

"OBRAS COMPLETAS"

TOMO II

LA POSESIÓN COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA Y SOCIAL

Pag. 23-46



ESPASA-CALPE, S. A.
MADRID, 1967

~~Atendiendo a la posesión con el valor de tradición para adquirir los derechos reales.~~
~~d) «Posco el piso que habito...» He aquí la posesión en su sistema considerada.~~

III.—FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

Todas las instituciones jurídicas responden a una situación económico-social. Si se mantiene una concepción superadora, no sólo del positivismo formal sino del sociológico, las instituciones reflejan, al mismo tiempo, un paradigma ético o valorativo. Preguntarse por el fundamento de algo en los dominios del derecho implica poner en marcha estas ideas. No es frecuente proceder así en el plano estricto de la ciencia jurídica todavía imperante —pese a las renovaciones metodológicas— más entregada a la elaboración lógica de los conceptos y del sistema que a la investigación de la realidad social condicionante y de los fines. Se construyen dogmas absolutos a partir de inducciones generalizadoras que terminan por desligarse del punto de partida para dotar de un valor superior a lo «construido», olvidando el proceso seguido en la construcción. Por eso el dogma funciona como un *a priori* propio al reduccionismo deductivo. La posesión, por tantas razones peculiar, ofrece también aquí matices particulares. Forma parte de la tradición científica y no ha perdido actualidad el problema del fundamento de la protección posesoria. Jhering comenzó uno de sus estudios clásicos advirtiendo lo siguiente: nadie —dice— se pregunta por qué se protege la propiedad; todos inquietan por qué se protege la posesión⁷. Hoy día la observación no es del todo errera. El fundamento de la propiedad ha pasado a ser un tema inquietante en las más amplias esferas ideológicas. Y a esas corrientes no puede mostrarse insensible la ciencia jurídica. Sin embargo, aunque falta aquel contrasite, continúa en pie la vieja pregunta en torno a la posesión.

I.—Teorías absolutas

También se debe a Jhering la observación de que las teorías explicativas del fundamento de la protección posesoria se pueden clasificar en *absolutas* y *relativas*, según que hagan descansar su razón de ser en la posesión misma o fuera de ella. Acaso los términos más adecuados para expresar tales ideas sean los de fundamentación autónoma y heterónoma.

⁷ Jhering, *El fundamento de la protección posesoria*, trad. española de ALMUDENA PUSADU, 2.ª ed. 1926. Este trabajo, publicado inicialmente en la revista fundada por el autor, apareció en edición separada el año 1868. Aquí se encuentran el estudio y la crítica de las teorías hasta entonces formuladas.

Las llamadas teorías absolutas no gozan hoy de predicamento. Se entroncan con ideologías tan superadas como las del individualismo y el voluntarismo jurídicos. Sólo desde tal punto de vista puede considerarse la posesión (y he aquí el prototipo de las teorías absolutas) como la encarnación de una voluntad real dirigida a la detención y atribución de una cosa. Esta voluntad particular (estuvieron principalmente Puchta y Bruns), dirigida hacia las cosas, desempeña el mismo cometido que la voluntad universal (ley) en orden a la propiedad. En cuanto procedente de una persona jurídicamente capaz, es digna, sin más, de tutela. Puchta llega a decir que la voluntad de una persona jurídicamente capaz debe, hasta cierto punto, ser reconocida como un derecho, aun antes de haberse afirmado como justa, precisamente porque es la voluntad de una persona jurídicamente capaz y en tal supuesto es posible que sea justa. Porque en la posesión se encuentra protegida la posibilidad del derecho, la capacidad jurídica; el derecho de posesión no es más —observa— que una especie particular del derecho de la personalidad aplicado a la sumisión natural de las cosas.

2.—Teorías relativas

Las llamadas teorías relativas o explicaciones heteronómicas muestran una amplia gama de matices. Dentro de ellas figuran las doctrinas, entre sí antagónicas, de Savigny y Jhering. El primero, al estimar que la posesión no es en sí misma un derecho y que, consiguientemente, su perturbación no puede considerarse en rigor como un acto anti-jurídico, situó el fundamento de la protección posesoria en el respeto a la esfera jurídica de la persona y en la eliminación de la violencia. Jhering, que en tantos puntos discrepó de Savigny, señaló numerosas contradicciones a tal fundamento de la tutela posesoria. No comprendió que careciera de protección el poseedor en nombre ajeno si el fundamento de la posesión se encontraba no en la posesión misma, sino en la persona, y obedeciera a evitar la violencia. El que fueran excluidas de la posesión las cosas *extracommercium* tampoco se lo explica, ya que la situación jurídica de la cosa es indiferente si sólo ha de pensarse en la persona y en la represión de la violencia. Por lo mismo estima un contrario que estuviera asistido de tutela interdictal el poseedor de mala fe y que la mayoría de los interdictos actuaran sin subordinación a un delito. Y si, como sostiene Savigny, los interdictos fueran unas acciones penales, Jhering objeta que carecerían de utilidad al lado de las ya existentes. Tampoco estima congruente con la represión de la violencia y la función penal de los interdictos que éstos tuvieran precisamente por objeto la restitución de la posesión. En conjunto, Jhering considera la argumentación de Savigny posible en un tratado de derecho natural, mas incompatible con las fuentes romanas.

Tras la tarea estrictamente crítica, Jhering llevó a cabo una labor constructiva. Tampoco él sitúa el centro de la protección en la posesión en sí. Lo ve en la propiedad. La tutela de la posesión, piensa, se ha introducido por la propiedad, si bien se ha beneficiado a los no propietarios. Concede la posesión como la exteriorización de la propiedad; y consiguientemente la protección posesoria es un complemento de la tutela dominical, una facilitación de la prueba. «No puedo concebir en la práctica —argumenta— un estado jurídico fundado únicamente sobre la propiedad romana; es decir, un estado en que fuera necesario producir la prueba de la propiedad para rechazar una usurpación. El poseedor se reputa propietario hasta la prueba en contrario.»

La doctrina de Jhering, que restringe considerablemente el significado social y jurídico de la posesión, ha de considerarse —y esto se olvida a veces— circunscrita al sistema romano de la propiedad. Dada la primacía atributiva que en sí ocupa la propiedad privada, la posesión se presenta —aunque también puede ser su antítesis— como dependiente y complementaria de aquélla. Esta dependencia y complementariedad no la coloca Jhering en directa relación con el carácter hegemónico de la propiedad. Piensa, sobre todo, en consideraciones procesales. «La propiedad —argumenta— dejada a sí misma, es decir, a la prueba de su existencia, sería la institución del mundo más incompleta y defectuosa». Pese a ello, en el fondo, esa necesidad de potenciar el derecho de propiedad en orden a su prueba, guardaba relación con lo que ella misma significaba. El propio Jhering viene a reconocerlo así cuando advierte que no puede concebir en la práctica un estado jurídico fundado únicamente sobre la propiedad romana, con exclusión de la protección posesoria, en el cual fuera necesario producir la prueba de la propiedad para rechazar una usurpación. Ahora bien, válida o no la tesis de Jhering en el ámbito que él la asignó, lo peligroso de su doctrina es que, en versiones posteriores, se ha prescindido del condicionamiento histórico concreto para dotarla de una generalidad de la que carece. A nuestro juicio, la posesión incorpora de suyo una fluencia social y jurídica primarias que no se da sólo a partir de la propiedad y como complemento de ésta. El fenómeno humano y social del uso y la utilización de las cosas es anterior a la institucionalización que representa la propiedad privada. Podría no ser todavía ese uso primario e inevitable lo que llamamos posesión. Sin embargo, está más cerca de ella que la propiedad. Mientras la propiedad privada viene determinada por un considerable número de factores de la estructura socioeconómica y política que

⁸ Jhering, *loc. cit.*, págs. 85-86.

la hacen variable en su contenido, en la posesión hay lo que he llamado en otras ocasiones una densidad social primaria presente en cualquier sistema de convivencia.⁹

3.—Otras directrices

Superando la vieja dicotomía teorías absolutas/relativas, y a la vista de lo que con posterioridad es observable en el tema del fundamento de la tutela posesoria, puede decirse que las directrices fundamentales¹⁰ están representadas:

a) *Por una concepción dogmático-jurídica.* Refleja a modo de un último estado de la ciencia de corte conceptualista. Tras depurar en el plano de la construcción jurídica las nociones de la titularidad y el ejercicio de los derechos, entiende que el ejercicio en sí mismo, con independencia de que sea reflejo de una titularidad—en la medida en que puede serlo, mas también aunque no lo sea—es objeto de tutela jurídica. Las doctrinas de esta clase—innúmerables—se inclinan más hacia explicar el cómo que a justificar el porqué de la posesión. Atendidas al patrón positivista consideraran suficiente que el ordenamiento jurídico configure una normatividad de la posesión, aunque desde este punto de vista es frecuente poner de relieve el significado de la posesión en cuanto imagen externa de los derechos o su apariencia (se corresponde o no con la realidad). El Código civil italiano de 1942 (art. 1.140) y el portugués de 1966 (art. 1.251) se hacen eco de esta concepción posesoria de la que realiza una exposición muy estricta y rigurosa Messineo.¹¹

b) *Por una concepción historicista.* Las doctrinas de este carácter abandonan los esfuerzos especulativos generalizadores para preocuparse sólo de la génesis y de las transformaciones de la posesión, obedientes a motivaciones circunstanciales y concretas. Así, por ejemplo, se resalta—como lo hace Alvaro d'Ors—que la función originaria de la *possessio* fue un modo de distribuir una parte del *ager publicus*, sustraído al *dominium*, con lo que vino a introducirse una propiedad especial protegida por un medio extraprocesal (el *interdictum*), distinto de la *actio*.¹² Por otro lado, esta actitud metodológica tiende a reducir a formas históricas las diversas concepciones, de suerte que el poder de hecho unido a

la intención dominical evocaría el régimen romano, y el ejercicio de hecho de los derechos se correspondería con el régimen canónico, mientras la posesión en cuanto mecanismo para la adquisición de los derechos reales y la teoría de la apariencia serían ecos de la *Genere* germanica.

c) *Por una concepción económico-social o realista.* Tal modo de plantear el problema de la tutela posesoria envuelve una doble crítica: la del intelectualismo abstracto y la del sometimiento de la posesión a la propiedad como su medio de completar la protección de ésta. Las elaboraciones, ya clásicas, de Saleilles¹³ siguen siendo fundamentales. Contraponen a la rigurosa instrumentación jurídica de la propiedad, la realidad de la posesión como la efectividad consciente y querida de la apropiación económica de las cosas. A Puig Brutau, en nombre de su realismo, le parece muy ambiciosa la pregunta del porqué de la protección del poseedor, para reputar preferible preguntarse tan sólo «en qué casos merece la protección», si bien reconoce que la protección representa siempre «un fenómeno social que no es posible eliminar».¹⁴

d) *Por una concepción exaltadora de los valores de la paz y el orden.* A todas las teorías posesorias les subyace una ideología pacifista. La diferencia está en que mientras algunos autores buscan respaldos metodológicos e intencionalidades políticas, otros, de manera muy directa, proclaman una convicción. De Diego Lora afirma que «la protección de la posesión se justifica en la finalidad última que persiguen los procesos estrictamente posesorios: defender y tutelar la paz jurídica».¹⁵ De un modo muy completo y sintético, Albaladejo escribe: «La protección de la posesión se apoya en que la Ley no debe permitir que una situación existente, aunque sea de hecho, como la posesión, sea atacada ni siquiera por el que persigue un fin justo en sí (como el de hacerse con una posesión que le corresponde), y menos por quien pretende despojar injustamente al poseedor».¹⁶

¹³ Varios trabajos de SALEILLES aparecen recogidos en la monografía *La posesión*, trad. esp. de NAVARRO DE PALENIA, 1909. Cfr. también *La posesión de bienes muebles*, 1927, con notas de CASTÁN.

¹⁴ Puig BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, III, 1971, págs. 48 y sigs. He aquí una sutil reflexión con la que Puig BRUTAU termina el tratamiento del tema: «Seguramente en esta cuestión de la protección posesoria el derecho civil se encuentra en los límites de sus posibilidades. No cabe suponer que una situación de hecho podrá quedar sin protección, si no es porque al mismo tiempo se ha juzgado preferente un interés distinto del que corresponde al poseedor. La cesación de todo estado posesorio exigirá un juicio entre valores en discordia, pero no será posible decretarla a base únicamente del hecho de poseer, al margen de todo enfrentamiento» (pág. 51).

¹⁵ DE DIEGO LORA, *La posesión y los procesos posesorios*, II, 1962, pág. 141.

¹⁶ ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, *Derecho de cosas*, 1974, pág. 83.

⁹ Un análisis más detenido de estos puntos de vista, se encuentra en nuestro libro *La función social de la posesión*, 1969.

¹⁰ Para estos y otros aspectos, cfr. *La función social de la posesión*, cit.

¹¹ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 1946, págs. 4 y sigs.

¹² ALVARO D'ORS, *Elementos de derecho privado romano*, 1960, pág. 103.

e) *Por la concurrencia de las varias concepciones.* En esta línea pueden recordarse, entre muchos, los nombres de Barassi¹⁷, G. García-Valdecasas¹⁸, Espín¹⁹ y Castán. El último escribe: «Las varias doctrinas teorías, formuladas por los autores (la mayoría de las cuales han surgido como explicaciones históricas de la posesión en derecho romano), lejos de ser incompatibles, se complementan entre sí, y unidas a otras razones de utilidad (como la de preparar la posición procesal de las partes en el juicio acerca del dominio), justifican cumplidamente la tutela de la posesión»²⁰. Díez-Picazo descarta como poco satisfactorias las teorías que colocan el fundamento de la tutela posesoria en la protección de la personalidad por su carácter genérico, ya que ésta es la razón justificativa última de todas las instituciones humanas; considera que aun cuando la posesión genera una apariencia jurídica, la protección de la posesión va más allá de ésta; estima que no es argumento suficiente el de la defensa de la propiedad, ya que en la posesión una eliminación del arbitrio y de la violencia, así como la necesidad de mantener la continuidad de la vida jurídica, aspecto subrayado por Heek, y dispensa una acogida favorable a la función social de la posesión dentro de ciertos límites, sin demasiadas exacerpciones sociales (podría decirse)²¹. Lacruz resalta dos fundamentos principales: uno de carácter histórico en el sentido de que el derecho canónico medieval (tan cuidadoso de ennervar la violencia o argüía empujadas contra cualquier poseedor) que cree ha influido en la regulación posesoria del Código civil más que el derecho romano; y otro fundamento de carácter social. «La posesión —escribe— no es el simple contacto, igual en quien ocupa la finca para destruir la caza o para cultivarla, sino la protección del hombre en la cosa para satisfacer sus necesidades o crear riqueza con abstracción de la relación de dominación; del *animus domini* que cualifica a la propiedad y no necesariamente a la posesión»²².

IV.—LA SEGURIDAD JURÍDICA, LA REALIDAD Y LA APARENCIA EN EL FUNDAMENTO DE LA POSESIÓN

Para explicar el fundamento de la tutela que nuestro ordenamiento jurídico dispensa a la posesión hay que distinguir dos aspectos. Un primer aspecto es el relativo a la protección jurisdiccional específica concedida por las acciones interdictales de las que está asistido todo poseedor, incluso el poseedor natural, que constituye la situación posesoria misma. Luego tomando como base los interdictos podemos encontrar un fundamento que afecta a toda la posesión, si bien en su faceta jurisdiccional, que siendo importante es sólo una parte de los efectos ligados a la misma. El otro aspecto a tener en cuenta concierne a las consecuencias jurídicas reconocidas a ciertas clases de posesión, como el derecho a los frutos en la posesión de buena fe, y la adquisición de la propiedad y de los derechos reales como prerrogativa de la posesión en concepto de dueño, con o sin buena fe.

En cuanto al primer aspecto, el fundamento de la tutela descansa, evidentemente, en razones de seguridad jurídica. Anteponiendo ésta a la justicia (que no queda excluida, aunque si jurisdiccionalmente postergada) la ley organiza la subsistencia de las situaciones dadas sin prejuzgar el pronunciamiento definitivo que corresponda. Antes de discernir cuál es el deber ser último, se impone el ser mismo del *statu quo* posesorio con lo que el derecho al respeto opera a modo de un derecho subjetivo general previo a los demás derechos subjetivos. Lo dado en cuanto tal determina el doble efecto de que, amparándose sólo en ello, puede ser defendido jurisdiccionalmente, así como que, para removerlo, se precisa una actuación jurisdiccional de orden superior. Si amparado es el poseedor también lo es el que intenta o realiza el despojo por cuanto el poseedor ha de proceder jurisdiccionalmente.

En otro aspecto, constituido por la adquisición de los frutos y de la propiedad u otros derechos reales, el fundamento de la posesión, partiendo también de lo dado, ya no se contrae sólo a su respeto. Por esas razones de seguridad jurídica, válidas para la totalidad de la posesión, reciben otras matizaciones y complementos. La posesión llega a enfrentarse con (los otros) derechos y a triunfar sobre ellos. El poseedor es preferido no ya al no poseedor que se decide a actuar por las vías de la fuerza, sino que incluso es preferido al titular del derecho, bien contentiéndole determinadas ventajas durante el tiempo que se mantiene en la situación posesoria (como los frutos), bien haciendo girar el derecho hacia él (como ocurre con las presunciones posesorias, con el papel de demandado que ocupa en la reivindicación y con la adquisición de la propiedad y los derechos reales). Para explicar este alcance de la posesión no hasta el mero pacifismo del orden. La idea básica que late aquí como fundamento de la posesión es superior a la realidad de una con-

¹⁷ BARASSI, *Institutioni di diritto civile*, 4.ª ed. 1955, págs. 415. Cfr. especialmente *Diritto reali e possesso*, 1952, págs. 15 y sigs.

¹⁸ GARCÍA-VALDECASAS, *La posesión*, 1953, págs. 65.

¹⁹ ESPÍN, *Manual de derecho civil español*, II, 1974, págs. 29.

²⁰ CASTÁN, *Derecho civil español*, II, 10.ª ed., 1964, págs. 437.

²¹ Díez-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, 1978, págs. 460 y sigs.

²² LACRUZ BERNARDO, *Manual de derecho civil*, 1979, págs. 290-291.

duzca al formalismo de la atribución meramente nominal de los derechos.

Curiosamente, junto al valor de la realidad —o facticidad— cuenta también el valor de la apariencia. Con base en ésta se producen ciertos efectos posesorios favorecedores de los que ocupan la posición de terceros. No hay contradicción. La apariencia no es lo contrario de lo real, sino lo que se muestra externamente, como real. Para los que intervienen en la apariencia, ésta puede ser realidad o no. En la simulación hay siempre una realidad interna y una apariencia externa. Los que intervienen en el negocio jurídico simulado saben que no es real, si bien pretienden mostrar como real lo que no lo es; y en esto consiste la apariencia, que puede tener un alcance absoluto, como cuando detrás de la compraventa no hay sino el mostrar como comprador a quien no lo es, o relativo, como cuando la compraventa (aparente) encubre una donación (real). Los extraños al negocio jurídico toman como real lo aparente. Las partes conocen perfectamente la realidad y la apariencia. En el orden interno se atienen a la primera y en el externo a la segunda.

No ocurre lo mismo con la apariencia contemplada en el plano de la posesión. Cuando decimos que la posesión es o cumple una función de apariencia no contraponemos ésta a la realidad. En tanto en la simulación generadora de la apariencia hay siempre una discrepancia, internamente conocida, en la apariencia posesoria no existe de modo necesario. El poseedor que funda la apariencia puede considerarla como expresión de la realidad, en cuyo caso no hay contraposición entre una y otra e incluso la noción de apariencia sobra; hay una plena identidad: lo que es, es, o es igual a lo que es. Tal ocurre en el caso del poseedor de buena fe, que en un sentido jurídico-social completo no es solamente el que ignora o cree algo distinto de lo que es en realidad, sino también aquel poseedor que no se encuentra en esa situación de ignorancia o creencia porque nada ignora y lo creído coincide con lo que es. Diversamente, el poseedor de mala fe distingue entre realidad y apariencia; funda una situación de apariencia, mas no cree en ella. Entonces la apariencia, estimada como una manifestación de la realidad, cuenta sólo para quienes desconocen la condición o situación de mera apariencia. El origen de la apariencia posesoria puede estar en un negocio jurídico simulado en el que haya intervenido el poseedor, con lo que éste, como todo el que interviene en la simulación, no cree en la apariencia, aunque la quiera (con la otra parte, si el negocio es bilateral) y la funde respecto de terceros. No obstante, su origen puede ser distinto. La esfera de acción de la apariencia posesoria es más amplia que la derivada de la simulación. Sin salir del campo negocial, la apariencia posesoria puede proceder de un negocio jurídico en el que concurren causas de nulidad (o anulabilidad) o de resolución que, por no haberse ejercitado la acción impugnatoria o por cualquier otra razón, mante-

nen la posesión y con ella la apariencia del derecho. Sin embargo, la apariencia en la posesión actúa por sí misma sin consideración a cuál sea su origen. Ya es una manifestación de la tutela de la posesión en cuanto apariencia la presunción de que el comportamiento del poseedor está amparado por un título o razón jurídica, de manera que lo exteriormente expresado —lo que aparece— se considera coincidente con lo que es. Favorecido, en primer término, es el poseedor en cuanto, a muy amplios efectos, queda liberado de la prueba. Pero la función más específica de la apariencia se produce en relación con los terceros de buena fe. Estos, fundados en la apariencia creada por la posesión, pueden ser mantenidos en la adquisición procedente del poseedor, aunque éste no sea propietario o titular del derecho que transmite. Así surge la adquisición *a non domino* que tiene su manifestación más importante en materia de bienes muebles, conforme al artículo 464.

Algún sector de la doctrina confiere a la apariencia un campo de acción más extenso. Considerando predominantemente la posesión como el ejercicio de los derechos y ligando ejercicio y apariencia, tiende a explicarse la posesión misma y todos sus efectos como una legitimación derivada del ejercicio aparente de un derecho real por su no titular. Así se sostiene, por ejemplo: todo poseedor está legitimado para el ejercicio de los interdictos de retener y recobrar; el poseedor en concepto de dueño tiene una legitimación extraordinaria para actuar con base en la apariencia de titularidad; la protección dispensada al titular aparente se acentúa cuando se trata de un poseedor de buena fe que hace suyos los frutos, está favorecido con la usucapación ordinaria, le asiste la acción purificatoria, etc. LADARNA, que expone y sustenta este punto de vista, escribe: «En resumen, la posesión... constituye una situación de hecho en base a la cual su detentador (poseedor o titular aparente) es investido por la ley de legitimación (extraordinaria) para realizar eficazmente actos de goce y conservación».²³ En la misma línea, aunque con mayor relieve, aparece la teoría de la apariencia jurídica como explicativa de los actos de disposición realizados por el no titular del derecho. A nuestro juicio, esta absorción de la posesión por la apariencia es un claro exponente del método dogmático o de la construcción jurídica, que tiende a la superposición de los conceptos. Por eso, el concepto de la posesión se engloba en otro más general, como el de la apariencia. Creemos innecesario proceder así, en términos de tan absoluta generalización. Entre las funciones que cumple la posesión figura la de fundar una apariencia, pero ésta no la engloba por completo. Los interdictos se confieren al poseedor por razones de seguridad, como medio para que una situación establecida no se altere por las vías de hecho, mas no porque

²³ LADARNA CALDERÓN, *Legitimación y apariencia jurídica*, 1952, págs. 136.

haya de reputársele un titular aparente. El derecho a los frutos procede de que, efectivamente, el poseedor tiene a su cargo la gestión económica de la cosa, y si es de buena fe, han de reconocérsele sus rendimientos. Tampoco para explicar la usucapión es necesario —o, al menos, suficiente— acudir a la apariencia. Se necesita el mantenimiento durante un tiempo determinado de la situación posesoria. Es más la permanencia en la posesión, unida a la inhibición del titular, la que termina por imponer el derecho como efectividad frente a la mera titularidad formal. A la noción y a la función de la apariencia hay que acudir para fundamentar ciertas adquisiciones por los terceros de buena fe. Los terceros se atienen a la apariencia y confían en ella, no ya porque sea apariencia, sino en cuanto ésta, careciendo de otros elementos de juicio, hace suponer que expresa y publica una realidad. Por eso la apariencia en materia de bienes muebles desempeña un cometido similar al de la publicidad registral en materia de bienes inmuebles y respecto de determinados derechos reales mobiliarios. La adquisición es una transmisión procedente de un titular aparente, según la posesión o el Registro. De todas maneras, el efecto jurídico no se produce porque el titular sea aparente, sino *aunque* sea aparente. La adquisición *a non domino* viene a equivaler a la adquisición procedente del dueño porque el transmitente actúa como si lo fuera. Pero de todas maneras la adquisición no viene legitimada sólo desde el punto de vista del enajenante, sino también y sobre todo desde el punto de vista del adquirente.

V.—LA NATURALEZA DE HECHO O DE DERECHO DE LA POSESIÓN

1.—*Posición de la doctrina*

El viejo tema polémico no ha perdido por completo actualidad, aunque sí virulencia. Tampoco carece de consecuencias prácticas. La Ley Hipotecaria excluye la posesión del Registro de la Propiedad, al que tienen acceso los derechos reales, por no considerarla, como derecho.

Un censo doctrinal completo acerca del problema resultaría fatigoso. Cabe algún bosquejo divisible en dos períodos: antes y después de 1884. Este año es el de la publicación de la obra del Marqués de Olivart, *La posesión. Su noción en el derecho abstracto*, que contiene un examen exhaustivo de las fuentes y la literatura en torno al problema.²⁴

Las fuentes del derecho romano muestran pasajes gramatical y lógicamente inconciliables. Según el conocido texto de Paulo, *possessio est*

²⁴ En esta obra, de carácter eminentemente erudito, pueden consultarse con todo detalle las referencias bibliográficas y las opiniones sobre el tema anteriores a su publicación.

rei facti, non iuris, mientras Papiniano piensa: «*Non est corporis, sed iuris*». La disparidad de los textos se prolonga como un eco en las contrapuestas opiniones de los intérpretes. Entre los glosadores y los comentaristas predomina la creencia de que la posesión es un hecho, aunque con algunas excepciones notables como las de Bartolo y Bassiano. Gran parte de la doctrina clásica española se inclina por la tesis del hecho: Ramos del Manzano, Fernández de Retes, Covarrubias, Vázquez de Menchaca y Pichardo; si bien no faltan representantes de la otra tendencia: Orozco y Gómez, y acaso Matienzo y Paz. En la llamada jurisprudencia humanística y elegante y entre los juristas del siglo XVIII, los nombres de Duarenio, Ciriaco, Vinnio, Donello, Polhier y Henecio aparecen inscritos en la tesis del hecho. Del último, tan divulgado, son estas palabras, poco afortunadas: «La posesión es un hecho momentáneo que cesa tan pronto como se presente el verdadero dueño, y que cesa también cuando alguien nos arrebatara la cosa poseída, y que produce los interdictos que son acciones posesorias.» Savigny inicialmente proclamaba la naturaleza de hecho de la posesión; pero a partir de la 5.ª edición de la famosa obra formula la conocida teoría de que si bien en sí misma es un hecho, engendra consecuencias jurídicas constitutivas de verdaderos derechos.

A raíz de Savigny la anttesis hecho/derecho, sin desaparecer, cede el paso a la síntesis hecho/derecho. Diversos autores, como Brinz, Apleton y Rudorff, siguen fielmente al fundador de la Escuela histórica. Otros continuaban manteniendo el criterio del hecho: Thibaut y buen número de pandectistas (Brunns, Arndts, Kunze, Kierulff, etc.); Randa (que con evidente exageración la califica de un «no derecho»); los franceses Troplong y Laurent; los italianos Pacifici-Mazzoni y Prieto y otros muchos. No faltan, sin embargo, los partidarios de la teoría del derecho, como Ihering (que posiblemente contribuyó más a la justificación con el modo amplio de entender el derecho subjetivo como interés protegido que con lo específicamente sostenido acerca de la posesión), Gans, Müllenhuth, Sintenis, Bekker (pandectistas), Hegel y Sthal (en el plano de la filosofía), Puchta (el discípulo de Savigny), Demolombe (el comentarista del Código Napoleón), Marcadé, Accarias, Orolan, Sánchez Roman y el propio Marqués de Olivart.

En el tiempo subsiguiente a la obra del Marqués de Olivart puede decirse que el problema de la naturaleza de la posesión experimenta las consecuencias de la evolución metodológica y de la codificación de los derechos nacionales. En el derecho romano, la altura lograda por los estudios histórico-críticos con el empleo del método de las interpolaciones, ha roto el nudo gordiano de la contradicción entre los textos, para desembozar en la creencia de que la posesión mientras en la etapa del derecho clásico era considerada como un hecho, en la Justinianea tiende a configurarse como un derecho, según piensan, juntamente con otros

muchos autores, Bonfante, Rotondi, Vasalli y Albertario. Enneccerus, exponiendo el derecho alemán, subraya la importancia del dato jurídico positivo: «Hoy día se reconoce por la mayoría, dice, que la posesión es un derecho, y apenas cabe discutirlo conforme al BGB.» De modo análogo piensa el jurista argentino Lafaille: «Puede afirmarse que, hoy por hoy, el comentario, como la enseñanza, se manifiestan en el sentido de que la posesión es un derecho a través de las normas del Código civil.» Hay quien expresa un convencimiento racional profundo: como Filomusi: «En verdad, yo no puedo persuadirme de la dificultad de concebir la posesión como un derecho por sí. Hecho es todo elemento material del derecho. Hecho es el honor, pero no se niega un derecho al honor.» También Von Tuh: «Un señorio reconocido y protegido por la ley no es otra cosa que un derecho subjetivo, y como se trata de un señorio sobre la cosa, un derecho real.»²⁵

Entre los autores italianos, lo mismo el ya clásico Fadda que Montel (autor de numerosos estudios sobre temas posesorios; obra fundamental: *Disciplina del possesso nel Codice civile*, 1947), pasando por Venici, Carboni, Ruggiero, Ferrara, Barassi, Marol, Messineo..., es claramente dominante la tendencia a considerar la posesión como un derecho. Gentile, en *Il possesso nel diritto civile* (1956), tras agrupar en cuatro fórmulas las teorías explicativas de la naturaleza de la posesión (teoría empírica, teoría jurídica, teoría mixta y teoría procesalista), llega a la conclusión, poco convincente, de que la posesión no es un derecho subjetivo, sino un interés protegido no contra cualquier lesión, sino contra algunas lesiones calificadas por la forma y por el sujeto. «Si la propiedad —dice— es un derecho subjetivo, la posesión no puede serlo, pues no habría modo de distinguirla del dominio.» Los autores franceses, más realistas que dogmáticos, no conceden importancia o se la conceden mínima al problema de la naturaleza de la posesión. Ejemplos bien característicos los brindan Planiol, Bonnecase y los hermanos Mazeud. Jossand apunta que en la concepción moderna la posesión es un derecho o fuente de derechos.

En España, los comentaristas y muchos de los autores de exposiciones generales se inclinan por considerar la posesión como un derecho. Así, Manresa, Saavedra, Sánchez Román, Valverde, Falcón, Jaén, Morell, Clemente de Diego, Casso, Pérez González y Algier y Castán. «No vemos inconveniente —escribe este último— en reconocer que, dentro de nuestro Código, la posesión, además de un hecho, es un derecho. Aun que no se dé gran valor a la dicción del artículo 438 *in fine*, y menos a la del 443, siempre resulta que el sistema de nuestro Código, al admitir el régimen de la transmisibilidad de la posesión a los herederos

²⁵ Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL, *Algunos problemas en torno a la posesión*, 1951.

(la llamada *successio possessionis*), constituye un fuerte argumento demostrativo de que se trata de una relación jurídica».²⁶

La reforma de 1944 de la Ley Hipotecaria dio ocasión para anatomizar la tesis de la posesión como derecho. En esta línea aparecen: Marín Pérez (*La naturaleza jurídica de la posesión*, en: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943); Cirilo Genovesi (*La posesión y el Registro de la Propiedad*, conferencia en el Colegio notarial de Barcelona, 1944); Porcillos (*La prescripción y el Registro de la Propiedad*, conferencia en el mismo Colegio, 1944); Núñez Lagos (*Realidad y Registro*, en: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945); Roca Sastre (en su *Tratado de Derecho hipotecario e hipotecas*, *Cubría (De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión)*, en: *Revista de Derecho privado*, 1949). En estos trabajos, junto a juicios muy equilibrados, se encuentran algunas muestras de apasionamiento, como afirmar que «en la actualidad no hay nadie que sostenga rotundamente que la posesión es un derecho real perfecto, y tanto los textos legales como una abrumadora mayoría de las opiniones doctrinales la consideran como un simple hecho».

G. García-Valdecasas (en *La posesión*, 1953) se apega mucho a la tesis savigniana, si bien observa que el régimen del Código civil favorece la concepción de la posesión como derecho. El mismo autor (en su trabajo *La doble naturaleza de la posesión*, al que luego aludiremos) expone más ampliamente su punto de vista. Fíeles asimismo, a Savigny son, entre otros muchos autores, Deser y Vera Villalobos (*Manual de Derechos reales. Parte General. Posesión. Defensa posesoria*, 1962).

De Diego Lora, en *La posesión y los procesos posesorios*, 1962, contrapone un concepto primario de la posesión (el inicial del derecho romano), para el que tendría sentido la tesis del simple hecho, al desentvolvimiento ulterior de la posesión a «imitación del derecho».

La idea de hacer depender la naturaleza de derecho de la posesión —o al menos la intensidad de esa naturaleza, que ya aparece en García-Valdecasas— de la existencia o no de un poder de hecho, la ofrece más radicalizada Albaladejo (*Derecho civil*, III, 1976). Para él los dos sentidos de la posesión —hecho y derecho— vienen a constituir dos modos de ser la posesión: poder de hecho y poder jurídico (derecho). En cuanto poder de hecho consiste «en el hecho mismo de ese poder, omisión hecha de que se tenga o no derecho a él». Este modo de ser la posesión difiere, para Albaladejo, del derecho subjetivo, porque éste es un poder concedido por el ordenamiento jurídico, y la posesión «ni puede proceder de la ley ni depende de ella, ya que la ostenta quien en realidad *domine la cosa*, y no quien establezca la ley que debe dominar».

²⁶ CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. II, *Derecho de cosas*, vol. I, 1.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, 1978, pág. 569.

la». La cualidad de derecho de la posesión la reserva Albaladejo: «para ciertas situaciones que no son de poder de hecho de una persona sobre una cosa», respecto de las cuales el ordenamiento jurídico, por conveniencias prácticas, establece efectos esencialmente iguales que los producidos por el poder de hecho. Pues bien, de la circunstancia de que no haya una dominación efectiva, sino sólo el señorío o poder jurídico (independientemente de a quien corresponda el derecho definitivo), se deriva la existencia de casos «que son... de posesión como derecho (poder jurídico), y no como hecho (dominación efectiva)». Como manifestaciones de la posesión en cuanto derecho señala el poder incorporal que conserva durante un año el despojado, la posesión civilísima del heredero y la posesión mediata.

Lapin (*Manual de Derecho civil español*, II, 4.ª ed. 1974, págs. 23 y sigs.) singulariza la importancia de un argumento: como conforme al artículo 449 del Código civil se produce la sucesión en la posesión, ésta en nuestro ordenamiento es un derecho.

Lacruz, en un ensayo de planteamiento muy original (*Contribución a una pedagogía de la posesión*, en «Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro», II, 1976), en el que concibe la posesión como fuente del «derecho a seguir poseyendo» y como ese mismo derecho, afirma como «indudable su condición de derecho subjetivo». La Cruz observa como nota caracterizadora que la posesión en cuanto hecho constituye un estado (continuo y estable), a diferencia de otros hechos (actos) teóricamente instantáneos, que carecen de entidad (no de localización) temporal. Y esa diferencia sigue manifestándose «en el aspecto de la producción del derecho subjetivo, pues el acto crea instantáneamente y para en adelante el derecho, que puede persistir independiente (por ejemplo, transmisión de propiedad), mientras el estado genera el derecho habitualmente y como un medio transitorio de defensa de su continuación, frente al despojo...». Para Lacruz, la posesión —dada su eficacia *erga omnes* y su relación inmediata con el bien poseído— es un derecho subjetivo, absoluto, real y clasificable. Esto último en dos sentidos: porque claudica ante cualquiera que demuestre su derecho a poseer (*ius possidendi*); y porque se estima, «sea al desaparecer el supuesto fáctico que incesantemente le produce, sea poco después».

A Díez-Piçazo (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, 1978, pág. 465) le parece «concluyente y muy razonable» y que «goza hoy de gran aceptación en la doctrina civilista», la opinión que, inspirada en Savigny, expone Mesinié en los siguientes términos: «La vieja disputa (que no tiene razón de ser) sobre si la posesión es un hecho o un derecho subjetivo, se resuelve observando que la misma nace como una relación de hecho (aprehensión, uso o entrega), mas apenas nacida se convierte en una relación de derecho (de tendencia, eso sí, meramente temporal), en cuanto es súbitamente productora de efectos jurídicos,

toda vez que el poseedor como tal es admitido a continuar poseyendo, y es tutelado (si bien en forma provisional), aun cuando no esté asistido de un título de adquisición de la posesión.»

2.—Justificación de la tesis de que la posesión es un derecho

Hay suficientes razones para considerar que la posesión puede ser concebida como un derecho que guarda semejanza con los derechos reales, lo cual no quiere decir que se identifique con éstos. De un lado, porque hay una diferencia de rango, razón por la que ha sido calificada como un derecho real-provisional en cuanto puede ceder o decaer ante el derecho (definitivo); y de otro lado, porque puede darse fuera de los derechos reales en virtud de una relación obligacional (como en el arrendamiento, el depósito, el comodato, etc.) que desplaza hacia otro la posesión de la cosa, aunque se conserve la posesión del derecho (propiedad, usufructo, etcétera).

No es convincente la concepción ecléctica pese a la autoridad de muchos de sus defensores y especialmente la de Savigny, cuando sostiene que la posesión es un hecho en su nacimiento o que surge como una relación de hecho (por la aprehensión, el uso o la entrega), si bien produce unas consecuencias jurídicas, donde está su faceta de derecho. En la posesión, como categoría jurídica, el hecho no es pura facticidad, sino un hecho jurídico en cuanto hay una regulación conformadora del hecho o hechos que conducen a la posesión. La aceptación de esta faceta de hecho no es incompatible con la tesis del derecho. Ahora bien, resulta insuficiente, incompleta, para caracterizar globalmente a la posesión. El problema no se resuelve diciendo que, en parte, es un hecho y, en parte, las consecuencias jurídicas de ese hecho; o que en las consecuencias jurídicas se muestra como un derecho. Cuando se afirma que es un derecho no se descarta que en la posesión hay un hecho ni que éste produce consecuencias jurídicas. Lo que se sostiene es que, el conjunto denominado posesión, tiene la estructura y la función propias de los derechos. No hay inconveniente, además, en aceptar que en la posesión se acusa más la presencia de los hechos que en otros derechos. La regulación posesoria está muy ligada a la realidad social en un grado superior a la de los demás derechos. A veces, la propia norma jurídica es una remisión a lo socialmente dado. A nuestro juicio, la posesión es la institución jurídica de mayor densidad social. No obstante, ello no excluye su configuración como un derecho. La tesis del hecho parte de una concepción predominantemente nominalista y formalista de los derechos.

Afirmar que la posesión es un derecho no significa, ni mucho menos, desconocer la presencia en ella de un poderoso elemento de hecho. No hay contradicción en definir, por una parte, la posesión como señorío o poder de hecho, y considerarla, por otra, como un derecho.

El elemento de hecho que figura en la posesión es insuficiente para expresar su total estructura y función. Es supuesto de hecho, contenido, e incluso fundamento; pero supuesto, contenido y fundamento de algo: del derecho que es la posesión, en su conjunto.

La caracterización de los derechos reales en sí y su diferencia de los derechos de obligaciones ha sido objeto de larga polémica. Hoy puede considerarse en cierto modo dominante la conclusión de que los derechos reales están caracterizados por dos elementos: uno, llamado interior y otro, exterior.

El elemento interior expresa una potestad sobre la cosa, una sujeción de la misma a nuestro poder; el derecho real, en fin, se proyecta de una manera directa sobre la cosa. No hay duda que este elemento interior se da en la posesión. No existe poder sobre una cosa físicamente tan perfecto, ni tan directo, ni tan inmediato como el que expresa la posesión. El artículo 430 del Código civil la define precisamente como «tenencia» o «disfrute». Claro es que esta perfección que físicamente tiene el poder que otorga la posesión, se invoca por los contradictones para sostener que la posesión es un hecho; se alega que esa vinculación al goce demuestra que no se ostenta un poder jurídico sobre la cosa, sino tan sólo un poder material, económico; de hecho, en una palabra. Se piensa en la propiedad como exponente de los derechos reales, y se contrapone a ella la posesión. El poder que atribuye la propiedad, se dice, pertenece propiamente jurídico, es independiente del goce de las cosas. Elimitando el goce, lejos de negarse el derecho de propiedad, se reafirma. En cambio, en la posesión no ocurre así.

La indiscutible diferencia existente entre la propiedad y la posesión no basta para que ésta no sea concebible como un derecho. Solo significa que no se pueden escindir titularidad y goce; pero la vinculación al ejercicio no lleva consigo que la posesión no sea un derecho. Es sólo la consecuencia de que el fundamento de la posesión como derecho radica en el ejercicio mismo. En todo caso, al valorar la regulación a que un determinado derecho positivo somete a ciertas relaciones, la protección con dependencia o con independencia del goce no es apta para contraponer hechos y derechos, de forma que sea cierta la proposición de que allí donde se da con independencia del goce hay un derecho, y donde no se da, un hecho. Lo contrario es sólo un poder espiritualizado o otro materializado; uno formalista o otro realista. No el hecho y el derecho.

Ocurre, eso sí, que en otros derechos hay un supuesto de hecho determinante de la adquisición, del que luego el derecho nacido o transmitido se independiza; mientras que en la posesión subsiste, se reitera. Es, al mismo tiempo, factor determinante del nacimiento y contenido. Además, la vinculación de la posesión al goce, a la tenencia, no es, ni mucho menos, absoluta. En la evolución histórica de la posesión se

percibe con toda claridad un proceso de espiritualización. Si para afirmar la naturaleza de hecho de la posesión se ha tenido en cuenta el aspecto material del poder que entraña, por la misma razón podrá invocarse esa espiritualización para aproximarla a los derechos. En este proceso de espiritualización ha jugado un papel muy importante la idea germánica de la *Getreue*, aunque también la posesión romana se ha espiritualizado. El requisito del *corpus* ha perdido gradualmente su original significación rigidamente material. Otra muestra de la espiritualización de la posesión la encontramos en la circunstancia de que en el propio derecho romano se fueron dando gradualmente supuestos de conservación de la posesión con base sólo en el *animus*, es decir, sin la concurrencia del *corpus* necesario para adquirirla.

También en el Código civil se contemplan diversas situaciones de conservación de la posesión con independencia del mantenimiento del poder de hecho sobre las cosas. La más importante y significativa está recogida en el número 4º del artículo 460: «El poseedor puede perder la posesión... 4º Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.» Este precepto es enormemente significativo, pues demuestra que la posesión no se pierde por el sólo hecho de que la cosa salga del poder del poseedor. Hace falta algo más; ha de permanecer en poder de otro durante más de un año —año y día— para que la posesión se estime perdida. El despojado está asistido durante ese tiempo por las acciones posesorias. Es lo que con afortunado grafismo se ha llamado «la posesión incorporal del despojado». Muestra del proceso de espiritualización es también la amplitud que ha ido alcanzando la posesión; en el derecho romano sólo se consideraron como objeto de la misma a las cosas, creándose para los derechos la figura anómala de la *quasi-possessio*. El derecho canónico y el germánico extienden la posesión a los derechos y lo mismo hace el Código civil (arts. 430, 431, 432, 437 y 438). La posesión mediana, propia del derecho alemán, consiste en el ejercicio de la posesión a través de un poseedor inmediato, dola de gran flexibilidad al concepto.

De todas maneras, la gradual espiritualización de la posesión o la posibilidad de que, en alguna medida y en ciertas situaciones, el contenido fáctico se debilite e incluso transitoriamente desaparezca, aunque sea un argumento atendible para poner de manifiesto su similitud con los derechos, no nos parece un argumento decisivo. Si afirmamos su cualidad de derecho no es en razón de esa circunstancia, aunque sea invocable frente a quienes identifican el poder jurídico con el desligado de una efectividad real. No se trata tan sólo, desde nuestro punto de vista, de que en algunas situaciones guarde parecido con el que se reputa rasgo definidor de los derechos. Nuestra tesis (oponible, como todas) es la de que la posesión, aun nutrida del máximo contenido fáctico, puede

ser integrada en la estructura de los derechos; ya que implica una atribución, un poder y una tutela jurisdiccional. Por otra parte, la independencia de los derechos de su efectividad o de su ejercicio, su abstracción, es la secuela de una ideología dirigida a robustecer y ampliar el "seguro" al margen del ser mismo, antes que una exigencia, única y metámicamente conceptual. Ciertamente se trata de un modo de pensar e incluso de actuar ideológicamente traducido en normatividades. El derecho de propiedad, no para debilitarse, sino para absorber todos los poderes, llega a prescindir de todo contenido. A través de la sociedad autónoma —y de las múltiples combinaciones o cadenas de sociedades— la figura del propietario de los bienes se esconde y difumina, lo que no impide que acumule un capital de fuerte potencialidad económica. No obstante, los propios ordenamientos jurídicos de corte tradicional conocen de antiguo instituciones como la prescripción y la usucapción que son un freno a los derechos abstraídos de su efectividad. Modernamente, los problemas de distribución de las riquezas, que se afrontan a través de la función social de los derechos, están haciendo ver cómo la fórmula de la abstracción de los derechos respecto de su ejercicio tiene que ser corregida. En definitiva, ese riesgo pretendidamente inmaterial de los derechos no puede hoy convertirse en un dogma absoluto para, desde él, negar a la posesión su cualidad de derecho.

El otro elemento caracterizador de los derechos reales es el llamado extenso. Bajo tal denominación se comprende el conjunto de medidas con que el ordenamiento jurídico asegura el mantenimiento de la situación de poder sobre una cosa. Esto se consigue a través de un deber general de abstención, que tiene su traducción dinámica en las acciones con eficacia *erga omnes*, persecutorias de la cosa. Posiblemente no hay acción tan definida por el mantenimiento de la situación dada y la cosa en sí como la estrictamente posesoria.

Que la posesión, aun considerada como un hecho, produce consecuencias jurídicas, nadie lo niega. Precisamente en cuanto las produce se halla regulada por el derecho positivo; o bien, en cuanto se halla regulada produce consecuencias jurídicas. Que la posesión produzca consecuencias jurídicas no basta para que, por ello sólo, se la pueda considerar un derecho. El contrato produce efectos jurídicos y, sin embargo, en sí mismo no es un derecho. Otro tanto sucede, por ejemplo, con el tiempo.

Ahora bien; si esas consecuencias son de naturaleza y entidad análogas a las generadas por los derechos, se está en presencia de un derecho. Así, la adquisición de la propiedad de los frutos, la adquisición de la propiedad a través de la usucapción, la adquisición de la propiedad por el juego de la regla contenida en el artículo 464. En todos estos casos, la posesión actúa como medio de adquisición de otros derechos, como fuente de los mismos. Ciertamente en estos supuestos la posesión

sión actúa como fuente o antecedente de otros derechos; el de propiedad de los frutos y el de propiedad u otro derecho real correspondiente a la cosa. Sin embargo, el que sea origen o tránsito hacia otros derechos no quiere decir necesariamente que ella carezca de ese carácter. En la hipótesis de los frutos ocurre lo mismo que con la propiedad o el usufructo. Las otras hipótesis —usucapción, adquisición ex artículo 464— sólo significan que se trata de un derecho no siempre reducido a sí mismo o que es transitorio. Pero aparte de estos efectos, la posesión en sí misma produce la fundamental consecuencia jurídica de estar protegida frente y contra otros. El poseedor está amparado por el deber general de abstención que recae sobre los terceros. El poseedor tiene derecho a conservar la posesión, a continuar en ella y a recuperarla. La transmisión de ese deber general de abstención funda las acciones interdictales dirigidas al restablecimiento de la situación posesoria. «Todo poseedor, dice el artículo 446, tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuera inquiriendo en ella, deberá ver amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen».

De aquí se desprende que el señorío del poseedor —como dice Von Tuhr— no encuentra protección solamente mientras subsiste el hecho, sino que el poseedor, como los demás titulares de derechos reales, tiene a su disposición instrumentos jurídicos para recobrar su señorío cuando lo haya perdido.

Esta protección no es ciertamente de la misma intensidad que la dispensada a la propiedad; si se ponen en conflicto la neta posesión y la propiedad, tendrá aquella que ceder. No obstante, la posesión funda un deber general de abstención. Este deber alcanza incluso al propietario; el poseedor está protegido también contra los actos arbitrarios del propietario. Sólo cuando éste actúa por las vías legales y demuestra su mejor derecho, cede la posesión ante la propiedad.

3.—Impugnación de algunos argumentos

Pase al carácter de dominante que corresponde atribuir a la tesis de la posesión como derecho no han faltado, según hemos visto, quienes se oponen. ¿Con qué argumentos? Tomaremos en consideración sólo algunos.

A) Iglesias Cubría considera como un error histórico sostener la naturaleza de derecho de la posesión con base en las acciones que la tutelan, porque la prioridad no puede atribuirse siempre a la acción²⁷.

²⁷ «Es un problema muy hondo —escríbe—, y aún no del todo caído, el de la existencia de derechos sin acción y el de la prioridad de la acción sobre el derecho subjetivo. Afirmar esa prioridad, entendiéndolo que los derechos son siempre en Roma

Prescindiendo del problema genético acerca de cuál sea primero si el derecho o la acción, parece seguro que, para explicar el concepto de una institución —y en concreto de la posesión—, es preciso tener en cuenta, junto a otros factores, las consecuencias que produce; y entre estas consecuencias figuran, sin duda, las acciones que la protegen o, si se prefiere, las pretensiones que funda. Una institución no es independiente de sus efectos, sino el reflejo, la síntesis estructural de éstos. Para comprenderla ha de considerarse la institución en su conjunto, en su ser y en su acontecer, en su estática y en su dinámica. Prescindir de los efectos es tanto como desconocer la función vital. Los efectos forman parte del existir sociológico, de la *praxis* humana. La «naturaleza jurídica» es una explicación que, divorciada de los efectos, adviene esquema conceptual inerte. Problema distinto es si la protección ha de conducir al derecho. Ciertamente no todas las situaciones provistas de tutela jurídica tienen la entidad de derechos subjetivos. Por lo que no es la existencia misma de la tutela, sino su alcance, el factor a tener en cuenta para considerar la posesión como un derecho.

El argumento esgrimido por Gentile, en el sentido de que considerada la posesión como un derecho se identificaría con la propiedad, es poco satisfactorio²⁸. Aunque el derecho de propiedad es el precedente y en muchos ordenamientos el exponente máximo de los derechos subjetivos, no cabe duda que éstos forman una categoría más amplia en la que hay un lugar para la posesión. La especialidad de ésta no estriba tanto en su contenido como en el ser susceptible de presentarse con entidad autónoma en cuanto situación dada, lo que siempre la diferencia del derecho de propiedad.

No es más convincente la argumentación de Gentile cuando sostiene que hay una diferencia «ontológica» entre la propiedad y la posesión, lo que impide encuadrarlas en la misma categoría del derecho subjetivo. Esa diferencia la hace consistir en que mientras el propietario tiene una posición privilegiada en virtud de la cual, ante cualquier lesión,

una emanación o consecuencia de la acción procesal que los protege, es un grave error histórico.²⁹ Considera que en el derecho romano es preciso distinguir entre el *ius civile* y el *ius honorarium*. Mientras éste puede concebirse como un «sistema de acciones», no ocurre lo mismo con el *ius civile*. En él «y en aquellas instituciones que entrañan un poder sobre la cosa, como la *possessio*, el *dominium*, etc., la acción nació para proteger la situación jurídica preexistente; es una emanación del derecho subjetivo». (De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión, en «Revista de derecho privado», 1949, págs. 638.)

Por lo demás, para el propio autor es importante captar la diferencia que existe entre la naturaleza esencial de la posesión en sí y las consecuencias que la acompañan accidentalmente o de ella se derivan. A su juicio «la posesión en sí es un hecho esencial, limitado en el tiempo, al menos en su duración máxima, pues dura mientras se continúan ejercitando las facultades que indica».

M. Cfr. GENTILE, *Il possesso*, 1956, págs. 36 y sigs.

está asistido de la *reivindicatio* o de la *negatoria servitutis*; en cambio «el poseedor no puede reaccionar contra cualquier lesión, sino solamente contra aquella que le haya sido inferida de un determinado modo. Si existiera tal diferencia no sería, en rigor, ontológica, no pertenecería al ser mismo de las instituciones; derivaría, más bien, de la regulación jurídica». La prueba está en que, al menos, conforme al derecho positivo español, no puede decirse que proceda la acción reivindicatoria «cualquiera sea el modo» en que resulte lesionado el propietario. Uno de los requisitos de la acción reivindicatoria, reiteradamente encarecido por la jurisprudencia, es que ha de ejercitarse contra el poseedor o detentador de la cosa; lo cual significa que cualquier lesión no da lugar al ejercicio de esta acción. Es indispensable que la cosa no se encuentre en poder del reivindicante, sino en poder de aquel contra el que se dirige la acción para que la restituya. En los casos en que esto no ocurre así falta incluso el interés de reivindicar. Si la lesión experimentada por el propietario ha consistido en que un tercero le ha causado daños en un bien de su propiedad, la acción a ejercitar no será la reivindicatoria, sino la de indemnización. Luego no puede decirse que siempre tiene a su disposición la acción reivindicatoria; o mejor, la tiene, pero en tanto haya de exigir la restitución. Con mayor amplitud y flexibilidad está protegido el poseedor con los interdictos; porque para la procedencia del interdicto de retener no se requiere el despojo; basta la comisión de actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle (art. 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil) para que sea posible el ejercicio de la acción interdictal. Luego ocurre lo contrario de lo suscitado por Gentile. La acción interdictal asiste al poseedor (sea o no propietario) cuando el propietario no está todavía asistido, de la posibilidad de ejercitar una acción reivindicatoria. Bien es verdad que el propietario, ante la amenaza de su derecho de propiedad, puede ejercitar una acción declarativa de la misma. Mas, en cualquier caso, es preciso reconocer que no existe reacción tan inmediata como la del interdicto de retener.

B) También se ha acudido precisamente a los interdictos para sostener que, protegiendo exclusivamente el hecho de la posesión, presupone que ésta es sólo un hecho. Ciertamente el alcance de la tutela interdictal no prejuzga el derecho a poseer. Pero cuando nos planteamos el problema de la naturaleza de hecho o de derecho de la posesión nunca nos referimos al derecho a poseer (que no es tema posesorio), sino al derecho de poseer. Y sin negar la facticidad de la posesión puede afirmarse que la tutela del hecho se configura como un derecho. Hecho y derecho no se contradicen. A partir del hecho, para su mantenimiento y restablecimiento, se organiza una defensa que implica la atribución de un derecho.

C) Roca Sastre ha dicho: «Si la posesión fuera un derecho, nadie dis-

cifra acerca del por qué y de la forma de su protección. No se discute acerca de si ha de protegerse el dominio; el usufructo, la hipoteca o cualquier otro derecho; y en cambio, ello es discutido en la posesión...²⁹ El argumento no parece decisivo. La propiedad es un derecho. ¿Y no se ha discutido el fundamento de la protección de la propiedad? Más que el de la posesión. ¿Y no se ha negado incluso que la propiedad sea un derecho? Evidentemente, sí. Y tras esta negativa se oculta un dramático social y político que no se ha manifestado en las discusiones en torno a la posesión.

D) Se ha advertido también que la posesión se protege no en sí misma, sino por razones de utilidad, conveniencia y paz social. A esto ha de oponerse que las razones determinantes de su protección no condicionan de manera excluyente su calificación jurídica. Son dos cosas que se mueven en campos distintos: el fundamento de la protección es materia de la filosofía o la sociología del derecho; la calificación de la institución pertenece a los dominios de la ciencia y de la técnica.

Claro es que, a nuestro juicio, en la ciencia jurídica quedan integridados también aspectos filosóficos y sociológicos. En cualquier caso, lo cierto es que el derecho (objetivo) genera o dota de positividad a los derechos (subjetivos). Las razones de utilidad, conveniencia o paz social impulsan la ordenación jurídica y se traducen en normatividad. Lograda ésta, el presupuesto económico-social determinante se consolida como derecho objetivo. Luego no cabe remontarse a aquella motivación para decir que la posesión no es un derecho. Tanto más si se observa que en la posesión aparece muy acentuado ese presupuesto: toda su ordenación jurídica está en función de la realidad social.

E) El profesor Guillermo García-Valdecasas³⁰ sostiene que la posesión es un hecho y un derecho. Sintetizando su punto de vista, afirma: «Si, pues, la palabra posesión tiene esa doble significación, es decir, si con ella se designan dos objetos de distinta naturaleza, tendremos que admitir con Savigny que la posesión es, al mismo tiempo, hecho y derecho. Con esta advertencia, sin embargo, que al hablar de la doble naturaleza de la posesión no pensamos que el hecho sea al mismo tiempo derecho, sino que tanto uno como otro son elementos integrantes de la posesión en la forma y con las peculiaridades que hemos indicado al examinar la conexión existente entre ellos.» De suerte que, según la propia exposición de su autor, pareciera la tesis de Savigny acerca de la doble naturaleza de la posesión, si bien con una variante: la de que esta doble naturaleza es una doble naturaleza radical, es decir, que el elemento de «hecho» que hay en la posesión es sólo «hecho» y el elemento de

«derechos» sólo «derecho». Queda establecida así una escisión en el concepto: no es un concepto unitario. Lo que viene a sostener el profesor Valdecasas es que en la posesión el poder sobre la cosa es sólo elemento o factor de hecho; y que las consecuencias jurídicas que produce, y muy particular la protección posesoria, engendran un derecho.

Contemplando la tesis del profesor García-Valdecasas desde el punto de vista de la nuestra, observamos lo siguiente: que mientras nosotros afirmamos que en la posesión se dan los dos elementos de los derechos reales, el interno y el externo (el uno, reflejado en el poder sobre la cosa y el otro manifestado en la protección), en cambio, García-Valdecasas sostiene que falta en la posesión el elemento interno del derecho real, porque el poder sobre la cosa hace referencia sólo al aspecto de hecho que hay en la posesión y no se integra en el aspecto de derecho que la posesión también ofrece. Así dice: «Conviene no olvidar la existencia de ambos aspectos, fáctico y jurídico, en la posesión. Como hecho, ella consiste en una situación de poder sobre un objeto. Poder que requiere una cierta estabilidad y permanencia, pero que no precisa un ejercicio actual constante; ni siquiera la posibilidad inmediata de actuación sobre el objeto...» En cuanto a los efectos jurídicos, ellos se centran en la protección posesoria. Más adelante, estudiando este elemento jurídico, centrado en la protección posesoria, afirma claramente que se da en la posesión el factor o elemento externo de los derechos reales. «No aparece, en cambio, tan claro el lado interno o positivo del derecho real; es decir, el señorio jurídico directo sobre el objeto.» He ahí, en resumen, la teoría de la doble naturaleza de la posesión, que es un retorno a la tesis de Savigny.

Naturalmente que manteniendo la tesis de que la posesión es un derecho no puede acogerse la que sólo en parte la acepta. La discrepancia es obligada; derivada de la necesidad de ser consecuentes con los propios puntos de vista. Por tanto, tómense en este sentido las leves observaciones que aquí se formulan. Son estas: en el orden metodológico, toda conclusión citada en estimar que algo es al mismo tiempo dos cosas infunde alguna sospecha. Conviene huir en lo posible de los conceptos *sui generis*, mixtos o rigurosamente eclécticos. El problema está en encontrar en la posesión la nota o característica predominante; y con base en ella afirmar su naturaleza. En principio, la naturaleza de algo tiende a ser una; por lo menos conforme a un criterio natural y lógico es de dudosa consistencia afirmar la doble naturaleza de un mismo objeto. Si se admite que en la posesión aparece muy marcado el poder inmediato y directo sobre la cosa ¿por qué este poder inmediato y directo no configurarlo como elemento del derecho real?

Los que piensan que la posesión es exclusivamente un hecho, aducen que el poder inmediato y directo que se ostenta sobre las cosas en la posesión no tiene los caracteres de un derecho precisamente por faltarle

²⁹ *Derecho hipotecario*, I, pág. 525.

³⁰ GUILLERMO GARCÍA-VALDECASAS, *La doble naturaleza de la posesión*, en *Anuario de derecho civil*, abril-junio, 1954.

cierta espiritualidad, o sea, la posibilidad de independizarse del contacto con las cosas. Sin embargo, no hay que confundir o identificar los conceptos «derecho» y «poder independizado del goce o del ejercicio». Lo que ocurre en la posesión es que, en contraste con otros derechos, no se diferencian utilitadamente «ejercicio» y «titularidad», en cuanto que el ejercicio mismo implica la atribución. Pero la posibilidad de una atribución independizada por completo del goce de la cosa objeto del derecho es, por una parte, un nominalismo y no una característica del derecho, y por otra parte tampoco falta el ejercicio cuando éste se espiritualiza.

VI.—LA DOCTRINA ROMANA DE LA POSESIÓN

Los romanos fueron juristas, como todos sabemos, eminentemente prácticos. No se preocuparon de las cuestiones especulativas. Por otra parte, en el derecho romano no aparecen suficientemente distinguidos los conceptos de «ordenamiento» y «ciencia jurídica», hoy tan diferenciados. De todo ello resulta que los romanos no elaboraron propiamente una doctrina de la posesión; regularon unas situaciones jurídicas, entendidas como posesión. La concepción romana de la posesión está representada más bien por el entendimiento posterior, a muchos siglos de distancia, de la ordenación romana. Más que de una concepción romana se trata de una concepción «romanista», que vamos a contemplar en dos grandes juristas, los que más se han preocupado del entendimiento de la posesión en el derecho romano: Savigny y Jhering. A través de ellos vamos a ver la posesión; pero naturalmente no en su integridad, sino en las características o nociones fundamentales de la posesión: el *corpus* y el *animus*, y la distinción entre *posesión natural* y *posesión civil*.³¹

1.—El «*corpus*» y el «*animus*» como elementos de la posesión

A) Savigny para formular el concepto de la posesión acude a los conceptos de *corpus* y de *animus*. Parte de la tenencia, de la detentación;

³¹ Las referencias al derecho romano, circunscritas principalmente a las concepciones de SAVIGNY y de JHERING, ampliamente superadas o rectificadas en muchos aspectos, se hacen no con el fin de dar cuenta del estado de la doctrina, sino como medio de establecer unos presupuestos con vistas a la explicación de ciertos problemas interpretativos que plantea el Código civil.

De la obra de SAVIGNY *Das Recht des Besitzes*, que data de 1803, se hicieron varias ediciones en pocos años. Se tradujo al castellano en 1845. La traducción francesa de 1841, revisada por VALÉRY, es más cuidada.

Las obras de JHERING, *Ueber den Grund des Besitzschutzes*, 1868 (como ed. separada) y *Der Besitz* (1889), fueron traducidas por ABOLIVO PONSADA, con los títulos, *La teoría de la posesión* y *La voluntad en la posesión*, 1896, que en la ed. de 1926 aparecen bajo *La posesión*.

y sostiene que detentación no es la mera posibilidad de ejercer influencia sobre una cosa, sino también la de impedir la influencia de un extraño. El reconocimiento y la calificación jurídica de esa detentación es la que constituye, según Savigny, la posesión, de suerte que la posesión es el resultado de la detentación, en cuanto es estructurada, ordenada jurídicamente. Y la posesión está constituida por dos elementos: el *corpus* y el *animus*. Según Savigny el *corpus* se presenta como el elemento material o físico; el *animus*, como el elemento espiritual, anímico o intencional. El *corpus* hace referencia al contacto con la cosa. Para que la posesión surja se precisa la posibilidad de ejercer sobre la cosa una influencia inmediata y la posibilidad también de excluir la influencia de otras personas. Para conservar la posesión no es preciso que esa posibilidad sea inmediata. Es decir, Savigny distingue el grado de influencia o de posibilidad de ejercerla en orden a la posesión, según que se trate de adquirir o de conservar la posesión. Para adquirir es indistintamente preciso que la influencia sea inmediatamente posible; para conservar, ya no. Es suficiente para conservar que la relación de poder, la influencia sobre la cosa, pueda producirse a nuestra voluntad, y de esa manera la posesión cesa cuando desaparece tal posibilidad. La posibilidad desaparece no sólo cuando otro adquiere la posesión, sino también cuando otro estorba o destruye la posibilidad en nosotros de ejercer la influencia; y así cita Savigny el caso del esclavo, que puede producir una desaparición de nuestra posesión sin que él, por su parte, por falta de capacidad jurídica, pueda convertirse en poseedor. La posibilidad de ejercer el poder sobre la cosa puede ser excluida por la intervención de otro, pero también sin la intervención de otro. Y así ocurre que desaparece la posibilidad cuando la cosa se encuentra en un lugar para nosotros inaccesible, donde no podemos ejercer un acto de poder sobre la cosa. Ahora bien, se conserva la posesión, no se pierde, aunque en un determinado momento el poseedor no sepa dónde se encuentra la cosa; basta con la posibilidad de ejercer sobre ella actos de disposición o de dominio —entendiendo esta palabra en un sentido amplio— para que la posesión se conserve. En definitiva, el *corpus* en Savigny es un elemento físico, material; pero no rígido, rigurosamente materialista. El *corpus* no es la aprehensión inmediata, directa y constante de la cosa; el *corpus* es la posibilidad de actuar, disponer de la cosa. Así y todo se precisa de una base física, material; aunque no es indispensable para que se dé el *corpus*.

El segundo de los elementos de la posesión, según Savigny, es el *animus*; factor espiritual, psíquico, voluntario. Se contrapone al *corpus* en cuanto que en el *animus* el poder sobre la cosa no aparece referido a ningún acto de externa o material dominación; se alberga en la voluntad con que el poseedor actúa. Para poseer no basta la detentación, el *corpus*; se requiere la voluntad, el *animus*. Las fuentes del derecho ro-

LA POSESIÓN INSCRITA ANTE LA DOCTRINA.¹ MATERIALES DE ESTUDIO.

PRESENTACIÓN.

Las normas sobre posesión inscrita plantearon numerosas dudas interpretativas, en especial durante las primeras décadas de vigencia del Código Civil. La primera dificultad se refirió al alcance de la inscripción como criterio constitutivo de la posesión.

Una tesis extremadamente influyente fue sostenida por don Humberto Trucco, luego distinguido ministro de la Corte Suprema, en un artículo publicado en el T. VII de la Revista de Derecho y Jurisprudencia, correspondiente al año 1910. El señor Trucco atribuyó a la inscripción el carácter de único y exclusivo antecedente posesorio por completo técnico-legal, que sustituye, en el ámbito en que rige, al concepto clásico de posesión, comprensivo de los elementos del corpus y animus, a los que se refiere el artículo 700 del Código Civil.

El señor Trucco reacciona en su artículo, basado en su memoria de prueba, contra una tendencia jurisprudencial, que él considera peligrosa, y que desde su punto de vista conduce hacia un debilitamiento del régimen de posesión inscrita en la jurisprudencia de su tiempo.

A la siga del artículo del señor Trucco, se publicó en la Revista de Derecho y Jurisprudencia una carta del profesor y abogado Tomás A. Ramírez, en la cual discute a partir de la tesis del señor Trucco.

El segundo artículo recogido en este documento fue escrito 24 años después, por don Leopoldo Urrutia, profesor de la Universidad de Chile. Con modesta lo título "Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil Chileno" y fue publicado en el T. XXXI de la Revista de Derecho y Jurisprudencia correspondiente a 1934. Con la lectura de este muy influyente trabajo se constata como la doctrina de la posesión inscrita se había consolidado desde la época del trabajo del señor Trucco, gracias al aporte de la doctrina y muy especialmente de la jurisprudencia.

El señor Urrutia analiza en este artículo, con gran capacidad de síntesis, el concepto de "inscripciones de papel", introducido por él a nuestro lenguaje jurídico y que se mantiene hasta hoy. En este punto específico incorpora, como se puede comprender, una importante limitación a la doctrina del señor Trucco.

Quienes deseen profundizar la materia de la posesión inscrita pueden recurrir además a la magnífica memoria de prueba de don José Claro "La posesión inscrita ante la doctrina y la jurisprudencia", Santiago, 1938.

¹ Extraída de los "Materiales sobre Posesión" correspondientes al curso de bienes del profesor Enrique Barros Bourie, Universidad de Chile, 1996.

DERECHO

TEORIA DE LA POSESION INSCRITA, DENTRO DEL CODIGO CIVIL CHILENO

POR

HUMBERTO TRUCCO

Persuadidos de que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha desnaturalizado por completo el sistema lleno de *originalidad* que en materia posesoria introducir el señor Bello al *ideal y desarrollo* en el Código Civil la institución jurídica de la inscripción, vamos a exponer en este trabajo *la teoría de la posesión inscrita*, tal cual la entendemos, y con prescindencia absoluta del criterio que al respecto informa la jurisprudencia ordinaria de nuestras Cortes y Juzgados. Nos servirán de base para este trabajo las ideas que al respecto suscitamente dejamos expuestas en la tesis que presentamos para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de nuestra Universidad.

ROL JURÍDICO DE LA INSCRIPCIÓN

Dentro del mecanismo del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, decía

DERECHO

En la legislación española que nos regía antes de la promulgación del Código sólo existía organizado un Registro público en que se anotaban las hipotecas, censos, los vínculos y otros derechos y la inscripción no desempeñaba.

ANTECEDENTES DE LA INSCRIPCIÓN

mos en aquel entonces, la inscripción desempeña, en sus relaciones con la propiedad, un triple rol jurídico, a saber:

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

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.

Por tanto, más funciones que la tercera de las que acabamos de enumerar, ó sea, las de un medio escogitado para dar publicidad á los gravámenes de la propiedad inmueble.

ORIGINALIDAD DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN

La originalidad de nuestro Código Civil en esta materia es, por ende, manifiesta, y ella consiste en haber dado á la inscripción dos caracteres que antes no tenía, haciéndola desempeñar dos nuevas funciones de la mayor importancia: de símbolo de la tradición y de símbolo de la posesión.

Por consiguiente, de aquí surge como deducción lógica y como primera observación, la que sigue: para penetrarse del alcance de la institución jurídica que nos rigió, denominada *inscripción*, es, en consecuencia, á todas luces, supérfluo é innecesario ocurrir á otras legislaciones, las cuales ninguna luz nos pueden dar, como quiera, repetimos, que la inscripción desempeña entre nosotros dos funciones jurídicas sin precedentes en otras legislaciones conocidas.

Según el eminente jurista don José Clemente Fabres (Instituciones de Derecho Civil Chileno, págs. 352, t. I) la institución del Registro Conservatorio "es la novedad más grande y más trascendental que nuestro Código Civil ha introducido en la legislación española y romana, cuyas raíces profundas ha conservado con religioso y discreto respeto".

Un concepto parecido le merece á don Luis Claro Soler esta institución del Registro Conservatorio, que él califica como "una de las innovaciones radicales y más importantes llevadas á efecto con

LA INSCRIPCIÓN EN LOS PROYECTOS

La promulgación de nuestro Código (Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. III, págs. 130, Seg. parte, Secc. II). La proverbial modestia del señor Bello sólo le permitió decir, tocante á este punto en el Mensaje que la institución del Registro Conservatorio se aproximaba á lo que de tiempo atrás existía en varios estados de Alemania, y que en otras naciones civilizadas aspiraban á imitar; pero la verdad es, como viene exponiéndose, que el Registro del Conservador, más que una vulgar imitación, es una radical innovación.

Como forma especial de tradición, la inscripción aparece por primera vez en el Proyecto de Código Civil del 53, pero con una doble particularidad: se establecía la inscripción, únicamente, como un medio *ya simbólico ya real* de efectuar la tradición de las herencias y casas. Como un medio simbólico, pues en el mismo Proyecto se establecía también la validez de la tradición real de las cosas inmuebles, que debía efectuarse "en- trando en ellas el que las recibe, á pre- sencia del que las entrega; manifestán- dose en uno la voluntad de transferir el dominio y en el otro la de adquirirlo." Como un medio real, porque efectuadas la tradición simbólica por medio de la inscripción, no había en seguida otro medio de transferir el dominio que á vir- tud de una nueva inscripción (art. 826). No valía, pues, entonces la tradición real del art. 825. En el Proyecto Inédito de Código Ci- vil, quitándose á la inscripción el doble carácter que se le atribuía en el Proyecto del 53, como una forma real ó simbó-

bólica de efectuar la tradición, se la de-
la subsistente como la única manera va-
lida y legal de hacer la tradición de las co-
sas inmuebles, y se la da, por primera
vez, rol jurídico en lo concerniente a la
posesión de los mismos bienes.

Desentendiéndonos, por ahora, del pa-
pel que juega la inscripción, dentro del
Código que nos rige, como forma espe-
cial de tradición, o como medio de dar
publicidad a la propiedad raíz y a sus
gravámenes, pasamos a contemplarla
en cuanto sirve de requisito, prueba y
garantía de la posesión, triple aspecto
bajo el cual se ha prestado a las más va-
riadas interpretaciones y a las más inte-
resantes controversias jurídicas.

LA INSCRIPCIÓN COMO REQUISITO DE LA POSESIÓN

Es sabido que toda posesión se genera
por la presencia simultánea, o la coexis-
tencia de dos elementos: la tenencia,
aprehensión o poder efectivo sobre la cosa
(el corpus de los romanos), y el ánimo de
señor o dueño (animus).
Por eso, con acierto, nuestro Código
Civil define la posesión así: "es la tenen-
cia 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 su lugar y a nombre de él" (art. 700).
Ahora bien, toda la doctrina de la po-
sesión inscrita descansa en la ficción le-
gal de que el poseedor inscrito, con titu-
lo anotado por más de un año, tiene en
su favor, por el hecho de la inscripción,
los dos elementos constitutivos de la po-
sesión: la tenencia y el ánimo de se-
ñor (1).

(1) No hay por qué no reconocer franca-
mente esta ficción legal como el fundamento

Esto se deduce:
a) del artículo 724 (1), según el cual
la inscripción en el registro del Conserva-
dor es la que hace "adquirir" la pose-
sión.

Dice ese artículo: "Si la cosa es de
aquellas cuya tradición deba hacerse
por inscripción en el Registro del Conser-
vador, nadie podrá adquirir la posesión
de ella sino por este medio".
b) del artículo 696, según el cual sólo
cuando la inscripción se efectúa, se da o

en que el sabio autor del Código hace des-
cansar toda su teoría de la posesión inscri-
ta. Si bien se mira, es también una verdade-
ra ficción legal la que establece el legisla-
dor cuando no reconoce sino a la inscripción
como la única forma posible de efectuar vá-
lidamente la tradición de las cosas inmue-
bles. Considerando la tradición, según el art.
670, en la entrega que el dueño de una cosa
hace de ella a otro, habiendo por una parte
la facultad e intención de transferir el domi-
nio, y por la otra la capacidad e in-
tención de adquirirlo, es manifiesto que
se crea una ficción al darle a la ins-
cripción el carácter de entrega, ficción tanto
más palpable cuanto que no se comprende
cómo pudiera efectuarse realmente la entre-
ga de una cosa inmueble, dado que, según
el art. 598, inmuebles o bienes raí-
ces son precisamente "aquellas cosas que no
pueden transportarse de un lugar a otro". Si
es inencontrable, pues, aceptar la ficción de la
inscripción como modo de adquirir, o sea,
como la única forma legal de efectuar la
tradición de los inmuebles, no se ve por qué
habría de considerarse como algo inusitado
la ficción de que el poseedor inscrito, con ti-
tulo anotado por más de un año, tiene, por
el solo hecho de la inscripción, los dos ele-
mentos constitutivos de la posesión: la te-
nencia y el ánimo de señor o dueño.—Tan fic-
ción es una como otra.

(1) Este artículo se presta a muy acritas re-
flexiones, y por eso dedicáremos a su exámi-
no un acápite especial.

se transfiere "la posesión efectiva del res- pectivo derecho".

Dice ese artículo: "Los títulos cuya ins- cripción se prescribe en los artículos an- teriores, no *darán o transferirán* la pose- sión efectiva del respectivo derecho,

mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se or- dena; pero esta disposición no regirá sino respecto de los títulos que se confieren después del término señalado en el re- glamento antedicho".

c) del inciso 2º del art. 728, según el cual aun el *apoderamiento de una cosa, con ánimo de señor, no basta para cons- tituir posesión, si la cosa está inscrita*. Dice ese inciso: "Mientras subsista la inscripción el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no ad- quiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente".

d) del art. 730, inc. 2º, según el cual no hay adquisición ni pérdida de la po- sesión sin la competente inscripción. Dice ese inciso: "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 cede, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción".

e) del art. 924, según el cual la pose- sión inscrita no se *prueba* sino por la inscripción, sin que se admita ninguna prueba en contrario (1). En derecho lo

(1) De los términos de este art. 924, se des- prende que el legislador *presume de derecho* posesión a favor del poseedor inscrito, con título anotado por más de un año. Según el in- ciso 4.º del artículo 47, para discurrir si una presunción es simplemente legal o de derecho, no hay más que fijarse si la ley admite o no prueba en contrario si admite prueba, la presunción será *legal*; si rechaza la prueba, la presunción será de derecho.

que no se prueba en como si no exis- tieran.

Dice al art. 924: "La posesión de los derechos inscritos se prueba por la ins- cripción, y mientras ésta subsista, y con- tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de pose- sión con que se pretenda impugnarla". (1) del art. 2506, según el cual no hay prescripción que valga contra un bien raíz inscrito, sino a virtud de una nue- va inscripción.

Dice ese artículo: "Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescrip- ción 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 ins- cripción del segundo".

No hay prescripción porque el funda- mento preciso de toda prescripción ad- quisitiva es la posesión, y ya tenía dicho el Código (arts. 696, 728, 729, etc.), que sin inscripción no había posesión.

LA INSCRIPCIÓN COMO PRUEBA DE LA POSESIÓN

Tratándose de un inmueble inscrito, con título anotado por más de un año, no es posible, sin desnaturalizar el siste- ma por el Código establecido, probar la posesión del inmueble por medios distin- tos de la respectiva inscripción.

Tal y no otro es el alcance natural y obvio del art. 924 que volvemos a trans- cribir.

"La posesión de los derechos inscrip- tos se prueba por la inscripción, y mien- tras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admis- ble ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla".

Interpretarlo en otro sentido equivale

(1) Les rôles ne se renvoient pas, pour ce motif, à la Cour de cassation, mais ils sont renvoyés à la Cour d'appel de la ville de Paris.

te que el señor Bello no podía descenderse de que la propiedad raíz, dentro del sistema por el ideado, únicamente podía encontrarse en dos situaciones bien distintas, según tuviera o no la calidad de inscrita?

Y si las cosas inmuebles, y correlativamente la posesión de ellas, podían presentarse en las diversas formas que no estaba obligado el legislador a prescribir dos diversas reglas?

He aquí, pues, porqué a raíz del artículo 924 aparece en el Código el artículo 925.

Y no se diga, como a diario se lee en las sentencias de nuestros tribunales (1), 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 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 antijurídicas, y por lo mismo, de significación poco precisa.

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 retención de la cosa, unido al elemento interno del ánimo del señor o dueño (art. 700). Por consiguiente, es tan material a los ojos de la ley la posesión inscrita como la no inscrita, con la particularidad que ya

de la ley la posesión inscrita como la no inscrita, con la particularidad que ya

de la ley la posesión inscrita como la no inscrita, con la particularidad que ya

de la ley la posesión inscrita como la no inscrita, con la particularidad que ya

de la ley la posesión inscrita como la no inscrita, con la particularidad que ya

(1) Véase una sentencia cualquiera sobre quereña de amparo o restitución, en *Revista de otro texto de jurisprudencia de nuestros Cortes y Jueces*.

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

improcedente, a virtud de lo dispuesto en el artículo 2505, ya transcrito. Luego, con título constitutivo no hay, en el caso en examen, posesión regular ni irregular. Agréguese a esto lo dispuesto en el art. 728, inc. 2°, 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: ¿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 encuadra dentro de los preceptos que el mismo establece.

Sintetizando, diremos entonces que el art. 925 se refiere a las inmuebles no inscritas, o a aquellos que estando inscritos no tienen título anotado en el Registro por más de un año, y que el art. 924 se aplica asimismo a las inmuebles inscritas, con título anotado por más de un año (1). Así se cumple con el pre-

(1) El joven y estudioso profesor don Tomás A. Ramírez, en carta cuyos benevolos conceptos agradeceremos una vez más, y que agregamos a la conclusión de este trabajo, diciéndonos sobre el alcance y aplicación que debe darse a los citados artículos 924 y 925,

se expresan así:

"El art. 925 se aplica a las posesiones inscritas cuya inscripción no tenga un año de antigüedad y a la posesión de los inmuebles no inscritos; se aplica también para acredi-
tar que alguien tiene en su poder materialmente un inmueble que está inscrito a nombre de otro, a fin de que se condene a aquel a restituirlo; y se aplicará igualmente para decidir en el caso de aparecer un inmueble inscrito a nombre de dos o más personas distintas que disputan sobre su posesión, caso en el cual tendrá que prevalecer la situa-

LA INSCRIPCIÓN COMO GARANTÍA DE LA POSESIÓN

Para no repetirnos demasiado, nos limitaremos a decir aquí que la principal garantía con que el Código favorece al

ción del *habe material*, ya que las inscripciones se neutralizan, mutuamente y nada probarían a favor de ninguno de los contendientes. Sentimos estar en desacuerdo con nuestro ilustrado colega en cuanto al excesivo alcance que el da al artículo 925, y no nos parece ni siquiera cuestionable que sea lícito extender la aplicación de este artículo hasta hacerlo decidir en el caso de aparecer un inmueble inscrito a la vez a nombre de dos o más personas. Ello importaría desconocer en lo absoluto la eficacia de la inscripción como requisito, garantía y prueba de la posesión y tendríamos aminorar por su parte todo el sistema tan ingeniosamente calculado por el legislador para obtener que la inscripción sirva como garantía cierta de una posesión pública y manifiesta que permita, llegar un día al desistimiento en que posesión, prescripción y propiedad sean términos idénticos. No hay que olvidar, por otra parte, que dentro de la organización de nuestro Registro Conservatorio así como dentro de las prescripciones legales del C. Civil, no pueden concebirse dos ins-

cripciones, que se neutralicen mutuamente: personas, que se neutralicen mutuamente: el principio dominante sobre esta materia es el de que no puede cesar una posesión inscrita sin que haya cancelación de la inscripción anterior (art. 728 del C. C.). Y si en el hecho, pues, el Conservador inscribe una misma propiedad a favor de dos distintas personas por ignorancia, descuido o culpable connivencia, no se ve por qué la inscripción posterior

poseedor inscrito, es la de acordarle el privilegio de ponerlo a cubierto de toda prescripción (art. 2505), y la de asegurarle en forma tal, que no pueda perder su posesión ni aun por el apoderamiento de la cosa que llega otro, con ánimo de señor (art. 728 inc. 2º).

ESTUDIO DEL ARTICULO 724

Declamamos en otra parte que el texto literal del art. 724 se presta a muy serias reflexiones. Aquí agregamos que, sin penetrarse bien de su alcance, es imposible dominar la doctrina de la posesión inscrita.

Trascribamos ese artículo.

Dice así:

"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".

Salta a la vista que su tenor literal es demasiado amplio y absoluto: tanto

habría de primar sobre la anterior, que, a juicio de la ley, radica en el primer inciso un derecho *inextinguible* mientras no haya una debida cancelación de su inscripción. Menos se ve por qué habría de recurrirse a la prueba del goce material, que consagra el artículo 925, para decidir en el conflicto de dos inscripciones, cuando es fácil, prescindiendo de este artículo, discernir cuál de ellas inscrip-

ciones debe tenerse por nula y sin valor, a la luz de todas las prescripciones de la ley relativas a la inscripción. Así, ni siquiera repentinamente un inmueble a dos personas y a las dos le hace entrega (única forma de inscripción), debe ser por sí mismo aquel que primero inscribió (art. 18, inc. 1º).

Minutas razones nos asisten para como prontamente errar en la sentencia del Corte de Apelaciones de esta ciudad en el conflicto de dos inscripciones, especial y privativo.

que la ley no ha fijado ni respecto ninguno

haya de la cosa en forma violenta o clandestina. El art. 730, inc. 1.º, se refiere también a un caso concreto de adquisición de la posesión sin inscripción, y aunque se contiene en el inc. 3.º del art. 702, según el cual sin inscripción se adquiere, en ciertos casos, la posesión, bien que ella sea irregular.

Por consiguiente, no hay duda de que el alcance del art. 924 es más restringido de lo que a primera vista parecería deducirse del tenor literal de sus terminos. Hacerse, cuando, nosotros decimos que, para darle una interpretación acertada es menester que, antes de aplicarlo a un caso cualquiera, se procure investigar.

1. 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.

Si se trata de un bien raíz no inscrito, no cabe vincular el que llega posesión, sin presentar título inscrito, no es poseedor regular ni regular ante la ley, y su situación debe equipararse a la de un inotenedor, con la salvedad de que no puede prescribir ni aun por la prescripción extraordinaria de treinta años.

La razón de esto es que, según el art. 728, según el cual la posesión inscrita no es sino a virtud de una nueva inscripción, de tal modo que ni aun el apoderamiento del inmueble con ánimo de actor, es bastante para adquirir la posesión y poner fin a la existente.

b) del inc. 2.º del art. 730, según el cual, si alguien se da por dueño de una cosa inscrita a nombre de otro, y la consigna, no se pierde por una parte la posesión, ni se pierde por otra parte la capacidad e intención de adquirirlo.

que no puede efectuarse sino por medio de la inscripción del título (art. 686).

Luego, cuando se invoca con respecto a un bien raíz no inscrito un título tras-

lacio en señal de posesión, la inscripción es esencial para adquirir la posesión, tanto por disponerlo así los artí-

culos 724 y 686 combinados, cuanto por-
que ello surge como consecuencia del rol
jurídico que desempeñan el título y el

modo de adquirir.

Respondiéndose, entonces, como corola-

rio de lo anterior, que la regla del inciso

3º del art. 102, según el cual puede ad-

quirirse la posesión irregular de una

cosa sin tradición, no tiene cabida en el

caso en examen, a virtud de los razona-

mientos ya indicados, deducidos del es-

tudio combinado de los artículos 686 y

724 y del rol jurídico que desempeñan el

título y el modo de adquirir.

H.—Si se invoca como antecedente un

título constitutivo del dominio entonces

no tiene *jamás* aplicación el artículo

724.

Esto se ve con toda claridad estudiando

otra vez uno a uno los títulos constituti-

tivos, que son en número de tres: con-

pación, accesión y prescripción.

La ocupación, luego de decirlo, no po-

dra nunca invocarse, en mérito del pre-

cepto ya transcrito del art. 590, que la

hace improrcedente con respecto a bien-

nes raíces, ya sean ellos inscritos o no

inscritos.

La accesión (afijón o avulsión, por

ej.) puede constituir el fundamento de

una posesión; pero es evidente que en tal

caso no hay necesidad de inscripción, a

virtud de la regla que dice que lo acce-

sorio sigue la suerte de lo principal: si

se reconoce la posesión del inmueble

principal no inscrito, por el mismo hecho

Por último, si el título constitutivo que se hace valer es la prescripción, el poseedor no necesita tampoco inscribirse para prescribir un inmueble no inscrito (arts. 2505 y 925).

C.—Si el que alega posesión respecto de un inmueble no inscrito no invoca

sión que el simple hecho del apoderamien-

to o aprehensión de la cosa raíz con ánimo de señor o dueño, es inconstituta-

ble que a los ojos de la ley es un verda-

dero poseedor, sin que se necesite de la inscripción, como pareciera desprender-

se del tenor literal del art. 724 que co-

mentamos.

Esto surge de lo dispuesto en los arts.

728, inc. 2º, 729 y 2505, ya tantas

veces citados, y sobre todo del art. 925,

según el cual, volvemos a repetir, la po-

sesión de los inmuebles no inscritos se

prueba por el corte de madaderas, la cons-

trucción de cercamientos, etc., etc.

Y si se prueba así la posesión, es por

que ella existe ante la ley, sin necesidad

de inscripción, ya que no es dable supo-

ner que ésta exija que una cosa se prue-

be por unos medios cuando se adquiere

por otros.

En resumen, podemos concluir dicen-

do, el art. 724 no tiene el alcance tan

amplio y absoluto que sus términos pa-

recieran indicar, ni el tan limitado, res-

tringido y antojadizo que le atribuye el

señor Fabres en la nota número 61, pág.

419 de sus *Instituciones*, cuando dice que

(1) *Más todavía: aun tratándose de un in-*

mueble inscrito, en los casos de accesión no

hay necesidad de nueva inscripción, por la ra-

zón ya apuntada de que lo accesorio sigue

siempre las inflexiones de lo principal.

el artículo 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 con inscripción; a saber: posesión regular sin inscripción y posesión irregular con inscripción (1).

No menos difíciles a la cual inteligencia de la teoría de la posesión inter-cita, han añadido las variadas interpretaciones que se han dado al artículo 729, que dice: "Si alguien, pretendiendo poseer dueño, se apoderara violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde."

Uniformemente se ha sostenido que este artículo no autoriza para desconocer la posesión que, forzada o clandestinamente ejerza alguien con respecto a un inmueble inscrito. Se dice que no ha estado en la mente del legislador suponer que si alguien arroja a puntapiés a un poseedor y sigue en estas condiciones gozando de la propiedad, no sea poseedor por el hecho de tener aquel título inscrito por más de un año. Lo que no ha estado en la mente del legislador es reconocer que la anterior argumentación tenga siquiera fuerza aparente.

Don Andrés Bello no podía caer en el renuncio ni en la inconsecuencia—les pues de todo lo que venía preceptuando sobre posesión—de reconocer la posesión (1) El joven y diligente jurista don Carlos Aguirre Vargas incurre en el mismo error de considerar que "la inscripción regular, bien produce la tradición y la posesión regular, pero que no es necesaria para dar comienzo a una posesión irregular", pag. 189. Obra jurídica.

El artículo 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 con inscripción; a saber: posesión regular sin inscripción y posesión irregular con inscripción (1) nos tiene ordenado que en tales circunstancias debemos concretarnos a averiguar si la posesión procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, y si ha precedido la tradición, cuando el título es traslación de dominio; y la inscripción, por sí sola, no es prueba ni de justo título, ni de buena fe, ni de tradición; porque, si bien la inscripción puede hacer las veces de tradición de conformidad con el artículo 689, aun habiendo inscripción no hay tradición si no ha sido el dueño el que ha hecho la entrega (art. 670 del C. C.)

A nuestro juicio es este error de concepción que ha llevado a algunos autores a sostener que la inscripción regular, por sí sola, no es prueba ni de justo título, ni de buena fe, ni de tradición; porque, si bien la inscripción puede hacer las veces de tradición de conformidad con el artículo 689, aun habiendo inscripción no hay tradición si no ha sido el dueño el que ha hecho la entrega (art. 670 del C. C.)

también necesaria la tradición (art. 702)."

violenta ó clandestina en contra de la posesión inscrita.

Y esto se capta: 1° porque dejaba dicho en el artículo 728, inc. 2°, que mientras subsista la inscripción, el que se apodere (1) de la cosa á que se refiere el título inscrito, no *adquiere* posesión de ella, ni *pone fin* á la posesión inscrita; y 2°, porque para el señor Bello tenía que ser un *absurdo* hablar de violencia ó clandestinidad con respecto á una posesión inscrita.

Si no hay posesión que valga contra título inscrito sino á virtud de una nueva inscripción y previa cancelación de la anterior (arts. 728, 724, 924, etc.), es evidente que yo, que arrojo á puntapiés al poseedor inscrito, tengo necesidad de que inscriba para ser poseedor ante la ley, é inscribiendo, mi posesión no puede ser violenta, porque necesito, para inscribir, del concurso de la otra parte ó de la autoridad del juez (art. 728, inc. 1°). De otro lado, para que exista el vicio de violencia es menester, según el art. 712, que la fuerza "se haya cumpliendo contra el verdadero dueño de la cosa, ó contra el que la posea sin serlo, ó contra el que la tenga en su gar ó á nombre de otro", y por lo tanto, si inscribo violentamente, forzando al Conservador, tampoco se origina una posesión violenta, porque este funcionario no está dentro de las personas nombradas por el art. 712 á que nos acaba-

mos de referir.

Por razones análogas es inaceptable hablar de posesión inscrita en contra de posesión inscrita: si como lo tenemos demostrado, tratándose de inmuebles demasía, con violencia ó sin ella, (1) Ser como sea: con violencia ó sin ella, clandestina ó manifiestamente.

Debemos, pues, aceptar como verdad inconcusa que no es lícito hablar de posesión violenta ni *clandestina* con relación á inmuebles inscritos, y que por caso el señor Bello se vio impelido á no consignar disposición que reconociera la validez de la posesión violenta ó clandestina en contra del poseedor inscrito.

Y es oportuno que nos hagamos cargo aquí de otro argumento, al parecer irrefutable, que se hace contra la doctrina de la posesión inscrita. Se dice: si la inscripción constituye por sí sola *posesión*, hay que aceptar el *absurdo* y la consecuencia monstruosa de que, si alguien vende un inmueble *ajeno* que no está inscrito, el comprador, por el hecho de inscribir, se coloca en situación de ganar la cosa por la prescripción extraordinaria de treinta años, y puede así expulsar al verdadero dueño y poseedor, que lo era tal vez desde tiempo inmemorial. Advertimos, desde luego, que este caso es de remota ocurrencia; porque es bien difícil que el verdadero dueño no se

vea en la necesidad de *transférer* su propiedad a terceros durante tan largo espacio de tiempo, ó que ella no pase á poder de extraños por consecuencia de *hipotecas* válidamente constituidas, ó por actos legítimos de transmisiones hereditarias, circunstancias todas que podrán de relieve la falta inscripción del pre-

sunto adquirente.

Hagamos ver, en seguida, que si en el hecho puede acontecer, una que otra vez el caso excepcional y *transitorio* (1) de que un falso adquirente inscriba á su nombre una propiedad *ajena* y en esta situación persista durante treinta años, la solución que se impone á los tribunales con el carácter de ineludible no es otra que el *reconocimiento expreso* y *formal* del dominio á favor del poseedor inscrito (2).

Si, como lo tenemos dicho hasta el

(1) *Transitorio*, porque luego que toda la propiedad territorial se halla debidamente ins-

crita, la cuestión cambia de aspecto radicalmente y es de fácil solución, como hemos visto, el conflicto entre dos inscripciones.

(2) Don Tomás Martínez llega á la conclusión de que en tal caso no puede reconocerse el

Raíces así:

«Pero esta doctrina requiere una aclaración:

escucho ya el argumento *ad absurdum* de

que de someterse en absoluto que la inscrip-

ción es posesión por sí sola, hay que admitir

la consecuencia monstruosa de que si ninguna

vende un inmueble ajeno que no está in-

scrito, y lo inscribe con las formalidades legiti-

las á favor del adquirente, éste lo ganaría por

prescripción, y un buen día se presentaría ex-

pidiendo de él á un verdadero dueño y posee-

dor que lo tiene y vive, en el desde tiempo in-

memorial, y que por ignorancia ó inadverten-

cia no se opuso á las transacciones que se prac-

ticasen para inscribirlo á nombre del supuesto

adquirente.

Para descartarnos de esta objeción que pa-

Pero es cierto que el reconocimiento de un dominio así ganado sea siquiera atentatorio contra la *equidad*? En materia alguna. En ello no debe verse sino una *sancción legal*, un mal á que se ha expuesto el poseedor no inscrito por obra de su propia y personal incuria ó

care formidables, recalcábamos primero que la ley reconoce, en efecto—como no podía menos de hacerlo—la posesión de los inmuebles no inscritos, posesión que consiste en la simple tenencia material con ánimo de señor ó dueño, sin inscripción—el estado en que se encuentran, por ejemplo, todos los bienes raíces que no han sido transmitidos después de la promulgación del Código (1871). El legislador no quiso tomar medidas de compulsión directa para que todos los dueños ó poseedores inscribiesen.

«Xecutivos en seguida que el artículo 682, esta-blece el principio de que la tradición no confiere al adquirente otras *ventajas* que las que resulta el tradente sobre la cosa, y que de los artículos (683 y 70) se deduce que tradiciones de inmuebles no inscritos para que la tradición (inscripción) de al adquirente la posesión, es necesario que el tradente que la entrega como suya, tenga la posesión material ó á lo menos la plena tenencia, ó bien que el adquirente haga una *aprehensión* por sí mismo. Ahora bien, en el caso propuesto, el que anota é inscribe á favor de otro el inmueble, no inscrito no se encuentra en una situación, y es de toda evidencia, por lo tanto, que el supuesto adquirente, que no tiene sino la sola inscripción, que no logra aprehender materialmente la cosa, único medio de poner término á esa forma de posesión, no tiene la posesión, ni tiene la posibilidad de prescribir, ni tiene nada si no una simple inscripción vacía, hueca, que

[illegible]

trallas, impuestos por el artículo 58 del Reglamento con los caracteres de inscripción, para la validez legal de una primera inscripción.

A los ojos de la ley, quien deja que otro publique avisos y fije cartelas diciéndose dueño de una propiedad inmueble, sin reclamar, por de pronto, dentro del plazo de treinta días del inciso 4º del art. 58 del Reglamento, y luego, dentro de los treinta años siguientes a la inscripción, es un propietario que bien merece la pérdida de los derechos que tuviere sobre la propiedad abandonada y sobre los cuales no sabe ser custodio celoso e inteligente.

Bajo este aspecto, puramente legal, no parece, pues, tan monstruosa la solución del legislador, así como no parece inusitada el principio aceptado y reconocido por la legislación universal, de que el dueño de la cosa que el ladrón se luce durante treinta días por la posesión durante treinta días, no es para alarmar a

Y aquí podríamos terminar este trabajo, pero antes querremos hacer un cargo de otra cuestión. Se dice: si la inscripción es prueba de posesión, hay que concluir en que está demás todo el título XII del Libro II del Código, que se dedica a la acción reivindicatoria o de dominio. Salta a la vista la futilidad de tal observación: 1º porque la acción de dominio no solo procede con respecto a cosas inmuebles; 2º porque no toda la propiedad raíz se encuentra debidamente inscrita; y 3º porque, a lo sumo, carecerá de acción reivindicatoria, como consecuencia de lo que llevamos dicho, el dueño que tiene su propiedad inscrita, y esto, no es para alarmar a

Y aquí podríamos terminar este trabajo, pero antes querremos hacer un cargo de otra cuestión. Se dice: si la inscripción es prueba de posesión, hay que concluir en que está demás todo el título XII del Libro II del Código, que se dedica a la acción reivindicatoria o de dominio. Salta a la vista la futilidad de tal observación: 1º porque la acción de dominio no solo procede con respecto a cosas inmuebles; 2º porque no toda la propiedad raíz se encuentra debidamente inscrita; y 3º porque, a lo sumo, carecerá de acción reivindicatoria, como consecuencia de lo que llevamos dicho, el dueño que tiene su propiedad inscrita, y esto, no es para alarmar a

Y aquí podríamos terminar este trabajo, pero antes querremos hacer un cargo de otra cuestión. Se dice: si la inscripción es prueba de posesión, hay que concluir en que está demás todo el título XII del Libro II del Código, que se dedica a la acción reivindicatoria o de dominio. Salta a la vista la futilidad de tal observación: 1º porque la acción de dominio no solo procede con respecto a cosas inmuebles; 2º porque no toda la propiedad raíz se encuentra debidamente inscrita; y 3º porque, a lo sumo, carecerá de acción reivindicatoria, como consecuencia de lo que llevamos dicho, el dueño que tiene su propiedad inscrita, y esto, no es para alarmar a

Y aquí podríamos terminar este trabajo, pero antes querremos hacer un cargo de otra cuestión. Se dice: si la inscripción es prueba de posesión, hay que concluir en que está demás todo el título XII del Libro II del Código, que se dedica a la acción reivindicatoria o de dominio. Salta a la vista la futilidad de tal observación: 1º porque la acción de dominio no solo procede con respecto a cosas inmuebles; 2º porque no toda la propiedad raíz se encuentra debidamente inscrita; y 3º porque, a lo sumo, carecerá de acción reivindicatoria, como consecuencia de lo que llevamos dicho, el dueño que tiene su propiedad inscrita, y esto, no es para alarmar a

Y aquí podríamos terminar este trabajo, pero antes querremos hacer un cargo de otra cuestión. Se dice: si la inscripción es prueba de posesión, hay que concluir en que está demás todo el título XII del Libro II del Código, que se dedica a la acción reivindicatoria o de dominio. Salta a la vista la futilidad de tal observación: 1º porque la acción de dominio no solo procede con respecto a cosas inmuebles; 2º porque no toda la propiedad raíz se encuentra debidamente inscrita; y 3º porque, a lo sumo, carecerá de acción reivindicatoria, como consecuencia de lo que llevamos dicho, el dueño que tiene su propiedad inscrita, y esto, no es para alarmar a

Y aquí podríamos terminar este trabajo, pero antes querremos hacer un cargo de otra cuestión. Se dice: si la inscripción es prueba de posesión, hay que concluir en que está demás todo el título XII del Libro II del Código, que se dedica a la acción reivindicatoria o de dominio. Salta a la vista la futilidad de tal observación: 1º porque la acción de dominio no solo procede con respecto a cosas inmuebles; 2º porque no toda la propiedad raíz se encuentra debidamente inscrita; y 3º porque, a lo sumo, carecerá de acción reivindicatoria, como consecuencia de lo que llevamos dicho, el dueño que tiene su propiedad inscrita, y esto, no es para alarmar a

Estimado amigo: Con particular interés he leído el trabajo intitulado "Teoría de la posesión", que ha presentado para optar a la licenciatura en leyes, y lo felicito desde luego por el esfuerzo de estudio que revela toda su exposición en una materia de muy ardua y complicada. Respecto de la doctrina que usted sustentó, en orden especialmente a la posesión inscrita, le diré que, salvo algunos puntos o apreciaciones relativamente secundarios, suscribo enteramente a su interpretación de los textos legales; y de lo agregarle que este mismo concepto es el que ha inspirado mis explicaciones en la clase de Derecho Civil. Pienso como usted que nuestro Código ha sido a veces mal interpretado, aceptándose doctrinas que llevan a un relajamiento de los principios que tan reiterada como enfáticamente consignó sobre el particular. Ha sido olvidarse que el objetivo supremo de nuestro legislador, con tanta nitidez expuesto en el Mensaje del Código, es que llegue un día en que inscripcón, posesión y propiedad sean en Chile términos idénticos, en que, por lo mismo, la inscripción sea el único símbolo y la única prueba de la posesión de los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, salvo solamente el de servidumbre activa, que, por razones especiales, se ha exceptuado; y ha sido olvidar que, en consecuencia, los textos legales que pudieran merecer alguna duda deben ser interpretados en consonancia con tan manifiesto espíritu suyo.

Por esto creo, como usted, que el artículo 724, del Código Civil, se aplica en absoluto a todos los casos en que sea necesario la tradición por medio de la inscripción; es decir, siempre que el que pretende ser poseedor exhiba un título

traslativo de dominio, sin excepción alguna; y creo, por consiguiente, que no puede aceptarse que el art. 729 sea una excepción, sosteniéndose que según el se puede adquirir la posesión de un inmueble transferido por un título de esa clase cuando no estaba antes inscrito; se creo que mostrar la inscripción no es práctico, el adquirente no tiene la posesión, siendo inútil la entrega material que voluntariamente le haga el tradente, y que la posesión subyace, por lo tanto, en cabeza del que hasta ese momento la ha tenido, porque esto es lo que dispone el art. 724, que precisamente legisla sobre este caso concreto.

El art. 729 no es una excepción al art. 724, porque este último se refiere a los casos en que sea legalmente necesaria la tradición, es decir, cuando exista un título traslativo inter vivos, mientras que aquel se refiere al caso en que, sin existir este título, alguien se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble no inscrito; aquí no se alega título, no cabe haber de tradición; se trata sólo de un acto de usurpación, y la ley se pronuncia en favor del usurpador para casificar la desidia del poseedor que, pudiendo haber inscrito su título para seguridad de su derecho, no lo ha inscrito sin embargo (art. 100 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Reales), y también porque, tratándose de un simple estado de hecho, la ley prefiere al que actualmente se encuentra en goce de la cosa, conforme a un tradición universalmente, el art. 729 tampoco puede aplicarse al caso en que un individuo que tiene un título de compra-venta, por ejemplo, se apodera violenta o clandestinamente del inmueble que no le ha vendido, sin esperar la tradi-

inc. 2º del Código Civil) a otra, nombrada ó inominada, que deriva necesariamente de las fuerzas de los principios de que es poseedor el inscrito y de que al poseedor se le reputa con el dominio y tiene derecho exclusivo al goce, al uso y al abuso de la cosa.

Así mismo, será inútil que otro pretenda prescribir, ni por goce secular, una cosa que está actualmente inscrita a nombre ajeno, porque no es poseedor ante la ley, siendo indispensable para ello que la inscripción se haga a su nombre (art. 2505).

Es inútil, por último, que se argumente con el artículo 925, que dice que la posesión del suelo se prueba por hechos positivos de goce material, pretendiéndose con esto que no basta la inscripción para acreditar la posesión de los inmuebles inscritos, porque inmediatamente alítes de ese artículo está el 924, que en perfecta congruencia con los demás relativos a la posesión inscrita, establece que "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," siendo manifiesto entonces que el artículo 925 tiene su campo de acción en los casos a que no pueda aplicarse el 924; ya que de otro modo hubiera de admitirse que la ley se ha desvirtuido a sí misma.

El artículo 925 se aplicará a las posesiones inscritas, cuya inscripción no tenga un año completo y a la posesión de los inmuebles no inscritos: se aplicará también para acreditar que algunas tienen un poder materialmente inmueble que está inscrito a nombre de otro, a fin de que no se condene a aquel a restituirlas; y se aplicará

siempre en tal caso rige también el artículo 724, porque existiendo el título regular, no requiere indispensablemente, según el artículo 724, medio de la inscripción, y fallando como falta en la hipótesis propuesta, no cabe aplicar el art. 725, y el comprador no adquiere por el simple apoderamiento la posesión del inmueble que se le ha vendido.

Por esto resulta inaceptable el argumento que, para justificar la supuesta excepción del artículo 729 sobre el 724, podría hacerse diciendo que, según el artículo 702, la tradición es solo un elemento que, para justificar la supuesta excepción del artículo 729 sobre el 724, podría hacerse diciendo que, según el artículo 702, la tradición es solo un elemento constitutivo de la posesión regular y su falta no produciría otro efecto, conforme al artículo 708, que el de hacer irregular la posesión que se adquiere sin inscripción (tradición); pero impediría adquirir la posesión del inmueble no inscrito al que, de grado ó por fuerza, entra de hecho en su tenencia material: éste sería, pues, un poseedor irregular, si se quiere, pero sería poseedor. Contesto siempre con el artículo 724, que no señala poseedor en absoluto, ni regular, ni irregular, porque existiendo un título regular, y tratándose de propiedades raíces, inscritas ó no, porque la ley no distingue, la inscripción no es un simple elemento de posesión regular, sino un requisito indispensable para adquirir la posesión misma. Falso es lo que dice el artículo 724.

Por idénticas razones, vendida ó inscrita una cosa raras a favor de otro, aunque ella no haya sido materialmente entregada, el anterior poseedor cuya inscripción ha sido cancelada, ya no será poseedor ante la ley, y si lo será el adquirente inscrito, quien para obtener el goce material que se le niega ó impide, dispondrá, ó de la acción de amparo (art. 921), ó de la de preturio (art. 2195).

duenos o poseedores inscritos. Notemos en seguida que el artículo 682 establece el principio de que la transición no concierne al adquirente otros derechos.

de inmuebles, el legislador ya tiene realizando su ideal de que posesión é inscripción lleguen á ser términos sinónimos. Pero no es lo mismo tratándose de inmuebles no inscritos antes, porque la ley en ellos reconoce y respecta la simple posesión material, y para saber si ella existe ó no en quien la tenga, será preciso recurrir á la prueba de los hechos. Aquí tenemos entonces un nuevo caso de aplicación del artículo 923: para probar que el aparente poseedor es dueño de un inmueble que no está inscrito antes, carece de la posesión material á del suelo, como dice el Código, y que tampoco la ha tenido su tradente, sino que sigue radicada en un antiguo propietario ó en una causa hipotecaria, ó que ha pasado á manos de otra persona á quien aquel ó esta le han transmitido con arreglo á la ley.

Audésc. — GURDIAN. — Carrasco, secretario.

Santiago, diciembre 29 de 1885. — Vis-
tos: reproduciendo la parte expositiva de
la sentencia apelada, y

Teniendo presente:

1.º Que según consta del título ins-
crito, corriente á la 20 y acompañado
en segunda instancia, el fundo de pro-
piedad de la parte demandada deslin-
da por el norte con el estero de Huidobro; y

2.º Que la posesión de los derechos
inscritos se prueba por la inscripción, y
mientras esta subsista y con tal que ha-
ya durado un año completo, no es ad-
misible ninguna prueba de posesión con-

que se pretenda impugnarla; con arre-
glo á lo dispuesto en el artículo 924 del
Código Civil, se revoca la resolución
apelada de 26 de septiembre de 1885,
compulsada á la 14.ª vta. y se declara sin
lugar la acción posesoria entablada,

con costas. Se reservan á las partes los
derechos que puedan corresponderles pa-
ra que los hagan valer en la forma que
viereu convenientes. Devuélvase. — Publí-
quese. Acordada con el voto de los refo-

res presidente Alfonso y Ministro Palma
Guzmán, opinando el señor Ministro
Barceló por la confirmación, por las
consideraciones en que se apoya la reso-
lución apelada y porque, á su juicio, no
hay posesión inscrita del terreno dispu-
tado. — Alfonso. — Barceló. — Palma (suz-
mán). — Provocado por la primera sala de
la Ilustre Corte. — Cuevas, secretario.

casos llamamos contra el tenor literal é
ingratífico de esos preceptos y contra
el espíritu ó propósito de la ley, tan cla-
ramente manifestado en ella misma y en
el mensaje del Código. Ese elemento, en
realidad, es secundario en la posesión
inscrita para los efectos de determinar
en quién reside esta posesión.

De lo expuesto se deduce que el
principio relativo á la tradición es
el correctivo y el complemento neces-
ario del principio relativo á la re-
scripción y á la inscripción; no pueden
considerarse separadamente sin ex-
ponerse á errores ó dificultades in-
salvables. Tomados en conjunto, re-
sultan claros, sencillos y perfecta-
mente armónicos los diversos textos
legales que se refieren á esta impor-
tante materia.

Usted, sin tiempo tal vez para desa-
rrollar lo concerniente á la tradición,
pero con exacta comprensión de ello, sin
duda, ha asentado sobre sus justas ba-
ses la doctrina de la posesión inscrita.
Reiterándole mis parabienes, quedo de-
nated almo. amigo.

Tomás A. Ramírez.

JURISPRUDENCIA

Rancagua, septiembre 26 de 1885.

Considerando que con la información
de testigos rendida se ha justificado su
ficientemente los hechos expuestos; con
arreglo á lo que prescribe sobre el parti-
cular el artículo 921 del Código Civil, se
declara que ha lugar á la querrela, am-
parándose á doña Teresa G. Huidobro
en la posesión de los terrenos llamados
Cajón del Bateo del Inca y condenando-
se al perturbador don Rafael Guzmán
en las costas y perjuicios causados.

fundamental de toda prescripción adquisitiva, fijada como postulado universal en los artículos 686, 794, y 2,492 del Código Civil. Concedo, sin embargo, que ambos artículos contemplaran dos situaciones de hecho inconfundibles, que, bien quiera que el 728 se refiera al ningún valor legal que tienen los hechos físicos de quienes pretenden despojar a un poseedor inscrito en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, al paso que el 2,505, concordante con el artículo 730, contempla otro caso, cual es el relativo al mérito legal que tiene una posesión inscrita contra otra posesión también inscrita, vigentes ambas, con respecto a la misma propiedad o a una parte de ella.

II

La posesión es un hecho protegido por la Ley, porque aparenta el dominio

2.—Para apreciar debidamente lo expuesto, conviene recordar algunos preceptos sobre las circunstancias que constituyen la posesión, y sobre todo la posesión natural, con forma a lo que explica la nota relativa al artículo 700 del Código Civil, consignada al final de los textos, que es un precedente fidedigno de este artículo.

3.—El artículo 700 dice que la posesión es "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño". Define la posesión y la caracteriza como hecho físico, a semejanza de otras legislaciones modernas. Reconoce que es un hecho material, y nada más que un hecho realizado con ánimo de dueño de la cosa que se detiene, con poder efectivo sobre ella. Consiste la posesión en el apoderamiento de una cosa, como lo establecen, además de otras disposiciones legales, los artículos 724, 726, 727, 728, 729 y 730 del Código Civil. Apoderamiento significa, según los léxicos, poner una cosa bajo el poder de una persona que se considera dueño de ella; importa, agregan, el hecho material de asumir fuertemente la cosa de que uno se cree dueño. Los romanos, para caracterizar el hecho que la ostenta, empleaban el vocablo *contractus* que en nuestro idioma equivale al de agarrar. El Código Alemán condensa estas ideas diciendo que la posesión consiste en el poder efectivo que se tiene sobre una cosa.

4.—Por interés público notorio, fluye naturalmente la consecuencia

5.—De estos postulados surge que la posesión no se pierde por simple abandono: es necesario que otro la conquiste, cogiendo la cosa y poniendo fin por este hecho personal a la posesión anterior, salvo los casos determinados expresamente por las leyes. V. como el apoderamiento es hecho personal, también puede ser transferida, sino que debe realmente adquirirse, esto es, tomarse, como lo dicen los artículos 720 y 721. La posesión principal en el que la toma, según el artículo 717.

III

De los modos de adquirir y perder la posesión

6.—El párrafo 2º, título VII del Libro II del Código Civil, que tiene el rubro indicado, legisla manifiestamente sólo sobre las bases precedentes, y al respecto las señala y especifica en los siguientes términos:

7.—El artículo 723 confiere valor de posesión a la *aprehensión*

AI

11.—Para demostrar la tesis, hay que eliminar un factor que puede perturbar el criterio: el artículo 724 no se refiere a la posesión no inscrita, que es de lo que tratamos. Dice el 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".

12.—Cabe recordar a este respecto que, si bien el artículo 686 prescribe que se efectuará la tradición de los bienes raíces por la inscripción del título en el Regis-

material de una cosa mueble, aun por ciertas personas que no tienen la libre disposición de sus bienes. El 726 dice que se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya. El 727, que no se entiende perdida la posesión de cosa mueble mientras se halla en poder del poseedor, aunque éste ignore su paradero. El 729, que si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de una cosa mueble, el que tenía la posesión la pierde. El 730, que el adquirente de una cosa de manos de quien la sustrajo es poseedor de ella y pone fin a la posesión anterior. 8.—Sólo exceptúan estos artículos de las reglas perentorias anteriores, a los inmuebles cuyos títulos están inscritos; pero el alcance de esta excepción constituye la materia del presente trabajo, que luego explicaremos. 9.—El párrafo 2º en referenda establece, pues, claramente que el mero apoderamiento de cosa mueble o inmueble con ánimo de hacerte propia, contiene posesión nueva y extingue la posesión anterior, sin que a ello obste un acto inicial de usurpación, o un hecho de violencia o de clandestinidad, por parte del actor. 10.—Sin esfuerzo se nota que estas reglas solamente tratan de hechos o actos personales y físicos, a virtud de los cuales se adquiere o se pierde la posesión, y no tratan de dos posesiones inscritas que se contrapongan, ni de títulos jurídicos respecto del valor que corresponde por prelación a las inscripciones. Sólo precisan los efectos del mero apoderamiento para dar valor legal aun a hechos abusivos.

tro del Conservador, a renglón se-
guido del 724, especifica el artículo
726 que se deja de poseer una cosa
desde que otro se apodera de ella
con el ánimo de hacerla suya, me-
nos en los casos que las leyes ex-
presamente exceptúan; y si es cie-
to que pudiera decirse que el 724
contiene una de las excepciones
expresas, no es menos cierto
que tal excepción no existe para
este caso, porque subsiguiente-
mente, los artículos 728 en el in-
ciso 2°, 729 y 730, reafirman que
el mero apoderamiento de bienes
raíces no inscritos basta para ad-
quirir la posesión y poner fin a la
posesión anterior. Llana todavía
la atención que este aserto se halle
reiterado aun en orden al apodera-
miento que efectúa el adquirente
del inmueble no inscrito, de manos
del usurpador de dicho inmueble.
13.—No se concibe, por lo tan-
to, que el precepto general del ar-
tículo 724 pueda referirse a inmue-
bles cuyos títulos aun no han sido
inscritos, cuando seguidamente y
en el mismo párrafo se repite que
la posesión de inmuebles no ins-
critos se adquiere por un simple
acto de apoderamiento, violento o
clandestino, o de inicial usupa-
ción.

14.—Se debe, pues, afirmar que
el citado artículo 724 sólo se refie-
re necesariamente a la tradición de
dominios inscritos, o a actos escri-
turados o por escriturar, ajenos a
las reglas posesorias que acaba-
mos de transcribir, y que sobre
todo, se refiere a los bienes raíces
que ya figuran en la continuidad
del Registro del Conservador, o a
las tradiciones de dominio que se
procura constituir como primera
inscripción. De no ser así, serían
baldíos todos los preceptos de los
artículos 723, 726, 728 inciso 2°,
729 y 730, lo cual no es aceptable
dentro de la hermenéutica legal.

15.—Eliminada para la tesis en
estudio, la regla del artículo 724,
afirmamos que el 728 no legisla
acerca del mérito legal que tengan
dos posesiones inscritas que se
contraponen por estar ambas vi-
gentes.

16.—Hay que eliminar otro fac-
tor que puede también perturbar
el criterio. Suele decirse que, en el
párrafo 2°, título VII del Libro II
en referencia, se establece que el
apoderamiento de una cosa produ-
ce dos efectos distintos: o sólo ex-
tingue una posesión existente sin
dar nueva posesión, o confiere una
nueva al actor, extinguiendo a la
vez la posesión anterior.

17.—Dentro de este dilema, se
agrega que nadie puede adquirir la
posesión de inmuebles sino por me-
dio de la inscripción en el Registro
del Conservador, tal como lo pres-
cribe el artículo 724, ya que, según
el artículo 686, toda tradición de
inmuebles debe inscribirse aunque
no se hallen inscritos con anterior-
idad.

18.—De lo que se desprende que,
mientras este vigente la inscrip-
ción a que se refiere el discutido
artículo 728, nunca se puede ad-
quirir otra posesión por hechos fi-
sicos de mero apoderamiento, ni
tampoco por títulos inscritos.

19.—Las nuevas inscripciones, de
cualquier naturaleza que sean, no
contienen ni solemnizan posesión.
La autonomía, además, entre este
artículo y el 2,505 es manifiesta,
desde que para prescribir se nece-
sita haber poseído, según lo esta-
blece el artículo 2,492.

- 20.—Los sostenedores de esta teoría la apoyan en que los artículos 726 y 729, y especialmente el 724, cuando tratan del apoderamiento de cosas que se poseen emplean frases como éstas: "El que se apodera de una cosa poseída por otro, pone fin a la posesión existente" y no dicen: "y adquiere la posesión"; y, por el contrario, cuando el legislador quiere que también se adquiera la posesión, lo expresa literalmente, como lo hace en los casos especiales que señalan los artículos 728 y 730. Así, pues, como en el citado artículo 724 sólo se dice que no se adquiere la posesión de inmuebles sino por medio de la tradición inscrita, es evidente, concluyen diciendo, que la regla del artículo 728 rechaza también toda posesión inscrita con que se pretenda atacar la vigente.
- 21.—Se confuta lo dicho manifestando que es inexacto que los artículos mencionados señalen doble efecto al apoderamiento de una cosa que se posee, ya que siempre se expresan en estos términos: el 726: "Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya"; el 729: "Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde". Pero el artículo 728, del cual es corolario el 729, completa el sentido diciendo: "Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere la posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente"; de suerte que, que si el título no está inscrito, claro está, a contrario sensu, que adquiere la posesión, a la vez que pone fin a la existente; y el 730, aun tratando del apoderamiento sobre la base inicial de una usurpación, dice: "En este caso la persona a quien se enajena la cosa usurpada, adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior".
- 22.—Por lo demás ¿cómo puede aceptarse en derecho que una cosa cuya posesión se pierde por el apoderamiento que de ella hace una persona con ánimo de hacerla suya, quede sin poseedor actual? Si la posesión es el dominio aparente ¿cómo puede acogerse una doctrina que deja sin protección una cosa que bajo tantos aspectos protege la ley en manos de un presunto dueñor?
- 23.—Sobre lo expuesto debe recordarse que apoderamiento significa coger una cosa que se cree propia o con ánimo de hacerla propia, según se ha demostrado en los números 3 y 5.
- V
- Los artículos 728 y 2506 contienen dos reglas sin ninguna autonomía, como se dice en el número 1
- 24.—Según lo manifiestan los capítulos anteriores, la posesión natural se adquiere por el apoderamiento de la cosa que se toma con ánimo de hacerla propia. Este apoderamiento físico pone fin a la posesión anterior, aunque el acto de apoderar la cosa sea violento, clandestino, o le preceda una base de usurpación.
- 25.—La ley ha tenido que reconocer estos hechos, que fatalmen-

te constituyen el origen de la propiedad. Son propios de la condición humana, y ha necesitado reconstrucción para elevarlos a la categoría de derechos en bien de la paz pública y privada.

26.—Con este objeto el Código Civil ha introducido en el párrafo 2º tantas veces citado, el precepto del artículo 728, para afirmar al poseedor natural el hecho de su posesión. La inscripción de su posesión, presuntiva del dominio, le pone a cubierto de todo ataque físico contra ella, sin que nadie pueda ponerle término legal, ni adquirirla, sino por la cancelación señalada en dicho artículo.

27.—Por eso el inciso 2º del artículo dice, textualmente: "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".

28.—Claramente se refiere este inciso al hecho físico del apoderamiento de que el Código trata y ha tratado en todo el párrafo 2º, desde el artículo 725 hasta el 730. Apoderamiento dice el inciso 2º del 728, y apoderamiento repite el artículo que sigue, esto es el 729, corolario explicativo del 728. Ya esta explicado sobradamente más atrás que este vocablo sólo significa asir, coger materialmente una cosa de que alguien se cree dueño o pretende serlo.

29.—No puede por tanto colegirse que el inciso 2º, al mencionar los efectos que produce la inscripción indicada en el artículo 728, se refiera a la permanencia de la inscripción, absoluta e inamovible contra otro título inscrito respecto de la misma propiedad. Sólo man-

30.—Esta afirmación a que debe llegarse, se patentiza de resalto con el precepto consignado en el inciso 2º del artículo 730, perteneciente al mismo párrafo. Dice este inciso a la letra: "Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito (el caso del artículo 728) 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."

31.—Aquí en este inciso se explica perentoriamente que el artículo 728 sólo regla el caso de un ataque físico de posesión material contra posesión inscrita, pues autoriza poseer contra un poseedor inscrito, a cualquier otro poseedor también inscrito, respecto de la misma cosa inmueble.

32.—Otro poseedor inscrito, dice el inciso 2º, adquiere posesión con- tra inscripción vigente. De modo que, si puede poseerse con inscripción, contra otra inscripción, llegará el caso consignado en el artículo 2,505, de saber si se ha producido o no la prescripción, adquirida de dominio de que trata el mismo artículo. Ha existido posesión para prescribir el dominio. Es, por lo tanto, perfectamente aplicable el artículo 2,492, que exige esta circunstancia.

VI

33.—Queda a mi juicio denotado, de acuerdo con nuestro derecho positivo, lo que sigue:

33.—Queda a mi juicio denotado, de acuerdo con nuestro derecho positivo, lo que sigue:

36.—Doy este nombre a inscripciones de cosas que nunca se han poseído, inscripciones que son frecuentes, según lo manifiesta, entre otros que conozco, el siguiente ejemplo. Se trató de una gran hacienda inscrita con estos límites arcifinitos: al norte, una laguna; al sur, un río; al oriente, la Cordillera de la Costa; y al poniente, el mar Pacífico. Dentro de este gran predio existían seis u ocho cuadradas, desde tiempos inmemoriales, que, desde tiempos inmemoriales, poseían unas familias de pescadores con deslindes de cercas perfectas notorias. El predio se había transmitido de padres a hijos sin título inscrito, sin haberse producido entre ellos ninguna dificultad. Y quienes formaban una reducción de familia. El propietario inscrito pretendió desposeer a estos ocupantes sin inscripción. Fue rechazada la acción a pesar de no tener títulos inscritos los poseedores demandados, rechazo que se fundó en el antecedente de que la inscripción de deslindes arcifinitos del fundo no podía comprender las cuadradas de las familias de los pescadores, desde que ni a la fecha de la inscripción ni después habían sido ocupadas alguna vez por los propietarios del gran predio, dentro del cual se hallaban ubicadas: posesión de hecho que siempre había correspondido a aquellas familias.

37.—La consideración en referencia fue justa en derecho y en el hecho.

38.—La inscripción, buena para los suelos poseídos naturalmente cuando se efectuó, y buena después era inscripción de papel respecto del predio que mantuvieron como suyos los pescadores, que nunca de-

35.—Para que valga una inscripción contra otra anterior o contra la posesión natural, es necesario que aquella no sea de "papel". La inscripción solemniza un hecho verdadero, y, por lo tanto, no puede solemnizar apoderamientos que no han existido.

Inscripción de papel

VII

a) La posesión natural no inscrita se adquiere o pierde por otra posesión natural que, sobre la misma cosa, conquista el último que se apodera de ella (artículos 717 y 729 del Código Civil).

b) El poseedor natural de inmuebles puede poner a cubierto su posesión contra los apoderamientos de la cosa que posee, inscribiendo su posesión (artículo 728).

c) Mientras subsista la inscripción, nada valen los ataques físicos contra la posesión inscrita (artículo 728, inciso 2º, y 729).

d) La posesión inscrita vigente no obsta a que otro poseedor también inscrito relativamente al mismo inmueble, adquiriera posesión ulterior por medio de su inscripción, y, por lo tanto, pueda ganar el dominio de la cosa antedichamente inscrita, a virtud de la prescripción adquisitiva, a la vez extintiva de la posesión anterior, con arreglo a los artículos 2,505, 2,492 y 2,517 del Código Civil (artículo 730, inciso 2º).

34.—Se confirma entonces lo dicho en el número 1º de este estudio jurídico.

jaron de poseer por apoderamiento
 con arreglo al inciso 2º del artículo
 730 y al 2.505, contra la posesión
 inscrita del artículo 728, es preciso
 que se trate de inscripción de ver-
 daderos hechos de apoderamiento.
 42.—Las inscripciones que suce-
 sivamente se hacen en el Registro
 del Conservador de Bienes Raíces,
 llevan envuelta la presunción de
 pureza y verdad; pero admiten im-
 pugnation, como lo autoriza el de-
 recho respecto de todo instrumento
 público, probando la falsedad de su
 esencia y de que solemnicen el he-
 cho físico de apoderamiento. Cons-
 tituyen presunción legal y no de
 derecho. La prescripción de tiem-
 po las sana y afirma definitiva-
 mente.

Licopoldo Urrutia
 Santiago, noviembre de 1933.

41.—De consiguiente, para que
 solemniza ni asegura.
 tando el hecho de la posesión, nada
 ra la posesión; de suerte que, fal-
 do solemnidad de un hecho, assegu-
 40.—La inscripción es en el fon-
 a lo que no se ha tenido.

han sido de papel referentemente
 reducciones. Estas inscripciones
 dido comprender esos predios de
 inscripciones generales no han po-
 dado los grandes propietarios. Las
 ellas, sin que jamás los hayan ocu-
 bien demarcados y cultivados por
 tiquisimas que han poseído suelos
 existen reducciones de fincas an-
 inscritas con límites generales,
 dentro de las grandes haciendas
 anterior, y aun hoy se ve que
 laron muchos casos semejantes al
 inscritas sus propiedades, se presen-
 39.—Cuando el Fisco no tenía
 ajeno.