela*”)⁴⁷ y a la falta de cabal comprensión del verdadero sentido y alcance de la publicidad registral.

⁴⁴ Véanse estas opiniones en cita 4.

⁴⁵ Artículo 1689 del Código Civil: “*La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales*”. Véase “*De inscripción no convalidante*”; en Sepúlveda, M.; Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario; op. cit.; p.p. 258 y 259). Véase, también, artículo 675 del Código Civil en cita 7.

⁴⁶ Nuestros argumentos se pueden consultar en Sepúlveda, M.; Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario; op. cit.; p.p. 268 a 278.

⁴⁷ Daniel Peñailillo Arévalo es lapidario a este respecto: “*Tratándose de inmuebles, el sistema registral que, teóricamente tendría que conducir a facilitar la prueba del dominio y, por tanto, fortalecer la protección al dueño, por los caracteres que adoptó entre nosotros, no ha producido ese resultado (como*

Tales deficiencias han llevado a sostener, según se suele enseñar en nuestras cátedras de Derecho Civil y conforme se ha venido escribiendo por un gran número de autores desde hace tiempo, que la inscripción solo es prueba de la posesión⁴⁸. Es decir, se termina poniendo de cargo del titular registral la prueba de la veracidad de la misma, lo que parece inaceptable e insólito. Pretender exigir al titular registral que acredite que lo que dice la inscripción es efectivo, no solo es desconocer el principio de legitimación, sino que es atentatorio al sentido común y a las reglas más elementales del “*onus probandi*”. Lo normal se presume y resulta infinitamente más probable que quien se encuentre amparado por una inscripción sea efectivamente el titular del respectivo derecho real.

Si en nuestro país la inscripción no constituye plena prueba del derecho real inscrito, desde ya, proponemos que se le cambie el nombre al “*Registro de Propiedad*” por el de “*Registro de Posesión*” y que se le explique a todos aquellos que acceden a la oficina del Conservador de Bienes Raíces que con suerte esta inscripción acredita posesión, es decir, que, a lo sumo, es un registro de hechos y no de derechos. De lo contrario el Estado de Chile nos mantendrá engañados a todos, ya que jamás se puede olvidar que el Registro es un medio oficial, organizado por el Estado, para satisfacer la seguridad en las relaciones jurídicas; es el Estado el que para este efecto

ya ha podido apreciarse en el relato sobre su organización y funcionamiento). Como escueto resumen de lo manifestado allí, dirigido ahora al conflicto reivindicatorio, debe recordarse que la inscripción no prueba dominio (solo posesión, y ni eso según algunos); con frecuencia no hay coincidencia entre la descripción del predio en el Registro y sus caracteres reales; suele ocurrir que ambos litigantes (reivindicante y demandado) presentan inscripción a su respectivo nombre (porque el sistema no logra evitar las llamadas inscripciones paralelas y ‘de papel’), lo que - al menos aparentemente - deja a la controversia con dos poseedores (inscritos); y (tal vez lo más sensible): cuando el reivindicante - en su afán de exhibir sus mayores y mejores antecedentes- acompaña inscripción a su nombre, se expone el congénito debate del valor de la inscripción en cuanto símbolo de la posesión, que permanece con resultado impredecible, y que, aquí se traduce en una capital disyuntiva: si tiene posesión inscrita, entonces ¿no será un dueño o poseedor, cuya demanda, por tanto, debe ser rechazada” (Peñailillo, D.; Los bienes: La propiedad y otros derechos reales; Colección Manuales Jurídicos; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2006; 4ª edición; p. 234. Siguiendo esta misma línea crítica Bruno Caprile Biermann, sostiene que “el sistema registral chileno es uno de escasa legalidad, ya que no supone un examen acucioso de la validez de los títulos que se presentan, ni tampoco la titularidad efectiva de los derechos de quienes aparecen en tales registros. Digámoslo con todas sus letras, para escándalo de los legos y asombro de los estudiantes de los primeros años de derecho: la inscripción de dominio no acredita que su titular sea el dueño del inmueble, no lo deja a cubierto de nulidades del título que le dio origen ni de eventuales acciones reivindicatorias” (Caprile, B.; op. cit.; p. 255). Tal como se puede apreciar en el presente trabajo, no estamos de acuerdo con la generalidad y severidad de tales críticas. En el caso específico de una patología registral, como lo serían eventuales inscripciones paralelas, ellas no sirven para fundamentar teorías generales y deben ser resueltas conforme a las normas y principios registrales.

⁴⁸ Así, por ejemplo, Antonio Vodanovic H. en op. cit.; p.p. 349 y 350. Véase, también, cita anterior.

organiza, a través del derecho positivo, esta clase de publicidad de naturaleza jurídico registral, lo que permite establecer en nuestro país, por una parte, su íntima vinculación con la garantía constitucional del derecho de propiedad (artículo 19 n° 24 de la Constitución Política) y, por otra, el carácter de orden público de las normas que conforman el estatuto legal del sistema registral inmobiliario.

Por otra parte, podría pensarse que un defecto de nuestro sistema es la causalidad de la inscripción. Sin embargo, su construcción y coherencia permite en un tiempo razonable efectuar los respectivos estudios de títulos (también se estudian aspectos extra registrales; por ejemplo, urbanísticos) con la imprescindible colaboración del Registro de la Propiedad. Por lo tanto, esta es una clara demostración empírica de que los sistemas causales, en la medida que tengan una construcción dogmáticamente sólida y coherente, además de eficientes, pueden ser justos, tanto para el verdadero titular del respectivo derecho real como para el tercer adquirente. La causalidad es otro aspecto que algunos han satanizado hablando de “*largos y costosos estudios*”, es decir, de una “*verdadera prueba diabólica o infernal de la titularidad*”, lo que es muy probable en sistemas altamente imperfectos. Al menos en Chile, parece razonable que toda reforma deba ir encaminada (salvo que se quiera introducir algún cambio radical en nuestro sistema, lo que perfectamente se puede analizar), principalmente, a hacer más eficiente y seguro el estudio de los títulos, debiendo contribuir los avances tecnológicos a facilitar el acceso y el cruce de información que se requiera para ello, reduciendo considerablemente los costos y el tiempo. Los avances tecnológicos constituyen y constituirán un invaluable factor de fortalecimiento de los sistemas causalistas.

Es indudable que nuestro sistema registral, luego de más de ciento cincuenta años, requiere de ciertos perfeccionamientos; entre otros, por ejemplo, el fortalecimiento de ciertos principios registrales (incluso, parece ser que algunos intentos de reforma los debilitan), la eliminación de las cargas ocultas de las servidumbres y arrendamientos, es decir, de aquellas no inscritas, la incorporación de bases gráficas y el establecimiento de una carrera funcionaria basada en méritos objetivos y con estándares de fiscalización adecuados. Resulta francamente lamentable que todo posible cambio, normalmente, pase por la discusión de ciertos aspectos orgánicos y algunos muy puntuales de carácter procedimental o de técnica registral (por ejemplo, la adopción del folio real como la “*gran solución o novedad*”, sin perjuicio de que lo estimamos

preferible al de folio personal); ninguno de carácter sustantivo o, bien, se suelen olvidar otros aspectos muy importantes.

En lo anterior hay responsabilidad de todos los sectores: de los gobiernos que proponen reformas, pero que no parecen tener cabal comprensión de toda la problemática registral, sumado a fuerzas en tensión derivadas de ciertas visiones meramente económicas que no siempre son complementarias con la seguridad jurídica, especialmente preventiva; de los legisladores, cuyo aporte ha sido nulo hasta la fecha y de nuestra Corte Suprema, la que a pesar de tener bajo su tuición a archiveros judiciales, conservadores de bienes raíces y notarios, tampoco ha efectuado importantes contribuciones. No pueden dejarse de lado a los propios conservadores, cuyas propuestas suelen ser solo reactivas e insuficientes ante vientos de reformas. Finalmente, la contribución de nuestra doctrina civil al fortalecimiento del sistema registral, también, ha sido bastante pobre (sus interpretaciones y conclusiones, incluso, suelen debilitar los verdaderos efectos de la inscripción), lo que tampoco ha sido muy enriquecido por la jurisprudencia de nuestros tribunales. En parte, esto último encuentra explicación en la falta de especialistas en Derecho Registral Inmobiliario (ya no resulta aceptable que se imparta la cátedra de “*Bienes*” o “*Derechos Reales*” o que se escriba respecto de ellos, al menos de aquellos que se encuentran sujeto a registro, sin tomarse debidamente en consideración esta disciplina).

Debemos confesar que nosotros no estamos libres del pecado anterior, según lo confirman algunos pasajes de nuestro libro escrito hace trece años atrás, “*Estudio de títulos de inmuebles*” (Editorial Metropolitana; Santiago - Chile; 2002), más cargados a enfoques civilistas tradicionales imperantes en nuestro país. Sin embargo, luego comprendimos que algo faltaba, ya que las normas y principios registrales terminan configurando un estatuto jurídico distinto al de los bienes no sujetos a registro. Las normas registrales no necesariamente son coincidentes con las extra registrales, las cuales pueden resultar limitadas, modificadas e, incluso, derogadas por las primeras.

II.- LA POSESIÓN Y LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL SUB ADQUIRENTE DE BUENA FE FRENTE A LA INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS FALSIFICADOS.

Previamente, debemos hacer dos advertencias:

1.- Por sub adquirente⁴⁹ 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.

2.- Nuestra legislación no consagra expresamente el denominado principio de la “*fe pública registral*”⁵⁰. 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; se trata de un verdadero “*choque frontal de trenes a alta velocidad*”. Sostener lo contrario no sería más que un síntoma evidente de miopía jurídica.

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*

⁴⁹ 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*”.

⁵⁰ Véase “*De inscripción fuertemente causada. Principio de fe pública registral*”; en Sepúlveda, M.; Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario; op. cit; p.p. 259 a 268.

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° 24⁵¹ *“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 nuestro 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,

⁵¹ 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”.*

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. 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 1991⁵², 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.*

⁵² 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”.*

Se puede observar la compatibilidad de conceptos entre la norma interna y la internacional, pero ambas proscriben la privación de la propiedad sin indemnización”⁵³.

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 ser regular o irregular”* (inciso 1°)⁵⁴. *“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 irregular”⁵⁵* (inciso 2°). *“Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición”* (inciso 3°)⁵⁶. *“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 4°). 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 años⁵⁷.

⁵³ Citada en Sepúlveda M.; El D.L. N° 2.695 de 1979 ante la jurisprudencia; Editorial Metropolitana; Santiago - Chile; 2011; 3ª edición; p.p. 116 y 117.

⁵⁴ *“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, L.; Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado; volumen III; tomo séptimo; De los bienes II; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1992; p. 472).

⁵⁵ Artículo 708 del Código Civil: *“Posesión irregular es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 702”*.

⁵⁶ *“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, L.; 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).

⁵⁷ 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. Desaparecida 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, J.; 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*

Lo anterior, por ejemplo, se ve confirmado por el artículo 1815 del Código Civil⁵⁸, 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 poseer⁵⁹.

Mientras el poseedor no adquiriera 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, tal como ya lo hemos explicado, que el legislador chileno estructuró la protección al dominio y demás derechos reales inmuebles, a partir de la denominada “*Teoría de la posesión inscrita*”.

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 nulo⁶⁰, 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 han citado.

*‘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 semejo 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).*

⁵⁸ 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*”

⁵⁹ En sentido contrario Acuña, C.; Estudio de los bienes y de los derechos reales; Metropolitana Ediciones; Santiago - Chile; 2000; p. 203.

⁶⁰ 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, V.; Teoría general del acto jurídico; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2003; 5ª edición; p.p. 237 a 245.

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 Civil⁶¹)⁶². Según Luis Claro Solar, “*en realidad en este 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*”⁶³. 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 de que si lo es la posesión de quien adquiere de buena fe en virtud del título falso⁶⁴.

⁶¹ 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; 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.*” (inciso 1°). 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” (inciso 2°). 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, J.; op. cit.); p.p. 722 y 723).

⁶² 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°).

⁶³ Claro, L.; 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, C; op. cit.; p. 203).

⁶⁴ 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*

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 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 (...)”⁶⁵.

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”*⁶⁶.

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*

representante legal de otra, sin serlo”. En este proyecto los títulos injustos se encontraban relacionados directamente con la posesión natural.

⁶⁵ Rodríguez, P.; 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).

⁶⁶ Barrientos, J.; op. cit.; p.p. 714 y 715.

*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*⁶⁷. *“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 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 sus elementos son ajustados a la ley, y es irregular, si ellos o alguno de ellos no lo están”*⁶⁸.

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 extranjeros⁶⁹. 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, sino, también, a la confianza en el país, lo que siempre estará expuesto a delirios refundacionales de quienes se sienten depositarios de la verdad revelada acerca de aquello que nos conviene a todos los chilenos, no obstante que la opinión mayoritaria de éstos pueda ser la contraria. Esto último, lamentablemente, es un problema que siempre estará latente.

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 dueño⁷⁰. Se trata de un riesgo potencial que afecta a los negocios inmobiliarios, al igual que muchos otros riesgos que afectan a los negocios

⁶⁷ Claro, L.; op. cit.; p. 473.

⁶⁸ *Ibíd*em; p. 475.

⁶⁹ Por ejemplo, según cálculos de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras (ABIF), a agosto de este año la colocación de créditos hipotecarios, medida en montos, creció 10,6% y, a diciembre de 2016, se proyecta un crecimiento de 9%. Su gerente General, Ricardo Matte, explica que hay varias condiciones que favorecen este crecimiento, tales como las bajas de tasas de interés y la valoración en los últimos años de las viviendas por alzas de precios importantes, transformando a los bienes raíces en una alternativa más rentable que la Bolsa que ha estado más deprimida. *“Agrega que para quienes toman la decisión de comprar una vivienda influyen las perspectivas de empleo y salario (masa salarial), que han permanecido estables”* (Economía y Negocios; El Mercurio de Santiago; domingo 4 de octubre de 2015; p. B 16).

⁷⁰ Artículo 2517 del Código Civil: *“Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”*.

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 generalizada⁷¹, lo que no obsta a que deban adoptarse todas las medidas necesarias para que, al igual que otras figuras de fraude inmobiliario, sea una realidad casi inexistente.

III.- CONSIDERACIONES FINALES.

Como corolario de todos lo que hemos expuesto en el presente trabajo, podemos afirmar, al igual que lo hicieron dos ilustres civilistas nacionales (José Clemente Fabres y Luis Claro Solar⁷²), que la institución del Registro Inmobiliario es de las novedades más grandes del Código Civil chileno, se trata de una sus más importantes innovaciones.

La fortaleza de tal institución descansa esencialmente en su construcción jurídica y no en la hipertrofia de algún principio registral, siempre expuestos a fisuras, excepciones y contradicciones. Este sistema que es chileno y no una copia textual de algún sistema que se conociera en la primera mitad del siglo XIX, se enmarca dentro una obra mayor: la de don Andrés Bello López, de quien nunca hemos escondido la admiración que nos provoca, sin duda uno de los más grandes intelectuales y estadistas hispanoamericanos o, en palabras del historiador Simon Colliers, *“un personaje poco menos que increíble. Un verdadero gigante”*⁷³.

⁷¹ *“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”* (Sepúlveda, M. - Saquel, M.; *“El fraude inmobiliario en Chile”*; ponencia presentada en el XIX Congreso Mundial de Derecho Registral IPRA - CINDER; Santiago - Chile; 27 al 29 de octubre de 2014; publicada en revista electrónica Fojas de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral; edición n° 38; mayo de 2015; [www.http://fojas.conservadores.cl](http://fojas.conservadores.cl)).

⁷² Citados en Sepúlveda, M.; Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario; op. cit.; p. 169.

⁷³ Este mismo historiador ya fallecido, reconocido como el más destacado académico extranjero especialista en la Historia de Chile, agrega en la presentación a la 1ª edición del libro del profesor titular de historia de la Universidad de Notre Dame (EEUU) Iván Jaksic A. que *“es completamente imposible resumir en pocas palabras la inmensa envergadura de su obra, tan ampliamente reconocida en tantos países. Ella parece aún más extraordinaria cuando se piensa en la espinosa época histórica en la que*

Se trata de una obra que no puede estar al margen de estudios jurídicos y cursos de derecho, especialmente que se impartan en nuestro continente; así lo demuestra abrumadoramente, por ejemplo, la influencia del Código Civil en otros países. Estudios sobre la materia demuestran que su influencia asumió tres modalidades: “*en ocasiones fue adoptado pura y simplemente*”⁷⁴; *en otros casos, fue utilizado como modelo principal para redactar los códigos nacionales*⁷⁵ y, finalmente, respecto de varios textos, constituyó una fuente importante, pero entre varias otras”⁷⁶.

Finalmente, tal como ya lo hemos expresado en este trabajo y en otros, luego de más de ciento cincuenta años de existencia de nuestro Registro Inmobiliario, resulta indiscutible que es deseable y, en algunos casos, necesario introducirle ciertos perfeccionamientos.

vivía Bello: las postrimerías de la Colonia, las guerras de la independencia, los ensayos posteriores de organización republicana. Ensayos desastrosos en casi todas las nuevas repúblicas hispanoamericanas, (...)”; (Jaksic, I; op. cit.; presentación a la primera edición en 2001; p. 13).

⁷⁴ Así sucedió en Ecuador (1857), Colombia (1858), El Salvador (1859), Panamá (1860), Venezuela (rigió entre el 19 de abril de 1863 y el 8 de agosto del mismo año), Nicaragua (1871) y Honduras (1880). Refiriéndose a Colombia, Iván Jaksic A. explica que “*fue adoptado por el Estado de Santander (18 de octubre de 1858) y luego le siguieron los de Cundinamarca y Cauca (1859), Panamá 1860) y Antioquía (1865). En 1873, el Congreso nacional colombiano reconoció el uso generalizado del Código de Bello y lo declaró válido para toda la república*” (Jaksic, I.; op. cit.; p. 227).

⁷⁵ En Argentina Dalmacio Vélez Sarfield afirmó que lo utilizó como uno de sus modelos principales, que “*tanto aventaja a los códigos europeos*” (Oficio de remisión del primer libro del Código Civil al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Buenos Aires, 21 de junio de 1865).

⁷⁶ Tapia, M.; Código Civil 1855 - 2005. Evolución y perspectivas; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2005; 1ª edición; p. 51. Este mismo autor afirma que el Código Civil chileno tuvo gran influencia en Sudamérica y Centroamérica e, incluso, llegó hasta España (la vigencia de su Código Civil se extendió a Cuba, Puerto Rico y Filipinas) y Portugal (la vigencia de su Código Civil alcanzaba Angola, Mozambique, Guinea Portuguesa, Cabo Verde, Sao Tomé, Macao y Timor); (ibídem; p.p. 50 y 53). Por su parte, Iván Jaksic A. comenta que “*otros países del continente no llegaron a hacer una adopción tan completa como la de Ecuador, pero sí usaron partes importantes, o al menos usaron el Código de Bello como guía para sus propios documentos. Bernardino Bravo Lira y Alejandro Guzmán Brito han documentado la influencia de Bello en los códigos de Uruguay (1869), Argentina (1869), Paraguay (1876), y en la Consolidacao das leis civis (1858) y el Esboco de código civil (1860 - 1865) de Augusto Texeira de Freitas en Brasil El Código de Bello fue consultado en las codificaciones de México (1871 y 1884), Venezuela (1873 y 1916), Guatemala (1877) y Costa Rica (1888), lo que demuestra que su Código civil se habría transformado en un texto obligatorio de referencia en casi toda América Latina*” (Jaksic, I.; op. cit.; p. 228).