



CAPÍTULO PRIMERO

Consideraciones acerca de la posesión inscrita

BREVES COMENTARIOS

A LA OBRA DEL SEÑOR DON HUMBERTO TRUCCO

SUMARIO

- 1.—Triple rol jurídico de la inscripción.—2. Su crítica.—3. Objeto de este trabajo.—4. Originalidad de la inscripción como institución jurídica.—5. Teoría de la posesión inscrita y su base.—6. Artículo 724.—7. Artículo 696.—8. —La posesión efectiva de un derecho (artículo 696) y la posesión (hecho) son cosas diversas.—9. Artículo 728.—10. Posesión inscrita y posesión no inscrita.—11. La posesión inscrita no es más que la posesión regular de los bienes raíces.—12. Posesión irregular de los bienes raíces.—13. Esta posesión frente a la teoría de la posesión inscrita y su no consideración en nuestro derecho.—14. El artículo 728 se refiere únicamente a la posesión regular de bienes raíces.—15. Cancelación judicial de la inscripción.—16. Casos en que procede.—17. Artículo 730.—18. Artículo 924.—19. Artículo 2505.—20. La prescripción extraordinaria necesita de posesión irregular y no exige título ni menos tradición.—21. Mala ubicación del artículo

2505.—22. Análisis del artículo 924.—23. Antagonismo de los artículos 924 y 925.—24. Posesión de cosa incorpóral y posesión de cosa corpóral.—25. El derecho de propiedad es una cosa corpóral.—26. La posesión inscrita y los artículos 924 y 925.—27. La posesión del suelo y su único medio de prueba.—28. La inscripción como garantía de la posesión.—29. Estudio que del artículo 724 hace el señor Trucco.—30. El artículo 724 no es absoluto.—31. Diversidades que su aplicación presentaría.—32. Alcance del artículo 724.—33. Nuestra contradicción a la teoría de la posesión inscrita.

1. El trabajo del señor don Humberto Trucco tiene el propósito de demostrar la *originalidad* de don Andrés Bello en la teoría posesoria, al incorporar a nuestras instituciones el sistema del Registro Conservatorio. De acuerdo con semejante objeto el señor Trucco empieza por reconocer que la inscripción desempeña, en sus relaciones con la propiedad, un triple rol jurídico, a saber:

a) sirve de símbolo de la tradición, o sea, constituye una forma especial de tradición del dominio de los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, exceptuadas las servidumbres (arts. 686 y 698 del Código Civil);

b) sirve de requisito, garantía y prueba de la posesión de los bienes raíces; y

c) es un medio para dar publicidad a las cargas y gravámenes que afectan a la propiedad inmueble.

2. En el curso de nuestro trabajo pretendemos demostrar que se incurre en un error—derivado de la impropiedad en la interpretación de los términos del legislador—al sostenerse que la inscripción desempeña

normalmente el rol de servir de requisito, garantía y prueba de la posesión de los bienes raíces. A nuestro juicio la inscripción no desempeña tales funciones de un modo absoluto; porque, primeramente, de acuerdo con la teoría general posesoria, no puede ni debe desempeñarlo y, en seguida, porque nuestro legislador, en la total armonía de sus disposiciones, no puede ni debe aparecer contradiciéndose a sí mismo.

Nuestro legislador estableció con caracteres precisos su sistema posesorio y delineó con toda exactitud las diversas características y ventajas de las varias posesiones y sus distintas calidades. Pretendemos, de esta manera, demostrar que hay un error lamentable de principios al apartarse de la doctrina establecida por el legislador en el articulado del Código Civil.

3. El trabajo del señor Trucco puede sintetizarse manifestando que sus ideas generales conducen a demostrar que la inscripción desempeña, en sus relaciones con la propiedad, el triple rol jurídico que hemos señalado y que relativamente a la posesión de los bienes raíces sirve de requisito, garantía y prueba.

Por otra parte, pretendemos llevarnos al convencimiento de probar que la inscripción—como ya lo hemos dicho—no desempeña semejante rol de un modo absoluto, general, sino que ella se reduce a servir de requisito de la posesión regular de los bienes raíces; que no sirve de prueba de la posesión de dichos bienes y que, finalmente, es garantía frente a la prescripción adquisitiva ordinaria de bienes raíces.

4. Como el señor Trucco, creemos que la legislación nuestra presenta la originalidad de la institución del Registro Conservatorio de Bienes Raíces y que, de consiguiente, «para penetrarse del alcance de la institución jurídica que nos rige, denominada *inscripción*, es, en consecuencia, a todas luces, superfluo e inoficioso ocurrir a otras legislaciones, las cuales ninguna luz nos pueden dar, como quiera, repetimos—agrega el señor Trucco—que la inscripción desempeña entre nosotros dos funciones jurídicas, sin precedentes en otras legislaciones conocidas.»

Reservándonos la aceptación de las ideas anteriores con algunas variaciones nos hemos mantenido de acuerdo con el juicio del señor Trucco, porque en el curso de nuestro trabajo se ha desarrollado la teoría posesoria, siguiendo en sus líneas generales y paso a paso las nociones, los artículos, el concepto del legislador.

5. Por el momento nos concretamos a comentar el trabajo del señor Trucco.

El señor Trucco asevera en su interesante trabajo que «la doctrina de la posesión inscrita descansa en « la ficción legal de que el poseedor inscrito, *con « título anotado por más de un año*, tiene en su favor, « por el hecho de la inscripción, los dos elementos « de la posesión: la tenencia y el ánimo de señor,» y fundamenta la aseveración suya en deducciones de los siguientes artículos, que comenta ligeramente: 724, a este le dedica un estudio especial; 696, 728, 730, 924 y 2505.

Con las citas de tales artículos el señor Trucco no pretende otro objeto que demostrar en forma incon-

trovertible la necesidad imperiosa de proceder previamente a la inscripción, para que se dé nacimiento a la posesión de los bienes raíces, o—como se asegura—con la inscripción no se hace otra cosa que cumplir con *su* rol jurídico, de servir de requisito de la posesión de dichos bienes.

6. Esto se deduce, dice el señor Trucco:

a) del artículo 724 (1), según el cual la inscripción en el Conservador es la que hace «adquirir» la posesión.

Dice ese artículo: «Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, *nadie podrá* adquirir la posesión de ella sino por este medio.»

Hasta aquí la argumentación del señor Trucco. A nuestro juicio es el artículo más delicado de cuantos en el Código hacen referencia a la inscripción relacionándola con la posesión, porque sus términos son terminantes y la afirmación de sus ideas precisa. Pero, como lo dijimos en la nota agregada a la del señor Trucco, en el comentario al acápite especial destinado al artículo 724, nos dedicaremos a estudiar las serias reflexiones que provoca.

7. Sigue:

b) del artículo 696, «según el cual sólo cuando la « inscripción se efectúa, se dá o se transfiere « la « posesión efectiva del respectivo derecho.»

(1) Este artículo—dice en una anotación—se presta a muy serias reflexiones y por eso dedicaremos a su estudio un acápite especial.

Nosotros haremos lo mismo.

Dice este artículo: «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.»

8. La expresión usada por nuestro legislador en el artículo precedente, para referirse al efecto de la *no* anotación en el Registro Conservatorio de los títulos cuya inscripción se exige, ha inducido a creer en un concepto equivocado y que analizaremos en seguida.

Se dice que según el artículo 696, sólo cuando la inscripción se efectúa se dá o se transfiere «la posesión efectiva del respectivo derecho.» Ahora bien, ¿qué debe entenderse por posesión efectiva del respectivo derecho?

Los artículos anteriores aludidos en el 696 son los del párrafo 3.º del título VI, libro II, y que tratan de las otras especies de tradición. Individualizados quedan comprendidos entre los artículos N.º 686 al 695, inclusive. Todos estos artículos hablan de la tradición de derechos, del procedimiento o de la manera cómo debe hacerse la anotación de cada título, para los efectos de la inscripción.

Así, el 686 dice que la tradición del *dominio* de los bienes raíces; 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, se efectuará por la inscripción del título en el Registro del

Conservador; el 687, determina—atendida la ubicación del inmueble—el lugar en que la inscripción deba hacerse; el 688, repite el precepto del artículo 722, que establece la adquisición de la posesión de la herencia desde el momento en que es deferida; pero agrega que la posesión *legal* no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no procedan las inscripciones que el artículo enumera; el 689, dá el valor de título a la sentencia ejecutoriada que reconoce como adquirido por *prescripción* el *dominio* o cualquiera otro de los *derechos* mencionados en los artículos 686 y siguientes; el 690 y el 691, contienen reglas que determinan el procedimiento que debe seguirse en una inscripción de título; el 692, «siempre que se transfiera un *derecho*, que ha sido antes inscrito, se mencionará la precedente inscripción en la nueva;» el 693, dá las reglas a que se sujetarán las inscripciones de los títulos referentes al *dominio* de una finca o de otros *derechos* reales y que se refieran a inmuebles antes no inscritos; el 694, prevé la circunstancia de inscribirse minutas o documentos que no se guardan en el registro o protocolo de una oficina pública; el 695, deja para un reglamento especial el determinar en lo demás los deberes y funciones del Conservador y la forma y solemnidad de las inscripciones; finalmente, el artículo 696, contiene el principio de que *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.

Por la relación de los artículos anteriores al 696 y que hacen referencia a la inscripción se desprende claramente que el mencionado artículo alude de un modo exclusivo a la consecuencia y a los alcances jurídicos provenientes de la falta de inscripción de un título que se prescribe para dar o transferir la posesión efectiva del respectivo derecho.

Indiscutiblemente que el legislador se ha referido, de una manera única, al no cumplimiento de las disposiciones de sus artículos 686 a 695. Previó, en consecuencia, el alcance jurídico que tendría el no cumplimiento del requisito de la inscripción para proceder a la tradición del dominio de los bienes raíces y de los demás derechos reales mencionados en el artículo 686, y estableció, entonces, que semejante omisión ocasionaría la no dación o transferencia de la posesión efectiva del respectivo derecho; porque, precisamente, la inscripción tiene como objeto único,—cuando se relaciona con la tradición,—el dar o transferir la posesión efectiva del derecho a que se refiere el título.

El Mensaje con que el Ejecutivo acompañó al Congreso para su aprobación el proyecto de Código Civil, reconoce la misma doctrina y concordando con el espíritu de los artículos citados, dice: «La
« transferencia y transmisión de dominio, la consti-
« tución de todo derecho real, exceptuadas, como he
« dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la
« única forma de tradición que para estos actos co-
« rresponde es la inscripción en el Registro Conser-
« vatorio. Mientras esta no se verifica, un contrato
« puede ser perfecto, puede producir obligaciones y

« derechos entre las partes, pero no transfiere nin-
« gún derecho real, ni tiene respecto de terceros
« existencia alguna. La inscripción es la que da la
« *posesión real efectiva*; y mientras ella no se ha can-
« celado; el que no ha inscrito su título, no posee:
« un es mero tenedor».

El Mensaje se ha limitado, en las líneas copiadas anteriormente, a manifestar el espíritu general en materia de inscripción y ha insistido nuevamente, en forma terminante, en que la posesión derivada de la transferencia o transmisión de dominio o de la constitución de todo derecho real,—exceptuadas, como ha dicho, las servidumbres,—exige una tradición y la única que corresponde es la inscripción y mientras esta no se verifica no se transfiere el dominio, ningún derecho real: no se da la posesión real efectiva.

Con lo dicho anteriormente puede argumentarse que la referencia del artículo 696 para sostener que sólo cuando la inscripción se efectúa se da o se transfiere «la posesión efectiva del respectivo derecho», es errada, si se piensa sostener que una denominación como la anterior equivale, corresponde en forma exacta, precisa, matemática al concepto posesorio general.

La posesión efectiva del respectivo derecho expresada en el repetido artículo 696 y la posesión real efectiva insistida en el Mensaje, no son, pues, bien miradas, más que una consecuencia desprendida lógicamente de la tradición del dominio de los bienes raíces o de la constitución de todo derecho real, exceptuadas las servidumbres, y de *ninguna manera*

se refieren ni pueden referirse a la posesión tratada en el título VII, del libro II, art. 700 y siguientes; porque ésta, es independiente—por su naturaleza—de todo derecho, y porque de otra manera sería imposible el concebir la existencia de una institución separada, si necesariamente debieran aparecer unidas la propiedad, los demás derechos reales y la posesión. Lo que sí ha querido manifestar nuestro legislador es que tanto ahora como antiguamente, la posesión se presenta caracterizada con dos fases interesantes, *una*: en que se manifiesta la derivación de un derecho y de donde sale, consiguientemente, el ejercicio de actos posesorios como una consecuencia inevitable de una evidente naturaleza jurídica.

Yo, dueño de un sombrero, usándolo ejercito actas posesorios, porque soy su dueño. Equivale al *jus possidendi* romano, es el derecho a poseer.

La otra fase de la posesión radica esencialmente en el error, de buena o mala fé, presunto; pero siempre en la creencia equivocada de corresponderle al ejercitante de actos posesorios ese ejercicio, porque aparentemente figura como actor bastante para ejercitarlos.

Yo me creo dueño del sombrero, lo he adquirido de alguien a quien supuse propietario y no lo era, y al usarlo ejercito actos posesorios, no como una consecuencia de *ser* dueño, sino que por *creerme* tal. Corresponde al *jus possessionis* romano, es el hecho de la posesión.

En resumen, creemos que puede sostenerse que se incurre en un error de interpretación al concordar el artículo 696 referente a la posesión efectiva de un

derecho o posesión derivada de un derecho, con los principios de la posesión, simple hecho, expuestos en los artículos 700 y siguientes.

De acuerdo con lo anterior, la *posesión efectiva del respectivo derecho debe entenderse como el ejercicio material y jurídico de un derecho amparado y reconocido*.—La posesión efectiva de una cosa sobre la cual se tiene el dominio por tradición o prescripción o sucesión por causa de muerte—a cuyos modos de adquirir se hace referencia directa en los artículos extractados—no es lo mismo que una posesión sujeta a las prescripciones generales del título VII, del libro II del C. C.—El antiguo concepto de una posesión con derecho y del hecho de la posesión se mantiene: *jus possidendi* y *jus possessionis*.

Confundir estas ideas es olvidar la doctrina.

9. La tercera argumentación del señor Trucco para probar que la inscripción sirve de requisito de la posesión se fundamenta en:

c) El inciso 2.º del artículo 728, según el cual « aún el *apoderamiento de una cosa, con ánimo de señor*, no basta para constituir posesión si la cosa « está inscrita ».

A continuación de estas frases el señor Trucco intercala el expresado inciso 2.º; pero es más útil copiar íntegramente el artículo 728:

Dice: « 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 trasfiere su derecho a otro o por decreto judicial ».

« Mientras subsista la inscripción, el que se apo-

dere de la cosa a que se refiere el título inscrito, no *adquiere* posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente».

10. Nuestro legislador en el artículo copiado anteriormente emplea una expresión no definida expresamente, porque no ha distinguido con toda claridad el concepto de una posesión de bienes raíces inscritos y de otra posesión no inscrita. En el párrafo destinado a tratar de la posesión y sus diferentes cualidades no hace ni la más insignificante mención especial al concepto que aparece tratado con caracteres precisos en el artículo 728.

Sin embargo de ser esto así, aparece de los artículos 702 y 708 que el legislador, sin denominación especial alguna, estableció los requisitos de la posesión inscrita y también los de la posesión no inscrita y *que corresponden a las expresiones de regular e irregular* tratándose de inmuebles.

Indiscutiblemente que *poseedor inscrito* se llama aquel cuyo título se encuentra anotado en el Registro Conservatorio, y en tal caso se llamaría *poseedor no inscrito* aquel cuya posesión no se encontrara anotada.

Concordamos anteriormente el artículo 728 con el 702 y el 708. Dice el artículo 702 que la posesión regular se determina por la concurrencia de tres circunstancias: 1.º que proceda de justo título; 2.º que haya sido adquirida de buena fe, y, eventualmente, si el título es traslativo de dominio es necesaria la tradición.

Ahora bien, tratándose de bienes raíces la entrega que el legislador ha establecido es el procedimiento

de la inscripción, en consecuencia, *pueden* ser inscritos únicamente los títulos que se refieren a la posesión de los bienes raíces.

11. *La posesión inscrita no es más que la posesión regular de los bienes raíces*, porque reúne todos los requisitos exigidos en el artículo 702: *inscripción, entrega*, tradición, como indebidamente emplea el inciso 3.º de este artículo; título, porque la inscripción es la anotación del *título* en el Registro del Conservador, conforme a la regla del artículo 686, y la *buena fe* porque la ley establece su presunción, excepto en los casos en que expresamente considere la *contraria*, según el artículo 707.

¿Cabe—preguntamos ahora—sostener que la interpretación del artículo 728 exige, para dar claridad a su contenido, que la posesión inscrita sea absolutamente *toda* la posesión de bienes raíces o se reduzca a aquellos casos en que se cumpla con los requisitos del artículo 702 para dar comienzo a la posesión regular?

¿Es posible—como lo hace el señor Trucco—servirse únicamente del inciso 2.º del artículo 728 con el objeto de obtener una disposición favorable al fondo de sus argumentaciones?

¿Es de un buen procedimiento, de sana lógica, de correcta interpretación hacer uso de las disposiciones legales de una manera incompleta para obtener un juicio satisfactorio, una razón suficiente para una argumentación cualquiera?

A nuestro juicio un breve comentario del artículo 702 nos da a entender que necesariamente la posesión de los bienes raíces, para que sea regular, debe

ir acompañada de inscripción si el título es traslativo de dominio. Toda vez que se trate de una inscripción a la que haya precedido un título traslativo de dominio, debe entenderse—sin temor de errar—que se tiene la posesión regular porque a la circunstancia de la *entrega simbólica* precedida de un título hay que agregar todavía la *buena fe* presumida por el legislador.

12. Ahora bien, demostramos, en el párrafo referente a la posesión irregular, que el espíritu de la ley ha sido siempre el de exigir la concurrencia absoluta de los tres elementos del artículo 702 para constituir la regularidad de una posesión sobre cosa inmueble, cuando el título es traslativo de dominio, y que la posesión *puede empezar* con cualquiera de esos requisitos constituyendo la posesión irregular, porque *expresamente* el legislador estableció que ésta es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 702.

«Uno o más de los requisitos señalados en el artículo 702», y al manifestar que la posesión irregular carece de semejantes elementos, en el número indeterminado de uno o más, dió a entender claramente que la irregularidad podría establecerse sin el cumplimiento de la tradición o entrega siempre que existiera uno de los otros requisitos.

A me da en venta una propiedad raíz. Le pago el precio, me hace entrega material del predio y sea, ya por olvido o por ignorancia legal, el hecho es que no hemos procedido a la inscripción del título. Para los sostenedores absolutos de la teoría de la posesión

inserita yo no tengo sobre el predio ninguna relación considerada por la ley.

13. Analicemos conforme a este criterio.

No soy propietario, porque si bien es cierto que he comprado a quien es dueño, no ha seguido al título la competente entrega; no soy poseedor de ninguna calidad, porque la posesión de los bienes raíces necesita como requisito previo para establecerse de la anotación en el Registro y yo no la he hecho, y no soy tampoco mero tenedor, porque esa tenencia arbitraria, fuera de la ley, no la ejerzo en lugar o a nombre del dueño, ni tengo la cosa reconociendo dominio ajeno. Ni corresponde esta situación mía a la contemplada en el mensaje al asegurarse que mientras la inscripción no se ha cancelado, al que no ha inscrito su título no posee: es un mero tenedor, por las razones jurídicas que expresamos anteriormente.

Supongamos ahora y dentro siempre de la doctrina sustentada y sostenida por el señor Trucco, que pasado un tiempo considerable, 35 años, se interpone por mi vendedor demanda con el propósito de obtener la restitución del predio que indebidamente tengo.

De los interdictos o juicios posesorios sumarios indicados en el artículo 700 del Código de Procedimiento Civil, podría intentarse la querella de restitución que tiene por objeto recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero, semejante querella no puede ser favorablemente intentada porque es necesario expresar, entre otras circunstancias, las enumeradas en el artículo 716 del expresado Código, o sean:

«1.º Que personalmente o agregando la de sus antecesores, ha estado en posesión tranquila y no interrumpida durante un año completo, del derecho en que pretende ser amparado; y

2.º Que ha sido despojado de la posesión por medio de actos que indicará con la posible claridad y especificación».

No haremos mención especial a la primera de las circunstancias enumeradas en el artículo 716, porque el estar en posesión tranquila y no interrumpida durante un año completo presenta precisamente la variada diversidad de criterio que comentamos.

Pero, aceptando la doctrina del señor Trucco de suponer que «la posesión inscrita descansa en la ficción legal de creer que el poseedor inscrito, *con título anotado por más de un año*, tiene en su favor, «por el hecho de la inscripción, los dos elementos «constitutivos de la posesión», y aceptando todavía «que «tratándose de un inmueble inscrito, con título «anotado por más de un año, no es posible, sin «desnaturalizar el sistema por el Código establecido, probar la posesión del inmueble por medios «distintos de la respectiva inscripción» y aceptando finalmente «que el poseedor inscrito no puede perder su posesión ni aún con el apoderamiento «que otro haga de la cosa, con ánimo de señor», tenemos que el poseedor inscrito no necesita de ningún otro antecedente que su inscripción para justificar *que ha adquirido, que tiene y que no podrá perder su posesión mientras previamente no se haya cancelado la inscripción*. De esta manera es sencillamente fácil probar que ha estado en posesión duran-

te un año completo del derecho en que pretende ser amparado.

Como sabemos que dos personas no tienen, no pueden tener la posesión total sobre una misma cosa o sobre un mismo derecho, en el ejemplo señalado yo no tendría posesión.

Pero, dejando por el momento a un lado el tiempo que prescribe la ley para intentar los interdictos, el inciso 2.º del artículo 716 da la regla precisa para exigir que el demandante establezca, con la posible claridad y especificación, los actos por medio de los cuales ha sido despojado de la posesión.

Ahora bien, como mientras la inscripción no se cancele, para los sostenedores de la posesión inscrita ésta no cesa, no es posible suponer que haya habido despojo, porque la posesión *continúa* siempre supuesta en quien tiene el título inscrito. En consecuencia, siendo la acción posesoria que debe intentarse en mi contra la que tiene por objeto recuperar la posesión de bienes raíces, no puede interponerse una demanda basada en tal causal por alguien que—a juicio de los partidarios de la teoría de la posesión inscrita—tiene a su favor la inscripción, que es requisito, garantía y prueba de la posesión de los bienes raíces.

Si no fuera por esto solamente, el interdicto posesorio en mi contra quedaría reducido a la nada, además de aceptarse la circunstancia anterior, por la prescripción de la querella de restitución, ya que, conforme a la regla del inciso 2.º del artículo 920 del C. C., las acciones que tienen por objeto recuperar la posesión, espiran al cabo de un año completo desde que el poseedor anterior la ha perdido.

De consiguiente, si aceptamos por un lado las argumentaciones del señor Trucco y si negamos a la inscripción la importancia absoluta que se le atribuye, tenemos que la querrela de restitución no puede ser suficientemente entablada en mi contra, porque en un caso no puede pedir la restitución de una cosa alguien que la tiene, que está en posesión de ella; y en el otro, habría prescripción extintiva por haber transcurrido más de un año contado desde que el poseedor anterior perdió la posesión.

Pero, los redactores de nuestro Código de Procedimiento Civil entendieron equivocadamente también, como nosotros, que la posesión es independiente de la inscripción y que se manifiesta por actos que exigen una relación constante, material, entre la persona y la cosa poseída. Y este entendimiento se manifiesta claro en el N.º 2.º del artículo 716, en donde al hablar de la posesión despojada, se alude a *actos* o hechos positivos de una persona «para privar a otro de lo que goza y tiene.»

Mi vendedor no puede entablarme la acción de los interdictos, en primer lugar, porque para su criterio sigue siendo poseedor; su inscripción le resguarda, le asegura, le mantiene su posesión; en seguida, porque si tal no ocurriera habría pasado el tiempo necesario para interponerlos, habría prescrito su derecho a las acciones posesorias y, finalmente, no hay ningún acto injusto de mi parte que le haya quitado, le prive del uso y goce de la cosa vendida y entregada materialmente.

Ahora bien, si se encuentra privado de entablar los interdictos posesorios por cualquiera de las razo-

nes expresadas anteriormente, le queda, sin embargo, a salvo su fuerte calidad de propietario de la cosa para hacer que se le reconozca su derecho y se proceda a condenar «al poseedor de ella a restituírsela al propietario no poseedor.» El artículo 889 expresa categóricamente que la acción reivindicatoria corresponde al dueño que no está en posesión de una cosa singular contra el poseedor que no tiene el dominio.

En este artículo el legislador ha distinguido claramente la posesión de la propiedad y ha todavía expresado con toda crudeza su opinión de considerar la posesión como el poder físico que se tiene sobre una cosa, con ánimo de señor o dueño.

La reivindicación — o acción de dominio — se ha dicho en ese artículo — 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*.

Al manifestar el legislador que la circunstancia de *no estar en posesión* el propietario da derecho para exigir la restitución de la cosa, expresa—como ya lo insinuamos—el concepto general de ser la posesión un estado de hecho independiente de todo lo que no sea tenencia o intención, sus elementos constitutivos.

Argumentando ahora con las razones jurídicas sustentadas por el señor Trucco, tendríamos que mi vendedor mantiene su calidad de poseedor por no haberse cancelado su inscripción, y en tales circunstancias no puede entablar la acción reivindicatoria, porque el artículo 889 exige que ella sea entablada necesariamente por el propietario que no está en posesión, que no tiene la posesión, y para el señor Trucco — repetimos — quien mantiene la inscrip-

ción de su título por más de un año goza de la ficción legal de ser considerado poseedor, porque la inscripción sirve de requisito, prueba y garantía de la posesión de los bienes raíces. *Un propietario que tiene la posesión no puede entablar la acción reivindicatoria cuyo objeto es obtener la restitución de una cosa singular no poseída por el dueño.*

Insertamos la parte pertinente del Mensaje en la cual se expresaba considerar al que no ha inscrito su título como mero tenedor (1), y en esta virtud tenemos, con la cita del artículo 714 que lo define, que el hecho producido no puede constituir *jurídicamente* una mera tenencia, porque ésta exige que el poder físico se ejerza en lugar o a nombre del dueño o reconociendo dominio ageno.

Nuestro legislador ha considerado esencialmente en su concepto de la mera tenencia la falta del factor intencional, de tener la cosa con ánimo de señor o dueño, y la falta de ese elemento constituye la diferencia fundamental—lo sabemos—que existe entre posesión y mera tenencia, o como el Código expresa empleando expresiones no debidas, posesión a nombre propio y posesión a nombre ageno (artículo 719).

Sin embargo de ser esto así, el Ejecutivo en su Mensaje ha empleado indebidamente una expresión que el redactor de nuestros preceptos civiles se encargó de darnos con toda claridad y lucidez.

El artículo 915 contiene el principio de ampliar la aplicación de la acción reivindicatoria contra la per-

(1) Mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título no posee: es un mero tenedor.

sona que ejerce la mera tenencia; pero al manifestarlo ha empleado nuevamente expresiones no debidas, porque la calidad de mero tenedor la da otra vez a quien posee a nombre ageno, cuando jurídicamente la posesión se encuentra caracterizada por sus dos requisitos: tenencia y ánimo de señor, que nuestro derecho ha exigido también y lo ha expresado así en su artículo 700 al definir la posesión.

Decíamos que el legislador, en el artículo 915, extiende la acción reivindicatoria para ser interpuesta contra quien posee a nombre ageno, *aunque lo haga sin ánimo de señor*; pero mi vendedor no puede hacer uso de la disposición expresada, porque al tenor del artículo 714 no soy mero tenedor, no poseo reconociendo dominio ageno, no tengo la cosa a nombre de otro, y la intención del legislador aparece clara, tan clara, que no puede hacérsele objeto de comentario alguno. El sentido de la ley no permite desatender su tenor literal, ni el espíritu del legislador parece ser otro que el expresado.

De consiguiente, mi vendedor, poseedor inscrito, más que poseedor inscrito, *propietario*, no puede entablar en contra mía ni los interdictos posesorios ni la acción reivindicatoria, atendida a mi confusa calidad *que no es mera tenencia, que no es posesión, que no está considerada dentro de nuestras disposiciones legales.*

Aceptando, pues, el criterio de la doctrina sustentada por el señor Trucco para considerar que la posesión de bienes raíces está protegida de todo estado de hecho una vez iniciada con la inscripción, tenemos también que reconocer la existencia de una re-

lación desconocida y, por lo tanto, no amparada ni rechazada por el legislador; pero que tiene a su favor, sin embargo, una ventaja superior a todas las protecciones posibles: *la invulnerabilidad de toda acción*. (1)

En consecuencia, quien—como en el caso en que yo me coloqué—ejercite las facultades correspondientes a un propietario; pero sin ser poseedor, a juicio del señor Trucco, y sin ser mero tenedor, de acuerdo con las disposiciones aludidas de la ley, está en una situación inmejorable.

14. A nuestro entender, semejante privilegio no existe porque mi calidad no es ciertamente de poseedor inscrito; pero sí que es irregular mi posesión, porque empecé la tenencia del predio vendido con ánimo de señor y dueño, y porque además me acompañaba la procedencia del justo título y la adquisición de buena fé. Me faltó la tradición simbólica que el artículo 702 exige necesariamente para la entrega ya que «la posesión de una cosa que debe inscribirse, posesión a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla no hará presumir la tradición. Y nótese que el legislador habla aquí exclusivamente de la posesión regular y que las disposiciones todas de este artículo establecen los requisitos para adquirir una posesión de tal especie. La tradición,

(1) Nos hemos servido de un ejemplo sencillo—como es el de un título de compraventa no inscrito oportunamente; pero cuya inscripción puede realizarse en cualquier momento, como origen de la situación prevista. Escogimos este ejemplo sencillo precisamente para obtener una comprensión a la vez rápida y exacta de nuestro punto de vista.

la entrega, mejor dicho, exigida en el presente artículo, como lo decimos en otra parte de nuestro trabajo, por el texto legal, por la armonía que debe existir en la legislación, por el propio espíritu del legislador, por la fuente originaria de sus preceptos, no es elemento indispensable para la posesión de los bienes raíces ni de derechos reales constituidos en ellos, es un requisito condicional que puede dar comienzo a una posesión, si pudiéramos decir distinguida, o puede, si no concurre, originar una posesión no poco desconsiderada en el derecho. Y en todo caso aparece que la ley toma en cuenta toda relación de hecho y, necesariamente debe ser así, porque el legislador ha establecido la posesión como un hecho, y como un hecho que es, es también independiente del ejercicio anterior de actos posesorios ya que «sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él», artículo 717 y también desde que «la posesión es la *tenencia* de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño», en conformidad a la disposición general consagrada en el artículo 700 que define la posesión.

Por lo anteriormente expuesto, el contenido del artículo 728 que comentamos debe entenderse que se refiere a la posesión regular de los bienes raíces, porque en ella únicamente se exige la inscripción como elemento indispensable para alcanzar esa determinada calidad posesoria y no para adquirir la posesión.

15. Ahora, dice el artículo comentado que la posesión inscrita no cesa mientras no se cancele la inscripción, sea por la voluntad de las partes, sea

por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro o por decreto judicial.

Pretenderemos analizar nosotros en qué casos la inscripción es cancelada sin que intervenga el ánimo de la persona a cuyo favor se encuentra anotado el título.

El artículo 728 distingue claramente los tres instantes, los tres momentos de las cancelaciones de un título inscrito. Primero, el permite que las partes que han convenido en un título lo dejen sin efecto y procedan a cancelar la inscripción; Segundo, que la persona que tiene anotado el título proceda a transferir su *derecho* mediante una nueva inscripción, y finalmente, que un decreto judicial venga a destruir la plena eficacia del título inscrito disponiendo su cancelación.

Como se vé, por lo dicho, para nuestro estudio nos interesa únicamente la tercera situación. Las dos primeras son claras, sencillas y no contienen obscuridad ninguna. Si las partes convienen en dejar sin efecto la causa remota de la inscripción, si el poseedor ha resuelto transferir su derecho no hay en semejantes circunstancias necesidad de aclarar nada; porque la *voluntad* del poseedor, el *ánimo* de posesión se ha perdido y recibe su consagración definitiva en el acto de resciliación de un contrato—como sucede cuando la voluntad de las partes cancele la inscripción, o en el título traslativo en que el poseedor hace transferencia a otro de la posesión.

Pero no ocurre igual cosa cuando la cancelación de la inscripción debe hacerse a consecuencia de un decreto judicial que así lo ordena, La ley en las dos

maneras anteriores de proceder a cancelar una inscripción ha considerado, ha tomado muy en cuenta la voluntad del poseedor y deja— como parece—la tercera forma para determinar los casos en los cuales—contra la voluntad del poseedor inscrito—se haga la cancelación, y como al cancelar una inscripción que por establecer la posesión regular de los bienes raíces, hace perder una serie de expectativas, del nacimiento posible de un derecho, el legislador sentó el principio absoluto de que no siendo la voluntad del poseedor quien cancelara la inscripción, ella debe efectuarse por otro medio único: el decreto judicial.

Y con el establecimiento de semejante principio en materia posesoria, no se ha hecho otra cosa que reconocer la ficción legal conocida de estar representada la persona que ve extinguido un derecho, una relación, en el juez que dicta el decreto judicial o que reduce a escritura pública las tramitaciones posteriores a dicho decreto. La doctrina, que por analogía aplicamos al artículo 728, se encuentra establecida por nuestro legislador en el inciso 3.º del artículo 671, que dice: «En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el *trahente*, y el juez su representante legal».

16. Ahora bien; ¿en qué casos el decreto judicial puede cancelar una inscripción? A nuestro juicio en dos circunstancias: cuando el título adolece de vicios, como por ejemplo de alguno de los señalados en el artículo 704 y cuando el poseedor *irregular* ha

adquirido el dominio. Los examinaremos separadamente. Por el momento nos interesa conocer la situación remarcada. Del artículo 704 hablamos extensamente en el capítulo destinado a tratar de la posesión regular. Por ahora conviene anticipar que al artículo 704 se aplican las disposiciones del título XX, del libro IV, que tratan «de la nulidad y rescisión».

Pero, hemos dicho que además de la circunstancia de adolecer de uno de los vicios señalados en el artículo 704, procede cancelar la inscripción de un título por decreto judicial si el poseedor regular ha perdido la posesión.

Y bien, ¿cuándo se pierde la posesión?

Esta se encuentra caracterizada por sus dos elementos: *corpus* y *animus* y la teoría posesoria general nos dice que se pierde cuando faltan los *dos* o *uno* de esos elementos. Nuestro derecho acepta semejantes principios y lo expresa en los artículos 725, 726, 727.

La posesión inscrita sigue la regla especial del artículo 728.

Estudiemos la pérdida de esa posesión que autoriza a la cancelación del título inscrito por decreto judicial.

Yo he comprado a quien supuse propietario un predio. Al solicitar la anotación respectiva en el registro se me dice que la inscripción vigente figura a nombre de una persona diversa a mi vendedor, y, en consecuencia, no puede inscribirse mi título porque para que una inscripción se cancele es necesario que intervenga la voluntad de las partes o del poseedor que transfiere su derecho. Ante esta situación la ca-

lidad de mi posesión se determina por el justo título, la buena fe con que adquirí y la tenencia sobre el predio. Mi posesión es irregular. Transcurre el tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria y la calidad de posesión irregular se ve transformada en dominio.

En mérito de este antecedente, *por haber, en consecuencia, prescrito el derecho de la persona a cuyo favor se encontraba anotado el bien raíz, y en atención al precepto legal del artículo 728, solicito del juez la cancelación del título inscrito cuya prescripción sostengo y, en cambio, pido de él que se inscriba la prescripción adquisitiva alegada por mí.*

De esta manera, concluyo definitivamente con la posesión artificial mantenida en el papel (1).

Cierto es que el inciso 2.º del artículo 728 habla de no adquirirse posesión de la cosa mientras no proceda la cancelación del título inscrito; pero semejantes palabras no deben tomarse en su significación estricta, porque contradirían las disposiciones legales y los principios básicos de la posesión. Esto ya lo hemos visto claramente. Y no sería de extrañar tampoco un uso indebido de términos legales ya que el legislador no ha gastado ni en el Código ni en el Mensaje las palabras con la debida propiedad.

(1) Esta materia se encuentra desarrollada extensamente en el capítulo: «La posesión irregular de los bienes raíces es interrupción natural de la posesión inscrita».

Resumiendo, podemos decir que *el artículo 728 debe aplicarse exclusivamente a los casos de posesión regular y que la inscripción puede ocasionar—como ya vimos—una relación posesoria artificial, vana.*

17. La cuarta razón anotada por el señor Trucco es la disposición del artículo 730, inciso 2.º, «según el cual no hay adquisición ni pérdida de la posesión sin la competente inscripción».

El artículo 730 dice: «Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño 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 dá por dueño de ella y la enajena no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra sin la competente inscripción».

Claramente se ve que el legislador ha distinguido en los incisos del artículo copiado anteriormente, la posesión regular de los bienes raíces y toda otra posesión, sea ésta irregular de inmuebles o posesión de cosas muebles. Y para sostener lo dicho nos afirmamos en el preciso concepto de posesión inscrita y, en seguida, en los comentarios establecidos para el artículo 728, que, por lo demás, en sus incisos 2.º son análogos.

18. A continuación viene el fundamento señalado en la letra e, que se basa en el artículo 924 según el cual «la posesión de los derechos inscritos se prueba

« por la inscripción, y mientras esta subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla»; pero como de semejante artículo vuelve el señor Trucco a servirse para referirse en el título siguiente de su trabajo a la inscripción como prueba de la posesión trataremos de él cuidadosamente en su oportunidad.

19. Finalmente, concluye el señor Trucco con las argumentaciones legales para sostener que la inscripción sirve de requisito de la posesión, citando el artículo 2505, «según el cual no hay prescripción que valga contra un bien inscrito, sino a virtud de una nueva inscripción». Dice ese artículo: «Contra un *título inscrito* no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo».

«No hay prescripción—comenta el señor Trucco— porque el fundamento preciso de toda prescripción adquisitiva es la posesión y ya tenía dicho el Código (arts 696, 728, 729, etc.), que sin inscripción no había posesión».

Los comentarios del párrafo final del señor Trucco están en perfecto acuerdo con la doctrina sustentada por él; pero la interpretación establecida por nosotros para cada uno de esos artículos que cita y con los cuales fundamenta su doctrina de servir la inscripción de requisito de toda posesión de bienes raíces, indicarán claramente que estamos en desa-

uerdo respecto al concepto suyo de que sin inscripción no hay posesión.

20. Además de la interpretación dada a los artículos 696, 728, etc., y a cuyos comentarios nos remitimos, anticipamos por ahora la idea, que desarrollaremos después, de referirse este artículo 2505 únicamente a la prescripción adquisitiva ordinaria; porque título inscrito, posesión inscrita y posesión regular deben considerarse como términos sinónimos, de significación análoga; y el legislador terminantemente ha establecido en la disposición del artículo 2507 que para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular, y de acuerdo el legislador con esta exigencia exclusiva de la regularidad de la posesión para una especie de la prescripción adquisitiva y también en conformidad a su principio tan conocido de poder estar en posesión a pesar de no haberse cumplido con el requisito de la entrega simbólica, porque precisamente el artículo 708, como tendremos oportunidad de manifestarlo en el desarrollo que más adelante haremos, se ha colocado en el caso de omitirse la inscripción para realizar la entrega de aquellas cosas enumeradas en el artículo 686, de acuerdo, pues, con tales ideas, el legislador ha sido consecuente al establecer en su artículo 2510, N.º 1.º que para adquirir el dominio de cosas comerciables, que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, no es necesario título alguno.

Ahora bien, si expresamente se ha dicho que la prescripción extraordinaria no necesita de una posesión iniciada con título alguno, tácitamente establece, y al establecerlo no hace otra cosa que repetir el

concepto general del artículo 708, según el cual la falta de cumplimiento de la obligación de entregar, cuando hay un título traslativo de dominio del cual procede una posesión, origina su irregularidad,

Y no ha querido significar más, ni establecer otro principio el legislador desde que si una posesión no necesita de título alguno, a mayor abundamiento tampoco ha de requerir de tradición si el título es traslativo de dominio.

21. Todavía más, esta idea formulada anteriormente en contradicción al principio que sostiene encontrar en el artículo 2505 una disposición general para la prescripción adquisitiva de bienes raíces, tiene su fundamento, si bien se analiza, en una ubicación equivocada de nuestro legislador. Por el momento nos concretaremos a llamar la atención acerca de las diferencias que existen entre el proyecto inédito y el Código Civil vigente relativas a la ordenación del articulado.

Puede notarse que el único cambio es precisamente el del artículo señalado con la numeración 2687 *b*, que corresponde al artículo 2505 actual y que en el proyecto inédito figuraba a continuación del 2687 *a*, que corresponde hoy al 2507, cuyo contenido establecimos en líneas anteriores.

En resumen, no debe dársele al artículo 2505, como lo hace el señor Trucco, una interpretación tan absoluta.

22. Del artículo 924 que dice: «la posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras esta subsista y con tal que haya durado un año completo, *no es admisible ninguna prueba de po-*

sesión con que se pretenda impugnarla» deduce el señor Trucco un principio, que llama «alcance natural y obvio», según el cual «tratándose de un inmueble inscrito, con título anotado por más de un año no es posible, sin desnaturalizar el sistema por el Código establecido, probar la posesión del inmueble por medios distintos de la respectiva inscripción».

A su juicio, la disposición copiada—el artículo 924—es de una claridad a todas luces e interpretarla en una forma diversa a la considerada por él, estima que equivale a poner en abierto contradicción a varios textos legales.

23. La interpretación referida anteriormente no está en perfecto acuerdo—a pesar de todo—con la letra del artículo, ni establece tampoco la debida correspondencia y armonía con la disposición del 925, que le sigue, cuyo texto literal es—como el del artículo 924—bien explícito y los términos en que aparecen redactados los referidos artículos deben entenderse, entonces, en su tenor literal.

Se ve con toda claridad lo dicho y se obtiene la consecuencia indicada si se estudian con detención ambos artículos, 924 y 925.

El artículo 924 está copiado en el n.º 22. El 925 dice: «Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión».

Comparando ambas disposiciones aparece que al manifestar el legislador que *no es admisible ninguna prueba* de posesión que pretenda impugnar la inscripción que ha durado un año completo y subsista (924); y al decir también que *se deberá probar* la posesión del suelo por hechos positivos (art. 925), el legislador ha establecido reglas absolutas que se contraponen.

En el artículo 924, que se refiere a la prueba de los derechos inscritos, establece una presunción legal y en conformidad al inciso 4.º del artículo 47, por establecer que no es admisible la prueba contraria, la expresada presunción es de derecho.

Y el legislador lo ha dicho en el artículo 924: «mientras subsista la inscripción, y con tal que haya durado un año completo, *no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla*».

El legislador hace referencia en el artículo 925 a los medios de probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio; pero excluyó terminantemente todo otro medio de prueba, incluso la inscripción, porque de una manera categórica estableció que la posesión del suelo *se deberá probar*...

De donde se deduce, entonces, que si el legislador en un artículo estableció un medio de prueba irrefutable en determinadas circunstancias; en otro prescribió la imposibilidad de probar por otros medios que los por él establecidos, toda vez que el poseedor del suelo *debe* probar su posesión por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio.

El artículo 924 se ha puesto en el caso de probar

por la inscripción y por otros medios si esa no es suficiente; pero el artículo 925 ha exigido un medio ún co para la prueba de la posesión del suelo.

Aparece de manifiesto el antagonismo de los artículos 924 y 925.

Está claro que el legislador ha usado de expresiones categóricas en ambos artículos; expresiones categóricas que tienen un campo de actividad diferente por la circunstancia de exigir terminantemente distintos medios probatorios y que hacen pensar, por lo mismo, en una dualidad de la posesión.

Nace entonces la necesaria conclusión de saber, de precisar el radio de acción de cada una de esas disposiciones. Si ambas son categóricas y diversas, se excluyen.

24. Distintamente a la opinión manifestada por el señor Trucco, por algunos se considera que las declaraciones de los artículos 924 y 925, tomadas en su significación amplia no se contradicen, ni menos oscurecen su sentido legal.

Para sostener semejante consideración se argumenta que el legislador ha dado en los expresados artículos los medios de probar la cuasi posesión—posesión de cosa incorporal—(artículo 924), a que se refiere el artículo 715, y la posesión—posesión de cosa corporal—(artículo 925) definida en el 700.

De esta manera, entonces, se hace presente que el legislador en el artículo 924 no dice inmuebles inscritos, ni se refiere de un modo expreso al bien raíz o cosa corporal determinada, habla claramente de derechos inscritos.

De los artículos 565, 576, 582, 583, 700 y 715 (1), se hace desprender que el legislador ha entendido seguir siempre su clasificación de las cosas en corporales e incorporales; y su concepto posesorio dual: posesión de cosas incorporales, derechos inscritos del artículo 924, y posesión de cosas corporales, posesión del suelo, artículo 925.

Da fuerza a esta interpretación la circunstancia de ser únicamente la posesión de bienes raíces—carac-

(1) Dice el artículo 565: Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.

Art. 576: Las cosas incorporales son derechos reales o personales.

Art 582: El dominio (que se llama también propiedad) es *el derecho real en una cosa corporal*, para gozar y disponer de ella arbitrariamente: no siendo contra ley o contra derecho ajeno.

La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

Art. 583: Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.

Art. 700: 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.

El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo.

Art. 715: La posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal.

terizados por el suelo—o los derechos reales constituidos en ellos, el objeto por los cuales puede interponerse acciones posesorias en conformidad al artículo 916.

Todavía más, el artículo 577, enumerando los derechos reales dice que son: el de dominio, de herencia, los de usufructo, uso, o habitación; los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. El artículo 579 agrega a esta enumeración el derecho de censo que es real en cuanto se persiga la finca acensuada.

Ahora bien, descartamos algunos de estos derechos reales para referirnos únicamente a los que pueden inscribirse.

La prenda requiere esencialmente la calidad mueble del objeto, artículo 2384. Esta exigencia hace que se le apliquen las reglas de la entrega para las cosas muebles y el artículo 2386 debe concordarse con el 684.

La tradición de un derecho de servidumbre se rige por el artículo 698 en virtud del cual se efectuará por escritura pública en que el tradente expresa constituirlo y el adquirente aceptarlo: esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato.

En consecuencia, de los derechos reales enumerados en el artículo 577 se descartan la prenda y las servidumbres, y se obtiene así la enumeración del artículo 686: dominio de los bienes raíces, derecho de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de habitación o de censo y del derecho de hipoteca.

25. ¿La posesión de una cosa corporal, artículo

700, es una expresión semejante o que comprende a la posesión del derecho de propiedad?

Se sostiene y este es el fundamento principal de la interpretación esbozada ahora por nosotros, que artículos 924 y 925 tienden precisamente a distinguir las diversas categorías de posesión en atención a la calidad corporal o incorporea de la cosa sobre que es ejercitada. Sobre esto hemos hecho referencia anteriormente.

El derecho de dominio, el concepto de propiedad relativamente a la posesión, hace que se le aparte de los demás derechos, porque el legislador ha reconocido de un modo indubitable, de acuerdo con el sistema y la doctrina, que la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, y si no ha dicho explícitamente que la cosa determinada por él exigida es corporal, dá a entender semejante principio en el artículo 715, al establecer que la posesión de las cosas incorporeales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal, y necesariamente la posesión de una cosa corporal es la que se encuentra definida en el artículo 700.

Ahora bien, el legislador ha debido excluir de los derechos inscritos, como expresa en el artículo 924, la posesión de una cosa corporal; porque indiscutiblemente que la teoría posesoria nace como una presunción de dominio, presunción de dominio que establece la confusión del derecho de propiedad con la posesión, y que viene a deslindarse cuando alguien prueba ser propietario, descalificando enteramente

el ánimo de señor y dueño de quien tuviera antes la tenencia.

El legislador en la disposición de su articulado estableció marcadamente la existencia de una posesión sobre una cosa corporal y la posesión sobre cosa incorporal; de la misma manera que hemos encontrado en los artículos 582 y 583, preinsertados, la dualidad del dominio, sea que respectivamente se encuentre ejercitado sobre una u otra cosa.

La posesión del suelo, aludida en el artículo 925, no puede — como lo hemos dicho en otra parte de nuestro trabajo — considerarse como una posesión ejercida sobre una cosa incorporal, sobre un derecho, tanto más cuanto que se ha confundido la posesión de una cosa corporal con lo que debiera constituir la posesión del derecho de propiedad (1).

Por esto, sostener que existe la posesión del derecho de propiedad—a nuestro juicio—constituye una manera incorrecta de expresarse. Semejante pose-

(1) Pero no es peculiar de nuestro derecho semejante principio. Desde los romanos el derecho de propiedad se ha confundido con la cosa corporal. Y antes como ahora, los juriscultos han sostenido que el derecho de propiedad es una cosa corporal. Una idea precisa acerca de esto y una explicación histórica sobre la confusión nos da el eminente tratadista de Derecho Romano, Mainz. Dice: «El derecho de propiedad, como que comprende la cosa entera, se identifica a menudo con la cosa misma. En lugar de servirse del término abstracto de *derecho de propiedad*, el antiguo Romano decía: «Hæc res mea est»; y aún en la ciencia esta idea imperó hasta hacer que se designase este derecho por el nombre de *cosa corporal*, en oposición a los demás derechos, calificados de *cosas incorporales*.»

sión, como insinuábamos, es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, artículo 700; es la simple posesión, la posesión ordinaria, general, común, cuyo concepto extendió el legislador a los demás derechos.

Y no es otra cosa lo que expresa cuando dice «la posesión del suelo», porque ésta caracteriza la «posesión del derecho de propiedad», toda vez que los inmuebles, que en conformidad al artículo 916 constituyen, junto con los derechos reales constituidos en ellos, el objetos de las acciones posesorias, quedan determinados esencialmente por las tierras y minas (artículo 568).

Y como ya dijimos, la propia expresión del legislador: *se deberá probar*, demuestra claramente que la idea absoluta deducida de los términos indica una disposición especial, distinta, diferente a la del artículo 924; que permite, en los casos en que no subsista la inscripción o no haya durado un año completo, otra prueba de posesión que la respectiva inscripción del derecho. No merece observación alguna la circunstancia de exigir el legislador otros medios de prueba para la posesión de los derechos inscritos, sea que la inscripción no subsista o que no dure un año completo; como tampoco admite observación alguna la circunstancia de no permitir otro medio para probar la posesión del suelo (posesión de inmuebles) que hechos positivos, desde el momento que el legislador emplea enfáticamente la expresión: «*se deberá probar*».

26. Dice el señor Trucco, que su «aserto es inconmovible: no puede admitirse otra prueba de pose-

« sión, tratándose de inmuebles inscritos, que la refiera inscripción, y si de hecho se admitiese, sería « contrariar abiertamente el tenor literal y el espíritu « del citado artículo 924.»

Hemos demostrado ligeramente, para profundizar nuestras afirmaciones más adelante, que se toma un punto de partida errado al hacer las consideraciones interpretativas que hace el señor Trucco de los artículos 924 y 925, porque, precisamente, desde el comienzo se contraría abiertamente el tenor literal al darle a los términos del legislador y a su idea clara de regir por medio de esos artículos dos situaciones diversas, contrarias, con reglas exclusivas y que generalmente se oponen, una intención que no se manifiesta al través de sus disposiciones.

No hay, pues, en el legislador «la inconsecuencia « supuesta de establecer a renglón seguido un principio diametralmente opuesto, como lo es el artículo « 925, entendido en el sentido de que se refiere tanto « a los inmuebles inscritos como a los no inscritos; « ni está, tampoco, de manifiesto que la existencia « simultánea de esos dos preceptos, uno de los cuales va en pos del otro, se explica como consecuencia de la feliz innovación que introdujo el señor Bello en el régimen de la posesión al *idear* la institución de la posesión inscrita; ni es evidente que « el señor Bello no podía desentenderse de que la « propiedad raiz, dentro del sistema por él ideado, « únicamente podía encontrarse en dos situaciones « bien distintas, según tuviera o no la calidad de « *inscrita*;» y finalmente el legislador *no quiso esta-*

blecer dos diversas reglas para la posesión de las cosas inmuebles.

Acompañamos al señor Trucco en su afirmación al criticar el decir corriente, «como a diario se lee « en las sentencias de nuestros tribunales, dice, que « el artículo 925 se refiere a la prueba de la *posesión « material* y que el 924 alude a la prueba de la *posesión « inscrita*, contraponiendo así los términos de « posesión material a posesión inscrita; porque tal « razonamiento tiende a establecer una distinción « puramente antojadiza y a introducir en el campo « del derecho que nos rige, locuciones anti-jurídicas, « y por lo mismo, de significación poco precisa.»

Y dice más todavía el señor Trucco: «en efecto, « dentro del Código es perfectamente inaceptable « una distinción entre *posesión material* y *posesión « inscrita*, porque es requisito esencial a *toda* posesión, como ya lo hemos visto, la existencia del elemento externo o material del apoderamiento, tenencia o aprensión de la cosa, unido al elemento interno del ánimo del señor o dueño (artículo 700). « Por consiguiente, ES TAN MATERIAL A LOS OJOS DE « LA LEY LA POSESIÓN INSCRITA COMO LA NO INSCRITA, « con la particularidad que ya hemos hecho notar « en aquélla: que la ley presume de derecho el *ánimus* y el *corpus* en el poseedor inscrito, por el hecho « de la inscripción (artículo 924).»

Nosotros estamos en perfecto acuerdo con el señor Trucco al considerar que ante los ojos de la ley es tan material la posesión inscrita como la no inscrita; pero estamos lejos de creer que la ley ha concedido a la posesión inscrita la particularidad de presumir

de derecho el ánimo y el cuerpo. Nuestro trabajo tiene la intención de probar la seguridad de esta afirmación.

El señor Trucco supone, por un momento, que contra un poseedor inscrito sea admisible la prueba de posesión, basada en el corte de maderas, construcción de cerramientos, plantaciones y, en general, en todos aquellos hechos positivos, según la expresión del artículo 925, a que sólo da derecho el dominio.

Y se pregunta, «¿cómo se calificaría una posesión semejante? ¿De regular? ¿De irregular?»

«A todas luces, se contesta, ni una ni otra calidad tendría. El llamado poseedor no podría invocar un título *traslativo* como fundamento de su posesión, porque la tradición de los inmuebles inscritos sólo se efectúa por la *inscripción* (artículo 686), de que él carece, y porque, según el inciso 3.º del artículo 702, no hay posesión regular, derivada de un título *traslativo* sin *tradición*.»

«Luego, agrega, no sería regular la posesión en el caso que contemplamos».

«Tampoco podría invocar un *título constitutivo*», expresa, «porque éstos no son sino en número de tres: la *ocupación*, que no procede respecto de inmuebles, a virtud de lo dispuesto en el artículo 590 (1); la *accesión*, de que manifestamente no se trata, y la *prescripción*, que es asimismo improcedente, a virtud de lo dispuesto en el artículo 2505, ya transcrito.

(1) Dice ese artículo: «Son bienes del Estado todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño».

«Luego», indica como conclusión de los comentarios anteriores, «con título constitutivo no hay, en el caso en examen, posesión regular ni irregular, «Agréguese a esto», sigue, «lo dispuesto en el artículo 728, inciso 2.º, que dice:

«Mientras subsiste 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». «Y cabe preguntarse nuevamente», concluye el señor Trucco, «¿cómo puede «reconocerse la posesión que nuestros tribunales «llaman *material* en contra del poseedor inscrito? «Bien se ve que, por no hablar de ella el Código, «no cuadra dentro de los preceptos que él mismo «estableció».

En páginas anteriores, al tratar precisamente de interpretar la regla del artículo 728, que el señor Trucco utiliza como argumento importantísimo para demostrar que la inscripción sirve como requisito de la posesión de los bienes raíces y derechos reales constituídos en ellos, hemos resuelto el caso señalado por él con la importancia que el ejemplo se merece. Nos remitimos a lo escrito anteriormente y a las páginas dedicadas a la posesión regular e irregular que más adelante vienen.

27. Consideramos, pues, que el artículo 925 no se refiere a los inmuebles no inscritos, o a aquellos que estando inscritos no tienen título anotado en el Registro por más de un año, y consideramos también que el artículo 924 no se aplica *exclusivamente* a los inmuebles inscritos, con título anotado por más de un año. Al contrario, semejantes disposiciones se

contradicen en el campo de actividad, por la fuerza imperativa de sus términos y la clara distinción hecha por el legislador entre la prueba de la posesión de las cosas incorporales, y la prueba de la posesión de una cosa corporal. Y creemos más todavía, que esta interpretación señalada por nosotros es la que cumple más claramente con el precepto del legislador que ordena buscar ante todo la armonía en los diversos textos de una ley, y creemos también que es la que «salva al legislador del sambenito de colorarlo en contradicción consigo mismo».

La posesión del suelo, regular o irregular, inscrita o no inscrita, se prueba en conformidad al artículo 925.

28. Para no repetirse demasiado, el señor Trucco se limita a manifestar que «la principal garantía con que el Código favorece al poseedor inscrito, es la de acordarle el privilegio de ponerlo a cubierto de toda prescripción (art. 2505), y la de asegurarlo en forma tal, que no puede perder su posesión ni aún por el apoderamiento de la cosa que haga otro, con ánimo de señor (art. 728, inc. 2.º)».

Por ahora, nos remitimos también a lo que llevamos dicho sobre el artículo 728 y a lo anticipado respecto al 2505. Más adelante analizaremos con todo detenimiento la debida interpretación de estos artículos.

29. En seguida el señor Trucco entra al estudio del artículo 724 y lo inicia recordando la nota puesta al pie de su mención, como uno de los artículos que sirven para deducir que la inscripción es requi-

sito de la posesión, en cuya nota expresaba que este artículo 724 se presta a muy serias reflexiones.

La simple lectura del artículo le hace decir que «su tenor literal es demasiado amplio y absoluto, tanto que podría sostenerse»—agrega—que, según este artículo, la *inscripción* es el *único medio* de adquirir la posesión de los bienes raíces»,

Para fundamentar la aseveración del principio absoluto deducido de la simple lectura del artículo 724, busca apoyo en el 686 y con él concluye por sostener que «es de riguroso lógica deducir que la posesión de los bienes raíces (excepción hecha de las servidumbres) se adquiere por la inscripción».

30. Pero, el señor Trucco ve que darle al artículo 724 el sentido absoluto que salta a la vista de su tenor literal es un error y por esto dice que la situación no es la anteriormente prevista, «y la verdad es que hay que sacrificar un poco el concepto demasiado absoluto del artículo 724 para que guarde armonía con los demás preceptos posesorios que le siguen».

«Desde luego»—dice—«conviene citar la disposición del artículo 729, según el cual el poseedor de un inmueble no inscrito pierde la posesión por el apoderamiento que otro haga de la cosa en forma violenta o clandestina. El artículo 730, inciso 1.º se refiere también a un caso concreto de adquisición de la posesión sin inscripción, y análoga referencia se contiene en el inciso 3.º del artículo 702, según el cual sin tradición se adquiere, en ciertos casos, la posesión, bien que ella sea irregular».

«Por consiguiente»—resume el señor Trucco, y

llamamos la atención acerca de este parecer sobre el cual insistiremos en su debida oportunidad, «no
« hay duda que el alcance del artículo 724 es más
« restringido de lo que a primera vista pareciera
« deducirse del tenor literal de sus términos».

31. En seguida de expresadas las excepciones que tendría el sentido amplio, absoluto del artículo 724, analiza, para darle una interpretación acertada, si se trata de adquirir la posesión respecto de un inmueble ya antes inscrito, con inscripción vigente o si se trata de un bien raíz no inscrito.

Para la primera de estas circunstancias, es decir, si se trata de adquirir la posesión de un inmueble ya antes inscrito, con inscripción vigente «el que
« alega posesión, sin presentar título inscrito, no es
« poseedor regular ni irregular ante la ley,» y «su
« situación»—agrega—«debe equipararse a la de
« un mero tenedor, con la salvedad de que no pue-
« de prescribir ni aún por la prescripción extraordi-
« naria de treinta años.»

Deduca lo anterior de las disposiciones de los artículos 728; 730, inciso 2.º, 924, 2505, etc., etc.

Ahora bien, tratándose «de un bien raíz no inscri-
« to; hay que averiguar si el que alega posesión
« hace valer uno de estos tres antecedentes: a) un
« título traslativo de un dominio; b) un título cons-
« titutivo de dominio; c) el apoderamiento de la
« cosa con ánimo de señor o dueño».

Para el caso supuesto de haber un título traslativo de dominio, aplica el señor Trucco, con todo rigorismo el artículo 724, ya que a su entender «sin
« inscripción no hay posesión, y esto, *porque el título*

« *lo traslativo no da por sí sólo dominio ni posesión*
« *sin el auxilio del modo de adquirir denominado tra-*
« *dición que no puede efectuarse sino por medio de la*
« *inscripción del título* (art. 686».

La afirmación deducida de la letra del artículo 724 para aplicarla en los casos que se trate de un bien raíz no inscrito, si el antecedente es un título traslativo de dominio, le hace decir todavía que «la adquisición de la posesión irregular de una cosa sin
« tradición, no tiene cabida en el caso en examen, a
« virtud de los razonamientos ya indicados, deducidos»—concluye—«del estudio combinado de los
« artículos 686 y 724 y del rol jurídico que desempeñan el título y el modo de adquirir».

A continuación asegura que si se trata de un bien raíz no inscrito y si se invoca como antecedente un título constitutivo de dominio, entonces no tiene jamás aplicación el artículo 724.

Para sostener semejante afirmación analiza rápidamente los tres títulos constitutivos de dominio: ocupación, accesión y prescripción. Apela al artículo 590 para decir que «en la ocupación no puede invocarse, en mérito de ese precepto, que la hace im-
« procedente con respecto a los bienes raíces, ya
« sean ellos inscritos o no inscritos». Se basa en la regla que dice que lo accesorio sigue la suerte de lo principal para decir que tratándose de la accesión no hay necesidad de inscripción: «si se reconoce la
« posesión del inmueble principal no inscrito, por
« el mismo hecho se reconoce posesión sobre la parte que se junta por accesión». «Por último, si el
« título constitutivo que se hace valer es la pres-

« cripción, el poseedor no necesita tampoco inscri-
 « bir para prescribir un inmueble no inscrito (arts.
 « 2505 y 925».

Finalmente, para concluir con su estudio del artículo 724 comenta el caso de una posesión adquirida por el simple apoderamiento de la cosa con ánimo de señor o dueño y dice ser «incuestionable que a los
 « ojos de la ley es un verdadero poseedor, sin que
 « se necesite de la inscripción, como pareciera desprenderse del tenor literal del art. 724 que comentamos».

Desprende semejante principio de lo dispuesto en los arts. 728, inc. 2.º, 729 y 2505, y sobre todo del art. 925, según el cual, vuelve a repetirlo el señor Trucco, «la posesión de los inmuebles *no inscritos* se
 « prueba por el corte de madera, la construcción de
 « cerramientos, etc., etc».

« Y si se prueba así la posesión», dice el señor Trucco, «es por que ella existe ante la ley, sin
 « necesidad de inscripción, ya que no es dable suponer que esta exija que una cosa se prueba por
 « unos medios cuando se adquiere por otros».

32. Termina el señor Trucco manifestando que
 « el artículo 724 no tiene el alcance tan amplio y
 « absoluto que sus términos parecieran indicar, ni
 « el tan limitado, restringido y antojadizo que le atribuye el señor Fabres en la nota número 61,
 « pág. 419 de sus *Instituciones*, cuando dice que el
 « art. 724 «sólo puede referirse a la *posesión regular*,
 « porque sólo en ella se requiere esencialmente la
 « tradición»; pues demostrado dejamos que puede
 « haber posesión regular sin inscripción, así como

« posesión irregular sin inscripción; a saber: posesión regular sin inscripción en los casos, por ejemplo, de accesión y de prescripción de inmuebles
 « no inscritos; posesión irregular con inscripción en los casos, entre otros, de que el título inscrito
 « adolezca de algún vicio que lo haga injusto, de que la tradición no se haya efectuado por el verdadero dueño».

33. Hemos hecho una exposición minuciosa de los principios sustentados por el señor Trucco en su interpretación del artículo 724, señalamos sus principales argumentaciones y extractamos la apreciación de sus juicios.

Después de un estudio detenido acerca, precisamente, de la interpretación de los artículos que sirven de fundamento al señor Trucco para sostener el principio que la inscripción sirve de requisito, prueba y garantía de la posesión de los bienes raíces, contradiremos la doctrina defendida en el sentido de demostrar que *la inscripción es elemento necesario para la posesión regular tratándose de bienes raíces; que no es prueba de la posesión de dichas cosas y que, finalmente, es garantía del dominio o de la posesión para que no pueda alegarse en su contra la prescripción adquisitiva ordinaria.*