

03 OCT 2006

19
**REVISTA DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD
ADOLFO IBAÑEZ**

NUMERO 2: 2005

**COMENTARIO DE LA
JURISPRUDENCIA DEL
AÑO 2004**

**CORTE SUPREMA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
TRIBUNAL CALIFICADOR DE ELECCIONES**

73
PEÑALOLÉN Y VIÑA DEL MAR, 2005

que faculta a las municipalidades para demoler las obras que particulares hayan instalado en bienes de uso público, sin perjuicio del derecho del particular a reclamar posteriormente³⁰.

Weil con Rencoret es un buen caso para cerrar esta sub-sección sobre recurso de protección, y con ella la sección sobre acciones de protección del dominio y la posesión. Aquí se discutió sobre la arbitrariedad e ilegalidad de la decisión de un juez de letras de Puerto Montt que ordenó al conservador de bienes raíces inscribir una transferencia de propiedad que éste se había negado a realizar³¹. La corte de apelaciones desechó por mayoría el recurso por entender que había sido interpuesto extemporáneamente, contando el plazo desde el momento en que la inscripción ordenada por el tribunal recurrido había sido practicada. La Corte Suprema ignoró este argumento, y sin referirse a él conoció del fondo del caso y revocó la sentencia de primera instancia, acogiendo el recurso. El argumento decisivo ofrecido por la Corte para acoger el recurso fue que los afectados por la orden del juez no habían sido emplazados:

Que la juez recurrida al dictar la resolución que motiva este recurso ha actuado en forma arbitraria, toda vez que dio curso a la solicitud de inscripción afectando derechos de terceros quienes no tomaron oportuno conocimiento de la misma, lo que impidió hacer valer sus derechos, vulnerándose la garantía consagrada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, esto es el derecho de propiedad (c.4 sent. seg. inst).

Todo lo dicho en las secciones anteriores sobre el sistema de acciones de protección del dominio queda en entredicho con esta decisión de la Corte Suprema y otras similares: carece de sentido entender que el legislador ha regulado las formas en que un afectado puede defender su posesión, dominio o en su caso tenencia de una cosa si todas esas regulaciones pueden ser ignoradas mediante el ejercicio de un recurso de protección.

LA POSESIÓN

Las decisiones en *González con Vidal*, *Frutícola de Antofagasta con Escalante* y en *Inmobiliaria Lo Curro con Callejas* tienen el denominador común que se refieren a la posesión y en especial al valor que debe reconocerse a la inscripción conservatoria. Pero tienen un denominador común adicional: los problemas planteados en ellas fueron suscitados por legislación de saneamiento del dominio, que permite a quien no tiene la posesión inscrita legalmente acceder a ella. El problema con la legislación de saneamiento es que ella no ha sido incorporada al sistema posesorio por la dogmática

³⁰ *Tagle con Fisco*, comentado más arriba, fue un caso análogo, aunque ahí se intentó una querrela de amparo. Casos de la misma especie fueron comentados en 1 Com. 578ss.

³¹ Véase el comentario a *Henríquez con Conservador*, en 1 Com. 35ss.

110

chilena, y entonces subsiste como un régimen excepcional cuyas relaciones con el régimen del Código permanecen inexploradas³². Con la limitaciones propias de un comentario de jurisprudencia, será necesario abordar este asunto antes de referirse a las decisiones relevantes.

La protección de la posesión

Como es sabido, la cuestión de los fundamentos de la protección posesoria no es particularmente pacífica. Hay dos explicaciones que en particular resultan de interés para entender el problema del sistema registral chileno y de las leyes de saneamiento. Una es la de Savigny, que entiende a la posesión como una posición jurídicamente relevante cuya protección se justifica de modo independiente a la propiedad, por referencia a la paz social y a la necesidad de prevenir actos de auto-tutela y despojo³³. La otra es la de Ihering, que entiende que la protección de la posesión es la protección de la propiedad³⁴. Ya hemos visto, al tratar de los interdictos posesorios y en especial del de restitución, que esa figura no puede expresarse como reflejo de la protección de la propiedad. Éste siempre ha sido el punto más fuerte de la explicación de Savigny. La de Ihering, por su parte, encuentra su rango preferencial de aplicación en el régimen de posesión inscrita, y por eso tendremos que comenzar refiriéndonos a ella.

Ihering enfatizaba que la posesión no se protegía por el valor de ella misma, sino como un modo de proteger la propiedad. La protección posesoria, decía Ihering,

ha sido instituida a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. En vez de la prueba de la propiedad, que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (*reivindicatio*), le bastará la prueba de la posesión, frente a aquél que se la ha arrebatado inmediatamente³⁵.

La razón por la cual la protección posesoria es necesaria para proteger la propiedad es que la posesión y la propiedad habitualmente van juntas, de modo que quien protege la posesión, normalmente protege la propiedad. Adicionalmente, probar la posesión es relativamente fácil, mientras probar el dominio es normalmente difícil. Si el dueño sólo pudiera ver protegido su

32 Así, el procedimiento de regularización de la posesión de ciertos bienes inmuebles no es parte de la exposición del régimen de posesión de bienes inmuebles ni (para citar algunos textos canónicos) en Alessandri, Somarriva y Vodanovic: *op. cit.* en n. 22, vol. i, pp. 404-25, ni en Peñailillo, *op. cit.* en n. 22 (véase pp. 266-75), ni en Rozas, F: *Los Bienes* (Santiago: Conosur, 1998), pp. 233-9, ni en Vial del Río, V.: *La Tradición y la Prescripción Adquisitiva como Modo de Adquirir el Dominio* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003), pp. 128-62.

33 Savigny, F K: *Tratado de la Posesión, Según los principios de Derecho Romano* (Madrid, 1845).

34 Ihering, R: "La posesión. Teoría simplificada", en *Estudios Jurídicos* (Buenos Aires: Heliasta, 1974; edn orig 1869), pp 161-222; Ihering, R.: *La Voluntad en la Posesión* (Madrid: Reus, 2003; edn orig 1889); y Ihering, R: *La Teoría de la Posesión* (Madrid: Reus, 2004; edn orig 1869).

35 Ihering, R: "La posesión. Teoría simplificada", *cit.* en n. 34, pp 161-222.

dominio después de haber probado judicialmente su condición de dueño, la protección a la que podría acceder sería extraordinariamente limitada y costosa. Al protegerse jurídicamente la posesión, el dueño (habitualmente poseedor) no necesitará probar su condición de dueño para acceder a la protección del derecho, le bastará probar su condición de poseedor. La única excepción a esto es el caso en que el dueño pretende recuperar la cosa de manos del poseedor, en que deberá usar la acción reivindicatoria y probar su dominio. Pero que el dueño sea "habitualmente" poseedor no significa que lo sea en todos los casos, y aquí encontramos la paradoja: "la protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituido"³⁶. El derecho de este modo protege a quien no debería poseer, y llega al extremo de volverse en contra de aquél a quien buscaba proteger: "es posible que el no propietario triunfe en el [juicio] posesorio contra el propietario. La institución hecha para éste se resuelve en su contra"³⁷. En derecho es común encontrar situaciones en las que (como la lluvia que riega lo mismo a los que la necesitan que a los que no la necesitan, dice Ihering³⁸) la protección de x que opera a través de la protección de y (cuando y es más pública que x, o más fácil de probar, etc) se vuelve en contra de x: "la concesión de la protección posesoria al que no tiene derecho, cuando el fin legislativo no atiende más que al derechohabiente, aparece como una consecuencia no querida, pero inevitable"³⁹.

El sistema registral del Código Civil ofrece, como ya ha sido dicho, una constatación particularmente conspicua de la observación de Ihering. La prueba del dominio, de acuerdo al derecho chileno, puede en muchos casos ser difícil o incluso fácticamente imposible. La prueba de la posesión, en particular de un bien inmueble inscrito, es particularmente fácil, porque para ella basta la inscripción. Pero al mismo tiempo quien puede probar la posesión de un bien (inscrita o no) puede fácilmente probar la propiedad, porque la posesión hace presumir la propiedad (art. 700 inc. 2º cc). Por supuesto, esa presunción es simplemente legal, y puede ser atacada, pero el que la ataque no será exitoso a menos que pueda probar su propiedad, lo que adicionalmente deberá hacer sin poder recurrir a la presunción de que dispondrá la contraparte. Para (casi) todos los efectos prácticos, la presunción del inciso segundo del artículo 700 será suficiente.

Pero la cuestión tiene un matiz adicional. La ley exige ciertos requisitos formales para la transferencia de la propiedad sobre los bienes inmuebles, al menos en los casos más importantes (tradición: artículo 686 cc). y esto plantea el problema que en el origen es responsable del surgimiento de la protección posesoria: es posible que los requisitos formales no se hayan cumplido, y por eso que la propiedad no se haya transferido, aun cuando

36 *ibid.* 183.37 *ibid.*38 *ibid.*39 *ibid.* 185.

112

ambas partes de la convención hayan creído que la propiedad fue transferida. Y nótese que en ausencia de *usucapión* (a la que volveremos) este problema se comunicará a todos los sucesores tanto de la parte que creyó deshacerse de la propiedad, que retendrán entonces el dominio, como de la que creyó adquirirla, que carecerán de derechos sobre la cosa. Esto tiene una consecuencia altamente inconveniente para un régimen de propiedad: la detentación material y explotación económica de la cosa, que es después de todo el aspecto sustantivamente más relevante de la propiedad, empiezan a separarse, más o menos lentamente, del derecho de propiedad. En efecto, el que creía ser dueño tendrá la cosa y la usará como dueño, pero no será dueño. El dueño será el que hizo la tradición defectuosa, que no fue apta para transferir el dominio. Pero la verdad es que tampoco podremos asegurar que ese tradente es dueño, porque la situación en que quedó el tradido como resultado de la tradición viciada podría ser, después de todo, la situación en la que el ahora tradente, pero en su momento tradido, se encuentra (ya la de él o la de alguno de sus supuestos antecesores en el dominio). Así llegará el día en que nadie pueda tener certeza del hecho de ser dueño de algo, ni pueda asegurar que quien aparece como dueño es efectivamente tal.

La protección de la posesión soluciona este problema. El que tiene la detentación de la cosa, y al mismo tiempo una razón jurídicamente justificada, aunque sea errónea, para creerse dueño de algo es declarado poseedor. Quien es poseedor puede adquirir la propiedad por usucapión, en un plazo que, en el caso de los inmuebles, es de 4 o 10 años. De este modo se logran varias finalidades, solucionando los problemas mencionados: en primer lugar, la posesión, caracterizada in extremis de modo exclusivamente fáctico, resulta tender hacia la propiedad, por lo que la tendencia a la divergencia entre control sobre la cosa y propiedad es reemplazada por una tendencia a la convergencia. En efecto, si ambas condiciones se separan, porque ha habido, como en el caso imaginado más arriba, un defecto formal en la tradición, el tradido quedará normalmente en situación de poseer, lo que quiere decir que quedará en camino de hacerse dueño. Toda divergencia entre control sobre la cosa y propiedad tiene ahora una tendencia hacia la consolidación de ambas posiciones. Lo interesante de esta forma de reintroducir una tendencia a la consolidación de norma (propiedad) y hecho (detentación) es que ella se produce alterando la titularidad del derecho para asignarla al que detenta contra derecho. A diferencia de lo que caracteriza a las expectativas normativas por contraposición a las cognitivas, que cuando son decepcionadas *insisten* y no *aprenden*, aquí el derecho aprende, no insiste.

En segundo lugar, la protección de la posesión y la posibilidad de usucapión dan a la propiedad un fundamento independiente, lo que hace in-

necesario remontarse hasta el acto original de ocupación para probar de modo definitivo el dominio⁴⁰. Si quien alega ser dueño muestra además que ha poseído la cosa por un plazo superior al plazo máximo de prescripción, entonces su dominio es jurídicamente inatacable, porque ahora es indiferente si alguno de sus antecesores en el dominio sólo parecía ser dueño sin serlo. Como su dominio ahora tiene el fundamento independiente de la posesión, la pregunta por la corrección de todas las transferencias o transmisiones que median entre él y el que ocupó originalmente la cosa deviene irrelevante.

De la segunda consecuencia se desprende una tercera: la prueba de la propiedad se simplifica. Ahora para probar la propiedad bastará probar posesión por un lapso de 10 años. Quien ha probado en juicio que ha poseído por 10 años ha probado en juicio que es dueño.

Ilustradoras a este respecto son las dos reglas contenidas en el inciso primero del artículo 717 del Código Civil. Conforme a la primera, en todo caso la posesión del poseedor principia en él. Esto quiere decir que el poseedor no recibe el status de poseedor de aquél de quien recibe (o cree recibir) el dominio, porque si fuera así entonces su condición de poseedor sería dependiente de la condición de poseedor o de dueño de quien hizo la transferencia. En este caso, la posesión no podría constituir un fundamento independiente de la propiedad⁴¹, porque la determinación de si quien pretende ser poseedor lo es sería tan dificultosa como la determinación de si quien pretende ser dueño lo es, y por consiguiente sería enteramente innecesaria.

La segunda regla contenida en el inciso primero del artículo 717 permite agregar posesiones contiguas. Ella asegura la tendencia a la consolidación en un titular del control material sobre la cosa y su dominio, porque en su ausencia sería posible que la divergencia se mantuviera si la aparente propiedad es transferida antes del cumplimiento del plazo de prescripción. Si bien la posesión del sucesor no depende de la posesión del antecesor, la razón que jurídicamente justifica la posición del poseedor es la misma que justifica la del antecesor (esto quiere decir que las posesiones sean jurídicamente *contiguas*: que el sucesor se cree dueño porque el antecesor se creía dueño, y que las posesiones sean contiguas es una exigencia del inc. 2º del art. 717 CC para que puedan agregarse).

La misma consideración que justifica la agregación de posesiones justifica entender que la posesión es una situación de hecho. El poseedor es

40 En estricto rigor en ausencia de usucapión no es posible la prueba del acto original de ocupación, porque ello requiere prueba de que la cosa era *res nullius*, es decir, prueba negativa del dominio. El otro modo de adquirir originario, la accesión, supone que el adquirente es dueño de la cosa principal, por lo que es incapaz de dar fundamento independiente a la propiedad.

41 Véase 1 Com. 44s, para las consecuencias que se siguen de entender a la posesión como un *derecho*, es decir, como una posición que se detenta en la medida en que se ha recibido debidamente de otro.

hvy

quien detenta la cosa como dueño, aunque carezca de todo título a ello. Esto, por supuesto, parece estar en contradicción con la exigencia legal de lo que se denomina *animus possessionis*, entendida, como se ha sostenido más arriba, como una creencia *jurídicamente justificada, aunque sea falsa*, de ser el pretendido poseedor dueño. Un arrendatario o comodatario, por ejemplo, no es poseedor porque no tiene ánimo. Y esta carencia de ánimo significa: detenta la cosa a nombre de otro. Pero esto, que parece ser un enunciado de hecho, sobre los estados mentales del sujeto en cuestión, en realidad no lo es, porque seguiría detentando la cosa a nombre de otro aunque él se convenciera a sí mismo que es dueño, así como puede tener ánimo quien sabe que no es dueño. El arrendatario y el comodatario carecen de ánimo no porque no crean ser dueños (eso es contingente), sino porque el arrendamiento y el comodato no son títulos aptos para justificar jurídicamente su creencia de ser dueño. Nótese la diferencia con el que ha comprado la cosa y la ha recibido en una tradición que no satisface los requisitos legales: aquí él cree que es dueño de la cosa, y su creencia tiene una justificación jurídica – la compraventa seguida de tradición. Por eso el art. 704 permite definir al título (antes de decidir si es justo o no, o traslativo o constitutivo de dominio) como el antecedente jurídico que “por su naturaleza” es apto para adscribir el dominio, es decir, el que en abstracto, y con prescindencia de que lo sea en concreto, es apto para justificar la creencia de ser dueño que la ley le imputa al que lo puede invocar.

El lector atento notará que el párrafo anterior comienza hablando del ánimo y termina hablando del título. Esto no es un deslizamiento inconsciente. Al contrario, puede decirse que en la posesión regular *el ánimo se confunde con el título* seguido (cuando el título es traslativo de dominio) de tradición, en el sentido de que quien invoca un título (y, en su caso, tradición) tiene ánimo: no es posible que se pruebe que hay justo título (y tradición) pero que no hay posesión porque no hay ánimo. Si la ley reconociera sólo la posesión regular, entonces tendríamos que decir que el que no tiene título (y tradición) no puede tener posesión, y esto reintroduciría la inestabilidad del dominio que la posesión pretende corregir.

Esto es así porque el derecho no imputa a quien no sea dueño una creencia jurídicamente justificada de ser dueño si no ocupa una posición de *apariencia de dueño*. En la posesión regular, esa apariencia es *mediata*: no basta que el que se pretende dueño parezca dueño en el sentido fáctico de que actúe como dueño, es necesario que adicionalmente la diferencia entre el hecho (actúa como si fuera dueño) y su calificación jurídica (no es dueño) se deba a un error excusable. Ese error sólo puede ser un “justo error de hecho (art. 706).”

La posesión regular es, por eso, una especie de estación intermedia entre norma y hecho, porque media entre el dominio, jurídicamente consti-

tuido, y la posesión irregular, que es puramente fáctica, como lo muestra la regla de clausura del sistema posesorio del Código Civil, el artículo 2510:

El dominio de cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse: 1ª Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno. 2ª Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio. 3ª Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1. Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; 2. Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

Aquí la relevancia legal de la apariencia cuando es distinta de su calificación jurídica no es mediada por un justo error de hecho. La ley hace ahora relevante la apariencia en sus propios términos, es decir, inmediatamente: apariencia significa apariencia. Han desaparecido todos los requisitos de la posesión regular que tendían a identificarla como una situación caracterizada por una facticidad cuyo déficit normativo se compensaba por el justo error de hecho: ni título ni tradición, y la buena fe se presume de derecho, lo que es lo mismo que decir que ella es irrelevante. No se opone al reconocimiento legal de posesión irregular ni siquiera detentar con un título de mera tenencia, cuando esa detentación ha sido en los hechos como dueño, lo que significa que debe cumplir con dos exigencias adicionales puramente fácticas: que el que alega la posesión haya detentado pública y pacíficamente, y que no haya realizados actos que importen el reconocimiento del derecho de otro. Pero por supuesto, la satisfacción de estos dos requisitos sólo cumple la función de individualizar a quien efectivamente ha actuado, y en público, como dueño. Nadie que haya detentado como dueño una cosa queda excluido por la regla tercera, porque detentar como dueño y satisfacer esas exigencias son nociones co-extensivas. Por eso puede decirse que ésta es la regla es la regla de clausura del sistema posesorio: aquí son abandonados todos los requisitos que pretenden condicionar el estatus de poseedor a la satisfacción de requisitos normativamente orientados (justo título o simplemente título, buena fe, etc). Si el que se pretende dueño ha actuado como dueño por 10 años, es dueño.

La posesión inscrita y sus problemas

Pero por supuesto, el derecho pretende sujetar la facticidad del mundo a ciertos estándares normativos, por lo que esta solución (mantener la correspondencia entre norma y hecho ajustando la norma a los hechos) parece, como hemos visto, paradójica. El genio de Ihering lo llevó a notar

116

que la paradoja es más profunda, porque se reproduce en un nivel más alto: el derecho pretende proteger al que tiene la cosa bajo su control porque (cuando) ese control es legítimo (de acuerdo a los estándares del propio derecho) y ese control legítimo se denomina "propiedad". Pero la protección que el derecho puede dar al detentador legítimo (dueño) depende de que "mero" control y control legítimo (posesión y derecho a poseer, es decir, dominio) tiendan a coincidir, de modo que los casos de mero control (posesión del no dueño) pueden ser tratados como patológicos. La regla del 2510 N° 3 asegura esa coincidencia concediendo al "mero" control status de control "legítimo". Por estas razones, la regla comentada no es un límite a la protección de la propiedad, sino que es constitutiva de ella: no hay protección de la propiedad sin una regla de clausura como la comentada.

Toda la argumentación anterior era necesaria para explicar la necesidad de una regla de clausura como la del artículo 2510 N° 3. Esta conclusión era a su vez necesaria porque muestra el problema central del régimen de posesión inscrita: carece de una regla de clausura como ésa.

Como se sabe, a la dogmática civil chilena le tomó algún tiempo construir, a partir principalmente de las disposiciones contenidas en el título VII del libro II y del párrafo 2 del título XLII del libro cuarto del Código Civil, el régimen de posesión de bienes inmuebles. Aunque estas afirmaciones nunca son en todo sentido correctas, puede reconocerse el crédito a Humberto Trucco quien, en su artículo "Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil Chileno"⁴² fijó, en 1910, la "teoría" de la posesión inscrita.

Lo característico de la doctrina de la posesión inscrita es que ella elimina de la posesión su facticidad. Para ser poseedor no es necesario ni suficiente detentar la cosa como dueño o actuar respecto de ella como sólo lo hace un dueño: es suficiente y necesario ser titular de la inscripción conservatoria respectiva. La vinculación interna que, en el régimen general, hay entre posesión y control sobre la cosa se rompe. Como lo dijo Andrés Bello en el Mensaje del Código Civil,

La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee: es un mero tenedor.

Puede apreciarse que la posesión inscrita (regular o irregular) es el equivalente de la posesión regular de muebles e inmuebles no inscritos. Como en la posesión regular de muebles, la apariencia (detentación material) en sus propios términos es inútil. Si en la posesión regular de muebles la diferencia entre la apariencia (actúa como dueño) y la

42 Trucco, H: "Teoría de la posesión inscrita dentro del código civil chileno", en 7 RDJ (1910) 1, pp. 131-155.

TVJ

calificación jurídica (no es dueño) era mediada por un justo error en materia de hecho, en la posesión de bienes inmuebles inscritos ella es mediada por la inscripción. La diferencia, por supuesto, es que en la posesión de muebles la no concurrencia de los requisitos para la posesión regular no impedía la posesión irregular. En la posesión de inmuebles inscritos, tanto la posesión regular como la irregular está mediada por la inscripción. No hay, tratándose de bienes inmuebles inscritos, de acuerdo al régimen del solo Código Civil, protección inmediata de la apariencia posesoria. Esto es lo que tradicionalmente se ha expresado diciendo que la inscripción es una ficción legal de posesión.

Esto no es casual, desde luego. Sólo porque no hay protección inmediata de la apariencia podía Andrés Bello abrigar la "gloriosa ilusión"⁴³ de que propiedad, posesión y detentación material convergerían:

Son patentes lo beneficios que se deberían a este orden de cosas; la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos.

Por esto puede decirse que Bello toma la tesis de Ihering de que la posesión existe sólo para proteger a la propiedad y la extrema. La posesión protege injustificada, pero inevitablemente al no dueño, y ése es el precio que debe pagarse para poder dar fundamentos sólidos al régimen de la propiedad. La protección del no dueño es una especie de rebalse a ser lamentado. Bello entendió esto, y el régimen de posesión inscrita es su solución: si bien debe protegerse al no dueño, esa protección debe ser tan limitada como sea posible. Y conforme al derecho chileno, el que no tiene inscripción no puede tener ni dominio ni posesión. La posesión de bienes inmuebles es un concepto puramente jurídico, no fáctico: el ánimo es el de la posesión regular (es decir, es ánimo mediado por el derecho) y el *corpus* es indiferente, porque es enteramente reemplazado por la inscripción.

Una primera forma de indicar el problema que esto genera es mencionando la cuestión de las llamadas "inscripciones de papel", nombre que dio Leopoldo Urrutia 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 arcifinios: 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 cuerdas que, desde tiempos inmemoriales, poseían unas familias de pescadores con deslindes de cercas perfectamente notorias. El predio se había transmitido de padres a hijos sin título inscrito, sin haberse producido entre ellos ninguna dificultad. El propietario inscrito pretendió desposeer a estos ocupantes sin inscripción. Fue rechazada la acción a pesar

43 Pescio, V: *Manual de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978), vol. iv, 148.

118

de no tener título inscrito los poseedores demandados, rechazo que se fundó en el antecedente de que la inscripción de deslindes arcifinios del fundo no podía comprender las cuadras 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 familias⁴⁴.

Nótese que, a pesar de que Urrutia le da gran importancia a este hecho, que menciona dos veces, el problema no surge por el hecho de que los deslindes del predio sean arcifinios, ni porque ellos sean vagos. No cambia nada en el ejemplo de Urrutia si "una laguna" y "un río" se entiende que en el caso al que se refiere son una laguna y un río determinadamente individualizados. Tampoco cambia nada importante si el predio no es una "gran hacienda" o si la detentación del que alega posesión material no es "inmemorial" sino sólo por un par de décadas. En otras palabras, el problema no se encuentra en la negligencia del funcionario a cargo del registro conservador o en una peculiaridad de la propiedad que es inscrita, sino la propia filosofía del sistema. O la posesión es un concepto fáctico, por lo que para decidir quién es poseedor habrá que mirar, en definitiva, a quien tiene la cosa dentro de su esfera real de control, o es posesión inscrita, caso en el cual la facticidad de la historia, la pregunta por quién había de hecho ocupado el predio de que se trataba, es derechamente irrelevante. La decisión a la que alude Urrutia, en esta comprensión, no sólo no es correcta en derecho, sino que niega la filosofía básica del sistema de posesión registral, en el cual posesión e inscripción se asimilan. Sólo de esta manera puede pretenderse que posesión, propiedad e inscripción convergerán.

La razón por la cual Urrutia creyó que podía justificar la corrección de la solución a la que alude es que entendió que la posesión no era reducible a la inscripción, sino que era sólo "solemnidad de un hecho, asegura la posesión; de suerte que, faltando el hecho de la posesión, nada solemniza ni asegura"⁴⁵. Pero si esto es así, entonces o el hecho por sí solo basta y la solemnidad sólo facilita su prueba o la solemnidad es constitutiva del hecho. En el primer caso la inscripción deja de jugar el rol central que le asignaba Bello en el mensaje, porque es perfectamente posible poseer sin inscripción y usurpar al inscrito; en el segundo el problema de las familias que preocupaba a Urrutia se mantiene, porque no podrán alegar ser dueños ni poseedores mientras no inscriban⁴⁶.

44 Urrutia, L.: "Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno", en 31 RDJ (1928), pp. 5-12, p. 10.

45 *ibid.* 11.

46 De hecho, el uso que Urrutia hace de los términos parece traicionarlo. Usualmente se denomina "solemnidad" a una formalidad que tiene una función constitutiva, de modo que su omisión no puede ser suplida por otras pruebas. Nuestros manuales suelen distinguir formalidades *ad solennitatem* de formalidades de prueba.

Habitualmente en este punto debe recordarse que en la doctrina hay dos maneras de comprender la función de la inscripción en la posesión de bienes inmuebles, que suelen denominarse "inscripción-ficción" e "inscripción-garantía"⁴⁷. Estas dos escuelas entienden la función de la inscripción de una de las dos maneras indicadas en el párrafo anterior, es decir, como constitutiva de la posesión (la inscripción como una ficción legal que hace irrelevante la concurrencia de hecho de corpus y animus) o como prueba de ella (la inscripción hace presumir la concurrencia de los requisitos materiales de la posesión, pero no los hace irrelevantes). Sin embargo, como hemos visto, la disputa es hasta cierto punto sólo aparente. Quienes defienden la doctrina de la llamada "inscripción-garantía" aceptan también que ella es una ficción, aunque pretenden limitar su alcance.

El caso más evidente es el del propio Urrutia, que inventó como hemos visto la expresión "inscripción de papel" y que es usualmente clasificado entre los partidarios de la "inscripción-garantía". Esa clasificación toma sus dichos de la sección VII del artículo citado (sobre inscripciones de papel), pero ignora sus dichos anteriores:

La inscripción es en el fondo solemnidad de un hecho, asegura la posesión; de suerte que, faltando el hecho de la posesión, *nada* solemniza ni asegura⁴⁸.

Pero la verdad es que aquí borra Urrutia con el codo lo que ha escrito en las secciones anteriores de su artículo, donde enfatizaba que

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 asir la cosa sea violento, clandestino o le preceda una base de usurpación⁴⁹.

La inscripción, sostiene Urrutia, pone la posesión de un inmueble a salvo de estos actos materiales de apoderamiento:

Mientras subsista la inscripción, *nada* valen los ataques físicos contra la posesión inscrita⁵⁰.

Ésta es la marca de la escuela de la "inscripción-garantía": una inscripción de papel no da posesión (porque sería prueba de un hecho falso), y por lo tanto la inscripción no es ficción. Pero la inscripción garantiza la posesión, poniéndola a salvo del apoderamiento⁵¹.

47 Véase, para la controversia y sus fuentes, Pescio, *op. cit.* en n. 43, t. iv, pp. 349ss.

48 Urrutia, *op. cit.* en n. 44, p. 12 (destacado agregado).

49 *ibid.* 9.

50 *ibid.* 11 (destacado agregado).

51 Otro de los miembros de la escuela de la "inscripción-garantía", Tomás Ramírez, sostiene que "será inútil que otro trate de 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" (Ramírez, carta a H. Trucco, reproducida en Trucco, *op. cit.* en n. 42, aquí p. 147).

Esta posición, sin embargo, no difiere sino accesoriamente de la sostenida por la "inscripción-ficción". La manera en que la ley protege al poseedor que ha perdido el *corpus* y con él el control sobre la cosa, que de haberse tratado de una cosa mueble le habría hecho perder la posesión, es reconociéndole posesión pese a no reunir los requisitos del artículo 700, es decir, fingiéndolos. Los partidarios de la inscripción-garantía reconocen en la inscripción una ficción, aunque no lo digan, porque de otro modo la inscripción no puede garantizar posesión alguna⁵².

La diferencia se reduce casi exclusivamente a dos puntos: el de las inscripciones de papel y el de las dobles inscripciones. A las dobles inscripciones nos referiremos más adelante, al comentar un caso en que se planteó un problema de ese tipo. Respecto de las inscripciones de papel recuérdese la estrategia seguida por Urrutia: las caracteriza de modo tan rigurosamente exigente que él podía esperar que se mantendrían en todo caso excepcionales y que en esos casos excepcionales podría apelar al sentido de justicia de todos, que reconocerían, en una especie de "consenso por superposición", la arbitrariedad de reconocer posesión al que posee de papel. Por eso debía tratarse de predios cuyos límites fueran arcifinios, de enorme extensión, en los cuales los poseedores materiales hayan detentado "desde tiempos inmemoriales". Pero la razón misma que Urrutia da para negar posesión al inscrito en este caso impide sostener que el artículo 729 proteja al que por apoderamiento ha perdido el *corpus*: si la inscripción hace presumir *corpus* y *animus*, pero en una presunción simplemente legal, ¿qué es entonces lo que se garantiza en el caso del artículo 729, si como consecuencia del apoderamiento el poseedor inscrito ha perdido el *corpus*?

Si las inscripciones de papel constituyen un problema relevante, ello es porque son (caracterizadas como lo hizo Urrutia) sólo el caso más extremo de un problema mucho más común: el del que posee (i.e. tiene *corpus* y *animus*) sin inscripción (por ejemplo, como veremos, porque recibió de buena fe la cosa en tradición *longa manu*).

Si, pese a no ser un problema interno del régimen de posesión inscrita, el problema de las inscripciones de papel es reconocido como un problema,

52 La contradicción continua apareciendo en los autores que afirman que la inscripción no es una ficción. Es apreciable, por ejemplo, en Rozas, *op. cit.* en n. 32. Cuando el autor comenta el art. 730 CC, sostiene que "si el artículo 724 exige la inscripción para la posesión de ciertos bienes, ello no significa que baste esa sola inscripción para que haya posesión. Para que exista es indispensable el *corpus* y el *animus*. En resumen, las inscripciones de papel no dan posesión" (*ibid*, 238). Pero si la posesión de inmuebles exige no sólo inscripción, sino adicionalmente *corpus* y *animus*, entonces no puede decirse que ella "se pierde sólo por la cancelación de la inscripción" (*ibid*, 238, destacado agregado), ni menos que "el apoderamiento de un inmueble inscrito no hace adquirir ni aun posesión irregular" (*ibid*, 235). Las afirmaciones de la página 235 son correctas porque en el sistema del Código la inscripción es necesaria y suficiente para adquirir y mantener la posesión, pero esto supone que basta la sola inscripción para adquirir posesión o conservarla, lo que es directamente negado en la afirmación de la p. 238.

121

y no simplemente ignorado, eso mostraría que, contra lo que creía Ihering, el fundamento de la posesión no es reducible a la propiedad⁵³. Si lo fuera, el sistema de Bello, como ha sido construido por la dogmática chilena, sería suficiente. Pero la posesión también debe protección a quien ha descansado en la apariencia de las cosas, en el hecho de que una persona se ha comportado como dueño sin que nadie le dispute tal título. Aquí se ha producido la misma divergencia que antes observábamos, pero ahora se produce entre propiedad y posesión, por un lado, y detentación material por el otro. La posesión, nacida para servir de puente entre la propiedad y su contenido económico, "se hace sinónimo" de la propiedad, como quería Bello, al precio de perder su conexión con la detentación material. Por eso hay algún sentido en que la manera correcta de entender el sistema de posesión inscrita de bienes inmuebles en el Código Civil chileno es sostener que en Chile la posesión de inmuebles no está protegida por el derecho.

¿Qué significa esto? Aquí es importante introducir una consideración que suele no estar presente en nuestros textos jurídicos. El régimen de posesión inscrita original del Código Civil era un régimen que tenía presente los intereses de los grandes terratenientes, de quienes podía efectivamente suponerse que conocerían la ley y que tomarían las debidas precauciones para que sus haciendas recibieran la protección de la ley cuando fuere necesario. La situación de los campesinos en el campo o de los trabajadores en las ciudades no preocupaba al legislador en 1855: ellos, que no tienen fácil acceso a la asesoría jurídica y por consiguiente al conocimiento legal, verán dificultado su acceso a la propiedad inmobiliaria. Pero el código Civil no era para ellos, que estaban excluidos *de facto* (no, desde luego, *de iure*) de la propiedad. Por eso no es extraño que, a medida que la relevancia política de estos grupos empieza a aumentar (que es la constante del siglo xx, culminando en lo que a la tenencia de la propiedad inmobiliaria se refiere con la reforma agraria en la década de los 60) el régimen estricto del Código Civil se hace cada vez menos sostenible, y comienza a ser modificado. La doctrina nacional, sin embargo, se ha resistido a reconocer en estas modificaciones algo más que regulaciones excepcionales que dejan incólume al régimen posesorio general. Eso explica la situación insostenible en la que habitualmente se encuentran nuestros jueces. A estas cuestiones deberemos atender ahora, comenzando por el principio.

*El retorno a un concepto fáctico de posesión:
la legislación de saneamiento del dominio*

La afirmación de que el Código Civil no protege la posesión de bienes inmuebles es una exageración, pero no porque no sea una correcta

53 Hernández Gil, A.: *La Función Social de la Posesión* (Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1967), 15-31.

122