



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Programa de Magíster

LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA EN CHILE EN EL SIGLO XIX (1857-1910)

Memoria de prueba para optar al grado de Magister en Derecho

Alumno: Lic. Claudio Barahona Gallardo
Profesor guía: Dr. Francisco Samper Polo

Santiago, Chile.

2016.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

I.	Consideraciones preliminares,	8
II.	Introducción al tema y estado de la cuestión,	13
III.	Hipótesis, metodología y estructura de capítulos,	17

CAPITULO I: LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA ENTRE 1857 Y 1910, A LA LUZ DE LA DOCTRINA

i.	Introducción	25
ii.	Los estudios jurídicos en Chile entre 1758 y 1879	26
iii.	Los primeros comentaristas del Código Civil	29
iv.	La posesión y prescripción de inmuebles en la doctrina	31
	José Clemente Fabres	32
	Jacinto Chacón	38
	Robustiano Vera	40
	Carlos Aguirre Vargas	44
	Luis Claro Solar	49
v.	Historia de los artículos	55
vi.	García Goyena y el Código Civil chileno	61

CAPITULO II: LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA EN LAS MEMORIAS DE PRUEBA

i.	Introducción	79
ii.	La posesión y la prescripción en las memorias de prueba anteriores al Código	80
	Federico Corbalán	80
	Cesario Pérez	82
	Pedro Matus	84
	Adolfo Calderón	87
iii.	La posesión inscrita en las memorias de prueba posteriores al Código	89
	Samuel Rivera Valenzuela	90
	Victor M. Vergara	94
	Belisario Betancourt P.	96
	Gustavo Schele	100
	Alfredo Silva Barra	103
	Ernesto Zúñiga P.	106
	Romilio Burgos	110
	Juan de Dios Donoso Bascuñán	113
	Carlos Cruzat Levín	115
	Luis E. Silva B.	116
	Eduardo Munita Quiroga	118
	Luis Leiva Concha	120
	Luis Barros Valdés	123
	Juan José Veloso	124

Alfredo del Valle Valenzuela 127

- iv. Para una revisión de la *Teoría de la posesión inscrita*
de Humberto Trucco (1910) 130

CAPITULO III: LA POSESIÓN INSCRITA ENTRE 1857 Y 1910. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL.

- i. Sobre la jurisprudencia en Chile hasta 1837 135
- ii. La jurisprudencia en Chile después de 1837: la *Gaceta de los Tribunales* 137
- iii. Estudio de las sentencias 140

Doña Juana Navajate i compartes contra los Ministros de la Tesorería, sobre entrega de un sitio 141

Doña Carmen Vidal con el monasterio de Agustinas, sobre derecho a unos bienes 143

Don Zenon Cortés con don José Santos Salas i otros, sobre reivindicación de un fundo 145

Don Pedro Etcheparte con el fisco, sobre reivindicación 148

Margarita Maroto v. de Borgoño con Anjel Lopez, sobre denuncia de obra nueva 152

Francisco Gallardo Villarroel con el Fisco, sobre declaración de prescripción 154

<i>Juan Ramírez con Pedro Pablo Riveros, sobre terrenos</i>	155
<i>Don Domingo Gutierrez con sucesion de don Juan Domingo Dávila, sobre aguas</i>	157
<i>Don Liborio Bravo con José Gregorio Bravo, sobre reivindicacion de terrenos</i>	160
<i>Don Juan Francisco Barrientos i otro con don Epitacio de la Guarda, sobre querella de amparo</i>	163
<i>Don Anselmo Osorio con don Francisco i don Agustin Cáceres, sobre derecho a un terreno</i>	164
<i>Don Domingo de la Maza con don Santiago Guzman, sobre despojo</i>	166
<i>Doña Anjela Miranda con don Melchor Leal, sobre amparo de posesion</i>	168
<i>Rafael Cano con Camino, Lacoste i Compañia sobre preferencia de titulo</i>	170
<i>Don Juan Catrileo con don Fermin San Juan, sobre derecho a unos terrenos</i>	173
<i>Don Manuel García i compartes con doña Carmen Bravo i compartes, sobre reivindicación de terrenos</i>	174
CONCLUSIONES	179
BIBLIOGRAFÍA	185

LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA EN CHILE EN EL SIGLO XIX (1857-1910)

I. Consideraciones preliminares

“Persuadidos de que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha desnaturalizado por completo el sistema lleno de originalidad que en materia posesoria introdujo el señor Bello al idear y desarrollar en el Código Civil la institución jurídica de la inscripción, vamos á exponer en este trabajo la teoría de la posesión inscrita, tal cual la entendemos, y con presidencia absoluta del criterio que al respecto informa la jurisprudencia ordinaria de nuestras Cortes y Juzgados”

Con estas palabras iniciales, Humberto Trucco Franzani dio a conocer en 1910 su famosa “Teoría de la posesión inscrita, en el Código Civil chileno”, en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Al día de hoy, no es difícil estimar el profundo efecto que este trabajo ha tenido en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, sobre todo teniendo en cuenta su modesta extensión, no más de unas veinte páginas. Trucco no había sido el primero ni el único en referirse a dicha teoría (circunstancia muy poco recordada actualmente), pero puede afirmarse sin temor a exagerar que la vasta mayoría de los artículos, memorias y tratados referidos a los derechos reales se remiten necesariamente a esta obra para explicar el sistema establecido en el Código Civil chileno para adquirir y conservar la posesión sobre los bienes raíces.

Con todo, dicha teoría ha dado lugar a múltiples estudios, ya sea para su crítica o su defensa. La inscripción posesoria de los inmuebles y la posibilidad de adquirirlos en dominio por vía de la prescripción ocuparon una parte destacada

de la literatura jurídica en un extenso periodo del siglo XX.¹ En la actualidad, la posesión inscrita sigue llamando poderosamente la atención de los autores. Esto es evidencia suficiente para demostrar que existen todavía puntos dudosos y cuestiones inconclusas acerca del tema. Algunos han señalado que la materia es conflictiva debido a la oscuridad y contradicción de los textos aplicables, amén de las características del Registro conservatorio, que posibilita errores en las inscripciones.² Otros opinaron que las dificultades que se presentan se deben más bien a un factor material: la cantidad de inmuebles que incluso en la actualidad permanecen fuera del sistema registral, debido a que no están inscritos.³ Si bien ambas explicaciones tienen fundamento, parece que éstas y otras pueden ser reconducidas a una más elemental, que encierra el núcleo mismo del problema: aunque ha transcurrido poco más de un siglo desde la “Teoría de la posesión inscrita”, todavía no hemos podido conciliar pacíficamente las dos ideas contrapuestas que rigen la posesión sobre inmuebles y que concurren de manera simultánea dentro del Código. Por una parte, con apoyo en la tradición jurídica romana, sostenemos que la posesión es un hecho, no un derecho, y que se manifiesta en algo tan natural como lo es la tenencia de una

¹ En las memorias de prueba: SOLARI PEIRANO, Esteban, *La posesión*. Valparaíso: La Prefectura, 1912; DÍAZ R., Carlos E., *De la posesión y acciones posesorias*. Santiago: El Progreso, 1916; AEDO CARRASCO, Manuel, *La posesión regular*. Santiago: Imprenta y encuadernación Claret, 1918; RIFFO A., José Elías, *La posesión material i la inscripción*. Santiago: s.n., 1919; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Humberto, *La inscripción no es requisito, garantía, ni prueba de la posesión de los bienes raíces*. Santiago: “Artes y Letras”, 1926 (este trabajo, en particular, tiene el mérito de ser considerado una las primeras respuestas directas en contra de la tesis planteada por Trucco); MÉNDEZ B., J. Miguel, *De la posesión*. Santiago: Impr. Arturo Prat, 1927; DÁVILA, Óscar, *Posesión y prescripción de inmuebles inscritos*. Santiago: Impr. Cervantes, 1928; WILLIAMS IBÁÑEZ, Juan, *Teoría de la posesión en nuestro Código Civil*. Santiago: Universidad de Chile, 1930; CLARO VIAL, José, *La posesión inscrita ante la doctrina y la jurisprudencia: proyecto de reforma*. Santiago: Imprenta El Imparcial, 1938; VERDUGO, Julio, *Del título en la posesión*. Concepción: Impr. San Francisco, 1944; GONZÁLEZ MORENO DE MATURANA, María Teresa, *El título putativo en la posesión*. Santiago: Impr. Universitaria, 1957. En alegatos: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Prescripción de bienes inscritos*. Santiago: Impr. Balcalls, 1924. En obras de más largo aliento, se puede mencionar RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *La posesión inscrita ante la jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003 (3ª ed.)

² PEÑAILILLO, Daniel, *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*, p. 374.

³ ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de los derechos reales*, t. I, p. 404.

cosa; y por otra, la que fue llamada en su momento por los primeros comentaristas nacionales “*la gran innovación*”, pretendemos que la posesión de los bienes inmuebles no requiere de la realización de actos positivos, sino que estos pueden reemplazarse con la inscripción de un título en un registro público.

En contra de lo que hemos dicho, bien podría señalarse que la práctica cotidiana de notarios y conservadores, junto con la jurisprudencia sostenida a través del tiempo, han relegado al plano meramente teórico la cuestión que presentamos, y que el sistema diseñado por el sabio redactor del Código Civil es en nuestra época una realidad, y que opera en la forma precisa que Bello imaginó, sin problemas ni contradicciones. Sin embargo, incluso concediendo ese muy discutible punto, tal afirmación no se hace cargo de que la posesión no está regulada como si fuera un derecho autónomo, y aunque puede reportar indudables beneficios patrimoniales, lo cierto es que ya desde la jurisprudencia romana fue entendida como un estado transitorio, que si bien podía prolongarse más o menos en el tiempo, o experimentar un sinnúmero de cambios como agregaciones o pérdidas, tenía que concluir tarde o temprano en la consolidación del dominio por parte del poseedor. Ese es el motivo fundamental por el cual la posesión no se estudia de manera aislada, sino que conjuntamente con la usucapión, llamada prescripción adquisitiva en la mayoría de los códigos modernos.⁴

⁴ SOZA RIED, María de los Ángeles, “La naturaleza jurídica de la tradición, ¿acto o hecho jurídico?”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N° 2, pp. 287-305. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003. En nuestro derecho civil codificado solemos obviar con frecuencia que tradición y posesión también están relacionadas en forma muy cercana. La razón de ello, opino, es que al regular el Código la tradición como modo de adquirir el dominio ha terminado por acercarla más a un acto jurídico complejo, distanciándola al mismo tiempo de los otros modos, como la accesión o la ocupación, que son eficaces por sí mismos. En la forma que nuestra legislación clasifica y valora los bienes, tiene perfecta coherencia que la tradición de los derechos reales sobre inmuebles no tenga carácter de ordinaria, sino que asuma una forma especial, fundamentada ya no en la entrega real de la cosa, sino que en una forma ficta como lo es la inscripción de un título. Con todo, lo dicho debería ser suficiente para hacernos recordar que en el derecho romano clásico la tradición no era un modo de adquirir el dominio ni mucho menos un acto jurídico, sino que más bien tenía los caracteres de un modo de adquirir la posesión. Una

Pues bien, siendo posesión y usucapión instituciones inseparables, requieren de un estudio conjunto que tenga por propósito salvar las discordancias todavía no resueltas. Dichas discordancias, que encontramos con respecto de la posesión de inmuebles, necesariamente las hallaremos a propósito de la prescripción adquisitiva de los mismos. De acuerdo con la idea planteada más arriba, la contradicción fundamental no es que exista una cantidad mayor o menor de inmuebles que al día de hoy estén o no inscritos: la tensión principal se da entre una noción material o real de la posesión sobre un inmueble y una de carácter ficticio o legal, las cuales, en principio, debieran coincidir con respecto del bien raíz y de su titular, reforzando la situación jurídica de éste (de acuerdo con las palabras en el *Mensaje* del Código), sin embargo en la práctica divergen de uno u otro, lo que da lugar al conflicto. Traduciendo lo dicho al plano normativo, se puede advertir que existen disposiciones que parecen, a lo menos, de difícil armonización, por mucho que se haya enfatizado en más de una ocasión que los artículos que conforman la teoría tengan una perfecta coherencia entre sí.⁵ En concreto, es lo que sucede con los artículos 924 y 925 y, con mucha mayor importancia para nuestro tema, entre los artículos 2505 y 2510, los cuales han sido objeto, precisamente por esto, de sendos comentarios, tanto en el pasado como en la actualidad.⁶

No es de extrañar, entonces, que abogados, juristas y magistrados hayan tomado partido por una u otra forma de comprender la posesión. Esto ha dado

noción a lo menos extraña, si se le considera desde la perspectiva estricta del derecho contemporáneo, pero que sin embargo nos ayuda a entender la *ratio* histórica que existe detrás de los artículos 682, 683 y 703. Véase al respecto BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, "De la tradición y de su definición en el Código Civil chileno. A propósito del artículo 670", en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 1, pp. 11-108. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, 2003.

⁵ ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio, *op. cit.* (n. 3), pp. 409-410.

⁶ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *De las posesiones inútiles en la legislación chilena* (2ª ed.), pp. 67-83; VIAL DEL RÍO, Víctor, *La Tradición y la Prescripción Adquisitiva como Modo de Adquirir el Dominio* (2ª ed.), pp. 152-162; 187-203.

como resultado que hoy se la presente como una contraposición. Aunque la mayoría se han inclinado por aceptar sin mayores objeciones los fundamentos del sistema posesorio concebido por Bello, otra parte ha puesto énfasis en que dicho sistema no carece de dificultades interpretativas, y que las consecuencias últimas de ello se han reflejado en una desnaturalización de la posesión y aún más, la confusión de ésta con el dominio propiamente tal, lo que podríamos considerar una muestra de vulgarización, como viene sosteniéndose desde hace tiempo.⁷

Después de todo lo dicho, el lector se quedará con la impresión de que el principal objetivo de este trabajo es volver sobre la posesión inscrita. Y en parte tendría razón. Después de todo, el tema está lejos de agotarse, y la doctrina siempre puede encontrar nuevos enfoques a la luz de las decisiones adoptadas

⁷ Notablemente, desde el muchas veces citado artículo de Urrutia, que introdujo en nuestro vocabulario jurídico el término 'inscripciones de papel'. URRUTIA ANGUIA, Leopoldo, "Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil Chileno", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXI, 1ª parte, pp. 5-12. Santiago: 1934. Bibliografía nacional más reciente a propósito de la vulgarización encontramos en BARROS BOURIE, Enrique, "El recurso de protección como medio de protección de los contratos", en: VV.AA., *Instituciones modernas de derecho civil: homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Santiago: Conosur, 1996; específicamente a propósito de las 'inscripciones de papel', EL MISMO, "Conceptualismo y vulgarismo en el Derecho Civil Patrimonial", en: FIGUEROA YÁÑEZ; Gonzalo; BARROS BOURIE, Enrique; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (coordinadores), *Estudios de derecho civil VI: Jornadas nacionales de derecho civil. Olmué, 2010*, Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2011, pp. 21-36 (especialmente p. 28). También, desde la perspectiva del derecho público, CORREA GONZÁLEZ, Rodrigo, "Vulgarización por Constitucionalización", en: *Derecho y Humanidades*, N° 11, pp. 161-175. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005. Interesante resulta, por la relación que presenta entre descodificación y vulgarización, el trabajo de FUENTES CAMPOS, Adrián, "La vulgarización del derecho legislado", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 4, pp. 777-805. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000.

por los tribunales⁸ o en los usos y prácticas de los notarios y conservadores.⁹ Sin embargo, y en buena medida por lo que hemos expuesto hasta ahora, intentamos apartarnos del análisis puramente *normativo* de esta teoría. El excesivo apego a letra de la ley ha dejado, incluso hasta ahora, puntos sin explicar. Se requiere, en consecuencia, de un enfoque alternativo, que aporte nuevos elementos tendientes a la determinación del carácter ya sea ficticio o bien material de la posesión sobre inmuebles. Dichos elementos pueden ser hallados estudiando la posesión inscrita *desde una perspectiva histórica, específicamente desde la historia del derecho privado*.

II. Introducción al tema y estado de la cuestión

Sobre la posesión inscrita en el siglo XX, como señalamos más arriba, la bibliografía producida es abundante. Por cierto, muchas de las obras resultantes han ido más allá de las explicaciones pedagógicas sobre esta institución. Algunas se han enfocado en las transformaciones que experimentó a partir de determinados hitos legislativos, siendo el más estudiado de ellos el D.L. N° 2.695 para la regularización de la pequeña propiedad raíz, de 1979.¹⁰ Otros han querido

⁸ A modo de ejemplo, consúltense los siguientes comentarios de jurisprudencia: ALCALDE SILVA, Jaime, “Acción reivindicatoria. Su procedencia respecto del poseedor material de un bien raíz inscrito. Prueba de la posesión de un inmueble por hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio. Corte Suprema, sentencia de 22 de mayo de 2014, rol N° 7769-2014”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, pp. 391-397. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, diciembre de 2014; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, “Una concepción errada de mera tenencia y posesión, conforme a la teoría de la posesión inscrita, recurrente en algunos fallos de la Excelentísima Corte Suprema”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22, pp. 367-390. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, julio de 2014.

⁹ CAPRILE BIERMANN, Bruno, “Por la reforma del sistema registral chileno, en: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (coordinador), *Estudios de derecho civil VII: Jornadas nacionales de derecho civil. Viña del Mar, 2011*, Santiago: Thomson Reuters, 2012, pp. 249-266.

¹⁰ Los antecedentes directos de este D.L. son la Ley N° 6.382 de 1939, sobre establecimiento de cooperativas de pequeños agricultores; el D.F.L. N° 326 de 1960, la “Ley de Saneamiento del Dominio de la Pequeña propiedad Agrícola”, que derogó a la anterior con excepción de su título IV; la ley N° 15.020 de 1962, que fue el fundamento normativo de la Reforma Agraria; y el D.F.L. N° 6 de 1968, sobre saneamiento del dominio de las propiedades rústicas y rurales. SALAH ABUSLEME, María Agnes, “El D.L. N° 2.695. Naturaleza jurídica y funciones”, en: DEPARTAMENTO

satisfacer las necesidades de la práctica, mediante textos de carácter forense.¹¹ Además, los títulos inscritos y su significación jurídica se han tratado no solamente dentro del campo del derecho civil, sino que además en otras ramas particulares de estudio, como el derecho notarial.¹² Incluso, desde el punto de vista extra-normativo, el Registro del Conservador y los archivos notariales han demostrado ser una rica fuente de datos e información que ha permitido reconstruir la así llamada ‘historia de la propiedad territorial’, de la cual contamos con numerosos ejemplos en nuestra historiografía nacional.¹³

Sin embargo, al examinar esta bibliografía, queda de manifiesto que existe una etapa sin estudiar, bastante prolongada, por cierto: la que media entre la promulgación del Código Civil y la primera década del 1900. Una etapa cuyo estudio puede arrojar interesantes resultados, en atención de las características que en ella observamos: la implementación de un nuevo servicio, el Conservador de Bienes Raíces (1859); el número de litigios en que se ventilan controversias sobre instituciones jurídicas hoy en completo desuso, como capellanías y mayorazgos; y, por sobre todo, como se puede decir de tantas otras materias de

DE DERECHO PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de derecho civil V: Jornadas nacionales de derecho civil. Concepción, 2009*, Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010, p. 259. Para un tratamiento extensivo del tema, CHÁVEZ MOYANO, Rodrigo, *Saneamiento de la pequeña propiedad raíz*. Santiago: Editorial Jurídica La Ley, 2005.

¹¹ Véase FELIÚ SEGOVIA, Juan Antonio, *Manual de estudio de títulos: de dominio de la propiedad inmobiliaria*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011 (4ª ed., reimpresión en 2014; 1ª ed. del año 2000). Además, el Colegio de Abogados publicó en 2000, y nuevamente en 2005, unas *Pautas para el estudio de títulos de inmuebles urbanos*, destinadas a estandarizar el contenido y presentación de los informes referidos a la historia de los inmuebles entre los letrados.

¹² DÍAZ MIERES, Luis, *Derecho notarial chileno* (3ª ed.), pp. 48-109.

¹³ El listado de obras sobre este tópico es amplio. A modo de guía, consúltese para artículos en revistas el *Boletín de la Academia Chilena de la Historia: Índice de los números 1 a 91. 1933-1980* (Santiago, 1983) pp. 40-41 (“VIII. Historia regional y local”); así como también el *Índice de la Revista Chilena de Historia y Geografía. De los números 1 a 150* (Santiago: Editorial Andrés Bello, 1986), pp. 86-89. Desde 1997 se realizan las “Jornadas de Historia Regional de Chile”, patrocinadas por distintas universidades y cuya XVII edición fue llevada a cabo en el año 2014. De dichas “Jornadas” se levantan actas con las ponencias presentadas. Ejemplos específicos de trabajos sobre historia de la propiedad regional tenemos en TORRES LÓPEZ, Emma MacGloria, *Guía de archivos documentales: para la historia de la región de Tarapacá*. Chile: Gobierno Regional de Tarapacá, 2001; MARTINIC B., Mateo, *Historia de la Región Magallánica*. Punta Arenas, Magallanes: Universidad de Magallanes, 1992. 2 v.

nuestro derecho civil, es la época en la que podemos advertir las tensiones producidas entre el antiguo ordenamiento romano-castellano y la nueva legislación codificada. En este sentido particular, desde la historia del derecho privado nacional el panorama es distinto, y la posesión inscrita no se nos muestra con plena claridad.

A la fecha, no contamos con un estudio especializado sobre esta institución para el periodo indicado.¹⁴ Ciertamente, los autores más cercanos a nuestra época mencionan, con menor o mayor extensión, los antecedentes de que se sirvió Bello para recrear en nuestro país el sistema posesorio por inscripción.¹⁵ Y además, sabemos con bastante certeza las fuentes e historia de algunos de los artículos que conforman la teoría de la posesión inscrita.¹⁶ Pero no tenemos ese mismo nivel de seguridad para determinar *el grado de aplicación real y de entendimiento de una teoría que ya venía formulándose con anterioridad a Trucco*. Examinar con mayor detalle dicho periodo puede ayudarnos en alcanzar tal determinación, y al mismo tiempo demostrar que la doctrina y la jurisprudencia no siempre aceptaron indisputadamente su postulado fundamental: que sólo cabe la posesión de inmuebles mediando un título inscrito y que, por consiguiente, no puede haber prescripción adquisitiva contra un título registrado. Es más, el desarrollo de la teoría de la posesión inscrita se encuentra, precisamente, *en los esfuerzos de los autores por encauzar el parecer discordante de la jurisprudencia*.

¹⁴ Encontramos varios aportes de interés en lo que respecta al marco histórico-jurídico. TOPASIO FERRETTI, Aldo. *La posesión inscrita en el derecho romano*. Valparaíso: EDEVAL, 1978. 130 p.; SOZA RIED, María de los Ángeles; RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, "Bases romanísticas para una interpretación histórica del sistema chileno de transferencia inmobiliaria", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 4, pp. 691-711. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001.

¹⁵ ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio, *op. cit.* (n. 3), pp. 218-224; PEÑAILILLO, Daniel, *op. cit.* (n. 2), pp. 239-245, con notas. También contamos, complementariamente, con una breve reseña histórica acerca de la función notarial en Chile y España desde el período indiano; vid. CRUZ BARRIOS, Norman Francisco, *Curso de derecho notarial*, pp. 35-38; 50-52.

¹⁶ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Código Civil. Edición concordada con observaciones históricas, críticas...*, t. I, pp. 704-707 (art. 686); p. 854 (art. 924); t. II, pp. 1761-1762 (art. 2505).

Aun así, ¿podemos siquiera sugerir que existió dicha discordancia? Circunscribir este trabajo dentro del marco cronológico indicado (1857-1910) no es arbitrario, pues está motivado justamente por esta interrogante. La bibliografía de la que hemos dado cuenta ha pasado por alto la afirmación con que Trucco Franzani presenta su artículo, y que encierra una idea de mucho interés, que podemos descubrir si leemos con más atención. No caben dudas de cuáles eran los objetivos que este autor pretendía conseguir con su trabajo, “*explicar de una vez por todas, y con total claridad, la institución de la inscripción*”. Sin embargo, ¿por qué debió hacerlo? ¿Debemos suponer, acaso, que nuestro tema se encontraba sin resolver hace cien años? El mismo autor muestra su inquietud principal: ¿por qué señaló que la jurisprudencia de su época había *desnaturalizado* el sistema ‘original’ ideado por Andrés Bello en materia posesoria?

Interpretando sus expresiones, podemos inferir que había una manera ‘natural’ (o ‘correcta’, si se quiere) de entender la posesión sobre inmuebles. ¿Cuál era? Asimismo, ¿cuál era la tendencia jurisprudencial predominante a finales del siglo XIX y a comienzos del XX en dicha materia? Las respuestas a las preguntas planteadas nos remiten, en definitiva, a la principal de todas, por lo menos en consideración a los objetivos de este trabajo: *¿Cuán antigua es realmente la teoría de la posesión inscrita?* Esta memoria busca ofrecer las posibles respuestas, a la luz del examen de las fuentes doctrinarias, jurisprudenciales y legales que se refirieron, en menor o mayor medida, a la posesión o asentamiento sobre los inmuebles, y la posibilidad de adquirirlos mediante prescripción, *incluso con prescindencia o en contra de un título inscrito.*

III. Hipótesis, metodología y estructura de capítulos

A) Hipótesis de trabajo

Con base en lo expresado en las consideraciones preliminares, y también en las preguntas planteadas, establecemos como hipótesis principal la siguiente: Durante el siglo XIX, luego de que entrara en vigor el Código Civil, la teoría de la posesión inscrita fue concebida por la doctrina para fines eminentemente explicativos, recibiendo aceptación general entre abogados, académicos y estudiantes; sin embargo, la jurisprudencia de los Tribunales se mostraba favorable, por el contrario, a una visión material o real de la posesión de inmuebles.

Como hipótesis secundarias presentamos las siguientes:

- i. Esta tendencia de los Tribunales se mantuvo hasta bien entrado el siglo XX, lo que explicaría la nutrida bibliografía que la posesión inscrita generó entre 1910 y 1934.
- ii. La teoría de la posesión inscrita, en la forma que la presentan hoy en día los autores y de la manera en que la entiende y la aplica la jurisprudencia, es mucho más antigua de lo que la doctrina ha venido sosteniendo, pues se desarrolló a pocos años de promulgado el Código.

B) Metodología

El objeto de estudio de esta memoria es la teoría de la posesión inscrita. Esta, en su concepción original, es una formulación doctrinaria que busca explicar la coherencia que guardan entre sí la posesión y la prescripción cuando se refieren

a inmuebles cuyos títulos se encuentran registrados en el Conservador de Bienes Raíces. A partir de lo puramente conceptual, la definición que acabamos de ofrecer se puede aplicar sin problemas a nuestro propio tiempo. Pero a diferencia de lo que resultaría si tuviéramos que referirnos al estado actual de la cuestión, la aproximación desde la perspectiva histórica prescinde mayormente del análisis de los textos normativos vigentes (por supuesto, conservando la cita de las disposiciones pertinentes del Código Civil y del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, cuando corresponda) La metodología debe estar basada, entonces, en el examen y comparación entre las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales del período al que nos hemos circunscrito (1857-1910). Este método se hace necesario, además, por la falta de trabajos especializados, circunstancia de que ya hemos dado cuenta más arriba.

C) Estructura de capítulos

EL trabajo se divide en los siguientes capítulos y subcapítulos:

CAPÍTULO I: LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA ENTRE 1857 Y 1910, A LA LUZ DE LA DOCTRINA

Como se expondrá más adelante, la teoría de la posesión inscrita es una construcción eminentemente doctrinaria. Resulta fundamental, pues, comenzar por los autores que comentaron e interpretaron el Código Civil, pues a través de sus obras se deja ver la tensión que existió entre el antiguo derecho romano-castellano, bajo el cual muchos de ellos se formaron en las aulas, y el nuevo derecho civil, que recogió buena parte de los principios del liberalismo e implementó, además, varias innovaciones, entre las que se cuenta principalmente la tradición de los inmuebles mediante la inscripción del título respectivo en el Conservador de Bienes Raíces.

Dentro de este apartado se estudiarán los siguientes autores y obras: JOSÉ CLEMENTE FABRES (1826-1908) y su *Instituciones de derecho civil chileno*, cuya primera edición es de 1863 (con una 2ª ed. corregida de 1893). También JACINTO CHACÓN (1820-1893) y su *Esposición razonada y estudio comparado del código civil chileno* (1868-1882); CARLOS AGUIRRE VARGAS y sus *Obras jurídicas* (1891); ROBUSTIANO VERA (1844-1916), *Código civil de la República de Chile: comentado i explicado* (1892-1897). Por supuesto, es de todo punto necesario consultar la obra de LUIS CLARO SOLAR (1857-1945), *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (editada entre 1898 y 1945, en 17 volúmenes).

En vista de que todos los comentaristas mencionados parten de la base de una concordancia entre distintos artículos del libro II del Código Civil, este primer capítulo contempla además como subcapítulos: i) un estudio acerca de la historia de tales disposiciones, en la medida en que el estudio del *Proyecto de 1853* y el *Proyecto Inédito* nos permite saber cómo fue decantando en Bello y en los restantes miembros de la Comisión Revisora la idea de realizar la tradición de los bienes raíces mediante la inscripción del título traslativo en el Registro del Conservador; y ii) además, una revisión de la que fue, definitivamente, la principal fuente que tuvo Bello para la redacción de los artículos pertinentes: las *Concordancias, motivos y explicaciones al Proyecto de Código Civil español de 1851*, obra del jurista Florencio García Goyena.

CAPÍTULO II: LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA EN LAS MEMORIAS DE PRUEBA

Cuando estudiamos con detenimiento la literatura jurídica del siglo XIX, sorprende la poca atención que se le ha dedicado a las memorias de prueba presentadas por los candidatos a la licenciatura en Leyes, tomando en cuenta además el elevado número de las que llegaron a ser publicadas. Naturalmente, el nivel de calidad y rigurosidad que presentaban las memorias entre sí podía

llegar a variar en forma notable, pero a pesar de ello nuestra visión estaría incompleta si no nos refiriéramos, siquiera en forma esquemática, a las que trataron sobre la posesión en general (y a la de inmuebles en particular), a la prescripción adquisitiva y a la tradición de derechos reales sobre bienes raíces mediando inscripción.

A partir de 1842, se publicaron regularmente las memorias de prueba de los estudiantes de la Facultad de Ciencias Políticas y Leyes en los *Anales de la Universidad de Chile*. No era infrecuente, en cualquier caso, que los trabajos que no llegaban a publicarse allí fueran impresos y distribuidos a cargo del propio autor, particularmente si la obra había recibido informes favorables de los profesores revisores, y si además éstos eran destacados abogados del foro. Esto nos permite tener un acceso directo a esta clase de obras, en la actualidad tan poco estudiadas.

Entre las que a nosotros interesan, en razón de su contenido y del año de publicación, se encuentran entre otras las siguientes: SAMUEL RIVERA VALENZUELA, *Algo sobre posesión* (Santiago: Impr. Cervantes, 1897); RAMÓN RIVAS RAMÍREZ, *Algo sobre el carácter de la posesión* (Santiago: Impr. i Encuadernación Barcelona, 1897); ALFREDO SILVA BARRA, *De los modos de adquirir i perder la posesión* (Santiago, 1898); ROMILIO BÚRGOS M., *De la posesión* (Concepción: Española del Comercio, 1899); EDUARDO MUNITA QUIROGA, *Estudio sobre la posesión* (Chillán: Libr. Americana, 1903); LUIS LEIVA CONCHA, *Breve estudio de la posesión* (Santiago de Chile: Enrique Blanchard-Chessi, 1905); JUAN JOSÉ VELOSO R., *Breves consideraciones sobre la posesión* (Concepción: Penquista, 1906).

En vista del elevado número de trabajos que deben ser examinados en este capítulo, y cuyo contenido respectivo así como sus distintas fechas de publicación difieren mucho entre sí, se ha procedido separarlos en subcapítulos, empleando como criterio diferenciador si i) fueron publicados antes de entrar en vigencia el Código Civil; o ii) si lo fueron con posterioridad. Asimismo, concluye este capítulo con una breve revisión crítica a la memoria de Humberto Trucco, con el fin de explicar las razones que están detrás de la calurosa acogida que tuvo en el medio jurídico nacional.

CAPÍTULO III: LA POSESIÓN INSCRITA ENTRE 1857 Y 1910. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL.

Como ya quedó señalado, para que este trabajo constituya un genuino aporte al estado de la cuestión, no puede desentenderse de la jurisprudencia judicial emanada de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema. Esta necesidad se explica en razón de que, como ha quedado ya establecido, la ‘teoría de la posesión inscrita’ nació en sede doctrinal, en base a la concordancia de diversos artículos del Código: estudiar las sentencias del periodo es la única manera de establecer con cierto grado de seguridad cuáles eran los criterios que los ministros tenían en consideración para favorecer una posesión ficticia o material sobre inmuebles.

Para el siglo XIX contamos con la *Gaceta de los Tribunales*, fuente cardinal para el estudio de la jurisprudencia del periodo. Fundada en 1841 por JOSÉ GABRIEL PALMA (1791-1869), y redactada por ANTONIO GARCÍA REYES (1817-1855) y ANTONIO VARAS (1817-1886), sus páginas estaban destinadas a la publicación tanto de las sentencias de los tribunales de primera como de segunda instancia, así como a la de leyes y proyectos de tales, reglamentos, decretos y autoacordados, lo mismo que a la de artículos de doctrina y comentarios de

sentencias. Desde 1860, sin embargo, la revista se limitó a la publicación exclusiva de sentencias.

La *Gaceta* tuvo una publicación ininterrumpida hasta 1950, pero para efectos de este trabajo se utilizarán las que median entre 1841 y 1900. Para facilitar el manejo de esta fuente, dado el extenso período de tiempo que pretendemos abarcar, nos auxiliaremos en las siguientes fuentes secundarias: SEVERO VIDAL SCHROËDER, y obra *Índice alfabético de cuestiones resueltas por nuestros tribunales*, que abarcó las sentencias pronunciadas entre 1857 y 1864. Por su parte, JOSÉ RAMÓN RAVEST (1850-1902) publicó en 1892 su *Diccionario de la jurisprudencia de las cortes de justicia de la República de Chile*, cuya elaboración se basó fundamentalmente en las sentencias recogidas en la *Gaceta* entre 1878 y 1887.

CAPITULO I

LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA ENTRE 1857 Y 1910, A LA LUZ DE LA DOCTRINA

Comenzaremos nuestra exposición, como no podría ser de otra manera, abordando la fuente en que nació la teoría. En la época de que hablamos, la doctrina se manifiesta fundamentalmente a través de las obras de los comentaristas del Código, las que obedecían a un propósito pedagógico, el cual era la explicación ordenada y sistemática de este cuerpo legal, destinada a los estudiantes de los Cursos de Leyes. De todas formas, ello no significó un impedimento para que un Jacinto Chacón o un Carlos Aguirre manifestaran inquietudes distintas a las de la enseñanza en las aulas. En muchas ocasiones encontramos críticas, discrepancias y observaciones presentadas por estos y otros autores sobre los artículos cuya inteligencia se volvía dudosa, ya fuera porque presentaban entre sí antinomias aparentes o reales, o también, como fue lo que ocurrió con nuestro tema, introducían innovaciones para las que el derecho romano-castellano contaba con pocos antecedentes.

Para comprender en su justa medida la fascinación que ejerció sobre los juristas chilenos la implementación del sistema registral, se debe primero conocer la cultura jurídica en la que éstos se formaron, y también en la que escribieron, pues se trata en verdad de una etapa de transición, muy propia del proceso de codificación del derecho civil, y en la que la literatura producida refleja fielmente la transformación de una enseñanza basada en la opinión de los autores, característica del *ius commune*, a otra sostenida en la letra de la ley, que desde la entrada en vigencia del Código dominaría el escenario durante el resto del siglo XIX.

En este capítulo nos detendremos especialmente en los intentos de armonización e interpretación ofrecidos por los primeros comentaristas del Código, en la medida que se refirieron a distintos aspectos de la coherencia interna del sistema registral. En otras palabras, examinaremos sus opiniones acerca del ámbito de aplicación de los artículos 924 y 925, y también sobre la posibilidad de admitir la prescripción adquisitiva contra título inscrito (esto es, si debe primar el artículo 2510 por sobre el 2505, o viceversa) Asimismo, en atención a que la base normativa de la teoría de la posesión inscrita no es otra que una concordancia entre artículos, es que concluiremos con un breve apartado sobre la historia de estos, en la que nos remitiremos a los trabajos de redacción de Bello (*Proyecto de 1853*) y a las labores desempeñadas por la Comisión Revisora (*Proyecto Inédito*), sobre las que tanta influencia ejerció, por lo demás, el *Proyecto de Código Civil Español de 1851*, de Florencio García Goyena.

I. Introducción

Se ha afirmado, con razón, que en su labor codificadora el genio jurídico de Bello se manifestó no como el de un creador, sino más bien como el de un conciliador.¹⁷ En la actualidad se sostiene la tesis, a la cual adherimos, de que el Código Civil chileno debe ser entendido como una manifestación moderna y tecnificada del derecho romano-castellano que hasta ese momento se encontraba en plena vigencia.¹⁸ No existió, pues, un quiebre entre el antiguo y el nuevo derecho, sin perjuicio de que ciertas ideas y principios innovadores que inspiraron al legislador, y que eran propias de la época de la redacción del Código, hallaron cabida dentro de sus disposiciones.¹⁹

¹⁷ Tómese en cuenta el catálogo de fuentes de que se sirvió Bello para la redacción, entre las cuales predominaron indiscutiblemente las *Siete Partidas*, estudiadas por él con frecuencia. La vigencia de este cuerpo legal se mantuvo hasta bien entrado el siglo XIX. Al respecto, BRAVO LIRA, Bernardino, "Vigencia de las Partidas en Chile", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 10, pp. 43-105. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1985. Para el resto de las fuentes, entre las que hay que considerar a la *Novísima Recopilación*, el *Fuero Real* y las *Leyes de Toro*, además de la antigua literatura jurídica del derecho castellano, GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador*, t. I, pp. 414-421, con notas. También MARTÍNEZ BAEZA, Sergio, "El derecho castellano-indiano en el *Código Civil* de Bello", en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 20, pp. 355-368. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008.

¹⁸ No queremos con esto (ni podríamos) desconocer el influjo que efectivamente tuvo el *Code* en los trabajos preparatorios a la redacción del Código Civil, en cuanto a su estructura y orden de materias, así como el ejercido por la literatura jurídica francesa, pues hay sobrada evidencia de que las obras de Pothier y Troplong, entre otros, fueron consultadas a menudo por Bello, y eran conocidas además por los miembros de la Comisión Revisora. Véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "La influencia de la doctrina francesa en el derecho chileno", en: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 2, Serie Colección Derecho Privado, pp. 61-80. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2005. Para la recepción del *Code* en Hispanoamérica, GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas", en: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 2, Serie Colección Derecho Privado, pp. 27-60. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2005.

¹⁹ Como lo fueron la idea de libertad, principalmente mediante la acogida del concepto moderno de propiedad, lo que se manifiesta en varias disposiciones dentro del Código que eliminan las trabas propias del Antiguo Régimen a la circulación de los bienes, como los artículos 745, 769 y 982, y la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad de las partes, consagrado en el artículo 1545; y también la idea de igualdad, esto es, que la ley sólo reconoce a un sujeto de derecho, la persona humana, como se aprecia en los artículos 55, 57, 982 y 1446. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador* (n. 17), v. I, pp. 455-457. También LIRA URQUIETA, Pedro, *El Código Civil chileno y su época*, p. 7 y ss.

Para explicar satisfactoriamente esta continuidad, sin embargo, no basta solo con tomar en cuenta la innegable autoridad del ilustre venezolano. Además, debemos referirnos a la cultura jurídica de la época en la cual el Código fue concebido, redactado y finalmente promulgado.²⁰ En otras palabras, debemos considerar la manera determinada en que, para el periodo que nos concierne, se entendía lo que es el derecho y el fin que persigue, y la relación que tienen con éste y entre sí abogados, jueces y juristas. Éstas personas desempeñan sus respectivos roles enlazados por un elemento común, que no es otro que la formación e instrucción recibidas en las aulas universitarias. La cultura jurídica de la época anterior a la entrada en vigencia del Código Civil chileno es la del *ius commune*: el derecho romano-canónico estudiado en las Facultades de Cánones y Leyes de todas las universidades tanto europeas como hispanoamericanas.

II. Los estudios jurídicos en Chile entre 1758 y 1879

Con miras a introducirnos en las obras de los primeros comentaristas del Código, tenemos que referirnos siquiera brevemente a la historia de los estudios jurídicos en nuestro país desde 1758 hasta 1879. Esta historia, a su vez, no puede ser presentada sin hablar de la historia de la Universidad en Chile. Por fortuna, contamos desde hace ya varias décadas con abundante bibliografía sobre ambos

²⁰ Sobre la cultura jurídica chilena en el periodo indiano y en el siglo XIX, véase BRAVO LIRA, Bernardino, "Estudios de derecho y cultura de abogados en Chile. 1758-1998", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 20, pp. 85-106. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1998. Este autor realiza una exposición tripartita, identificando etapas diferentes en atención al rol que cumple el abogado y el juez dentro del Estado y de la administración de justicia, considerando además los estudios jurídicos: "(...) Por lo que toca a los estudios, se distinguen con bastante nitidez tres momentos. Primero, nos encontramos con un *iudex minister aequitatis*, en la época del *ius commune* y del arbitrio judicial. A continuación surge la figura del *iudex legibus alligatus* de la época del derecho nacional codificado y de la subsunción. Por último, en nuestro siglo, la descodificación y la jurisdicción más allá de los códigos nos ponen delante de un *iudex pronus ad aequitatem*" (p. 86).

tópicos, por lo que nos permitimos prescindir de los detalles para presentar, en cambio, un panorama general.²¹

Como es bien sabido, hasta antes de la instalación de la Real Universidad de San Felipe no puede hablarse con propiedad de estudios jurídicos en Chile. Solamente a partir de 1758, cuando las cátedras de derecho romano y de canónico comenzaron a ser efectivamente impartidas, es que podemos considerarlos iniciados.²² Estas cátedras originarias eran las mismas que podían hallarse en los planes de estudio de cualquier universidad europea o hispanoamericana. La situación chilena no era excepcional: no hubo en la Universidad de San Felipe, así como en ninguna de las universidades de España (sino hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XVIII) cátedra alguna destinada a la exposición del derecho patrio o real, que era el derecho vigente en

²¹ ÁVILA MARTEL, Alamiro de, *Reseña histórica de la Universidad de Chile: (1622-1979)*. Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile, 1979. 79 p.; EL MISMO, "La Universidad y los estudios superiores en Chile en la época de Carlos III", en: VV.AA., *Estudios sobre la época de Carlos III en el reino de Chile*. Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile, 1989, pp. 175-202; BAEZA MARAMBIO, M. *Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1944. 237 p.; BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal. *La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago: [s.n.], 1946. 71 p. BRAVO LIRA, Bernardino, *La Universidad en la Historia de Chile 1622-1992*. Santiago: Pehuén Editores, 1992. 455 p., GONZÁLEZ ECHEÑIQUE, Javier. *Los estudios jurídicos y la abogacía en el Reino de Chile*. Santiago: Editorial Universitaria, 1954. 369 p.; GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La enseñanza del Derecho. Historia y perspectivas", en: *Anales del Instituto de Chile*, v. XXV, N° 2, pp. 273-282. Santiago: Instituto de Chile, 2005-2006; MEDINA, José Toribio. *Historia de la Real Universidad de San Felipe de Santiago de Chile*. Santiago: Imprenta y Litografía Universo, 1928. 2 v.

²² En la época indiana, el estudio del Derecho, para la obtención de cualquiera de sus grados, consistía exclusivamente en aquel del *ius commune*, o sea, del Derecho canónico y del Derecho civil, que no era otro que el romano. Quedaba excluida la enseñanza del *ius proprium* o *municipale*, es decir, del Derecho castellano aplicable en Indias, especialmente aquél contenido en las *Siete Partidas* y en el *Fuero Real*, y a las sucesivas recopilaciones de leyes reales, o sea, el llamado "Ordenamiento de Montalvo" (1484), la *Recopilación de Leyes de Castilla* (1567, que había compilado también a las importantes *Leyes de Toro*, de 1505) y, ya hacia fines de la época indiana, la *Novísima Recopilación de Leyes de España* (1805); pero también se prescindía del Derecho propiamente indiano, que desde 1682 contó con un cuerpo fijador central, como fue la Recopilación de las leyes de los reinos de Indias.

la época.²³ Para instruir a los que querían poner en práctica sus capacidades en el foro, existía una institución especial, la Academia de Leyes y Práctica Forense, en donde se estudiaba el derecho positivo, no sólo en su aspecto formal, sino también en el sustantivo.²⁴ De esta manera, la formación teórico-abstracta recibida en el estudio de derecho romano y del canónico se uniría la adquirida durante el período de práctica, todo lo cual debía producir la capacidad y aptitud necesarias para actuar en estrados.²⁵

Todo lo dicho podemos observarlo incluso después de 1810. Iniciado el nuevo régimen republicano, los estudios jurídicos se realizan en el Instituto Nacional, a partir de 1813.²⁶ El Instituto concentraba en sí la instrucción a todos los niveles, pero no estaba habilitado para otorgar grados académicos. La atribución de conferirlos recaía exclusivamente en la Universidad de San Felipe (que con el cambio de régimen había perdido su denominación de 'Real'). Los egresados del Instituto rendían exámenes frente a una comisión de catedráticos de la Universidad, para recibir los grados de bachiller o doctor, situación que perduró hasta 1879, año en que aquella recuperó las funciones docentes que había tenido en la época indiana, en conformidad con la *Ley sobre instrucción secundaria y*

²³ PESET REIG, Mariano, "Derecho romano y derecho real en las Universidades del siglo XVIII", en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 45, pp. 273-340. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1975.

²⁴ Sobre la historia de esta institución, la obra de consulta obligada sigue siendo la de Espinosa Quiroga. Véase ESPINOSA QUIROGA, Hernán, *La Academia de Leyes y Práctica Forense*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1954. 164 p.

²⁵ No obstante, la creación de una cátedra de derecho español era sin duda conveniente, por lo cual hubo diversas iniciativas para obtenerla. Ya en 1758 el claustro discutía acerca de la posibilidad de remitir un informe a la Corte en España, en el cual se exponía el estado de los estudios y las mejoras que podían ser introducidas. El rector Ignacio de Guzmán propuso que se solicitara la fundación de tal cátedra, con acuerdo del claustro. El informe referido se elevó entonces al presidente de la Audiencia, para que éste lo remitiera al rey, pero ni aquél acuerdo ni la petición tuvieron efecto. GONZÁLEZ ECHENIQUE, Javier, *op. cit.* (n. 21), pp. 118-125.

²⁶ Este establecimiento fue formado a partir de otros cuatro centros educacionales, establecidos en época indiana, a saber: el Convictorio Carolino, la Real Universidad de San Felipe, la Academia de San Luis (que era una escuela técnica, en donde se estudiaba agrimensura y dibujo), y el Seminario Conciliar de Santiago. Los pormenores de la fundación del Instituto se encuentran en FELIÚ CRUZ, Guillermo. *La fundación del Instituto Nacional*. Prólogo de Raúl Silva Castro. Santiago: Imp. Cultura, 1950.

superior, de acuerdo con la cual los estudios superiores empezaron a ser impartidos en ella directamente.²⁷ Por consiguiente, los de Derecho quedaron radicados en su Facultad de Leyes y Ciencias Políticas.

III. Los primeros comentaristas del Código Civil

No está de más destacar, en relación al contexto que hemos descrito más arriba, que aquellos que redactaron las primeras obras de explicación e interpretación del Código pertenecen a una época de transición, entre una cultura jurídica basada en la opinión de los autores y una basada en la letra de la ley.²⁸ Por mucho que la obra de Bello no hubiera significado una ruptura con el derecho romano-canónico ni con el indiano, era inevitable que el nuevo cuerpo legal introdujera innovaciones para las cuales se requería de un tipo distinto de literatura jurídica, pensada especialmente para los estudiantes. El panorama se mostraba propicio para que las fuentes de la época manifestaran en distintos tópicos, fidelidad o rechazo al antiguo derecho.

²⁷ *Ley sobre instrucción secundaria y superior*, título 3º, párrafo 2, artículos 23-30. La Facultad de Cánones y Leyes de la Real Universidad de San Felipe confería el grado de bachiller en Cánones y Leyes, después de cinco años hasta 1795, y de tres años a partir de entonces, de haber frecuentado las lecciones el candidato y de rendir un examen. El plan de estudios del Instituto Nacional habilitaba para obtener el bachillerato en Cánones y Leyes; y, al efecto, incluía diversos cursos de cuatro años de duración. Al término de tales estudios estaban previstas una prueba oral rendida ante la Universidad de San Felipe, y la composición de una memoria escrita para ser defendida ante un tribunal de doctores. Luego, el postulante a abogado debía completar un período de dos años de aprendizaje de los aspectos pragmáticos del Derecho, en la Academia de Leyes y Práctica Forense, hasta la disolución de dicho organismo en 1851, y en el Instituto mismo después: el otorgamiento del título seguía en manos de la Real Audiencia, pero desde 1824 fue competencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, su continuadora funcional. En 1875, esta atribución quedó radicada en la Corte Suprema, como lo sigue siendo hasta hoy.

²⁸ Una destacable síntesis sobre las características de este período puede encontrarse en: BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 35, 2º semestre, pp. 429-435 (con notas). Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010.

Todas las cátedras del Curso de Leyes, con excepción de los ramos considerados de “práctica forense” y que se impartían en los dos últimos años, se apoyaban en un texto de estudio.²⁹ También la clase de derecho civil contaba con uno hasta la dictación del Código, pero en adelante la cátedra sólo se servirá de este cuerpo legal, más las explicaciones del profesor. Sin embargo, las autoridades académicas comprendían que las explicaciones dadas en clases no eran suficientes, y que se necesitaba de un texto que sirviera de apoyo, que expusiera por lo menos en líneas generales los principios del derecho civil y evidenciara la armonía y necesaria conexión existentes entre sus diversas disposiciones. En otras palabras, se pensaba en un texto al estilo de las *Instituciones* que se usaban para las clases de derecho romano y derecho patrio.

Ya desde 1862 se había manifestado la conveniencia de la composición de un texto con las características enunciadas. Al año siguiente, José Victorino Lastarria presentó ante el Consejo de la Universidad su proyecto de *Instituta del Código Civil Chileno*. Lo mismo hizo José Clemente Fabres. Como acabamos de apuntar, esta nueva clase de literatura obedeció a un propósito fundamentalmente pedagógico, y se caracterizó por una exposición subordinada al orden de materias según aparecen en el código, de modo que, transcribiéndose o no los artículos, cada uno de ellos resulta comentado e ilustrado. Todavía, pues, esta literatura no se parta del orden legal ni emprende la formación de un sistema autónomo. A este tipo de obras pertenecen, además de las *Instituciones* de Lastarria y de Fabres, las *Explicaciones de código civil* (1882) de Enrique Cood (1826-1888); la *Esposición razonada y estudio comparado del código civil chileno* (publicadas entre 1868 y 1882) de Jacinto Chacón (1820-1893); las *Explicaciones de Código Civil destinados a los estudiantes del ramo de la Universidad de Chile* (1882), de Paulino Alfonso; las

²⁹ Sobre los textos empleados en la enseñanza del derecho en Chile entre 1810 y 1855, GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La enseñanza del Derecho. Historia y perspectivas”, *op. cit.* (n. 21), pp. 314-318; HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, pp. 111-126.

Obras jurídicas (1891), de Carlos Aguirre Vargas; y el *Código civil de la República de Chile: comentado i explicado* (1892-1897), de Robustiano Vera (1844-1916).³⁰

Por supuesto, tenemos que referirnos a la obra de Luis Claro Solar (1857-1945), *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (editada entre 1898 y 1945, en 17 volúmenes), la cual, a diferencias de las mencionadas, es ya un tratado de derecho civil, que si bien continuó versando fundamentalmente sobre el Código, tiene una estructura expositiva y una elaboración dogmática y conceptual crítica.³¹

IV. La posesión y prescripción de inmuebles en la doctrina

Ahora que conocemos el contexto en que se comenzaron a producirse las obras destinadas a la explicación pedagógica de los artículos del Código, podemos dar debida cuenta de cada una de ellas. Para ello, procederemos en orden cronológico, de acuerdo al año respectivo de publicación. Razones de método aconsejan a ello, toda vez que una primera formulación de la 'teoría de la posesión inscrita' ya puede encontrarse en las *Instituciones* de José Clemente Fabres, que tanta influencia ejercieron durante el siglo XIX y que fueron la base sobre la que se desarrollaron muchos trabajos posteriores.

³⁰ VALDIVIESO LOBOS, Leonardo Enrique, *Historia de la Cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Chile: textos, cátedras y catedráticos*, v. I, pp. 57-61, 113-114, 124-126.

³¹ Sobre los autores mencionados y el contexto de sus obras, GUZMÁN BRITO, Alejandro, "El Código Civil de Chile y sus primeros intérpretes", en: *Revista Chilena de Derecho*, pp. 81-88, vol. 19, N° 1. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, enero-abril de 1992. Véase también BRAVO LIRA, Bernardino, "Estudios de derecho y cultura de abogados...", *op. cit.* (n. 20), pp. 96-98.

JOSÉ CLEMENTE FABRES (1826-1908)³² publicó en 1863 las *Instituciones de derecho civil chileno*, las cuales tuvieron una segunda edición corregida, en 2 volúmenes, en 1893.³³ En cuanto al contenido, esta obra se ciñe a la estructura de materias del Código, y de acuerdo a ella el autor ofrece comentarios sobre sus disposiciones. Esta es la primera vez, por consiguiente, en que podemos apreciar la exposición de los artículos que concordados entre sí sirvieron de base normativa para plantear la teoría de la posesión inscrita.³⁴

Comenzando por el art. 686, a propósito de las especies de tradición, señala que

³² Docente, magistrado y político. Estudió en el Seminario de Santiago y en el Instituto Nacional. Fue el segundo profesor de la cátedra de Código Civil en la sección universitaria del Instituto junto a Enrique Cood, cargo que ocupó desde 1866 hasta 1872. Desempeñó la misma cátedra en la Universidad de Chile hasta 1891. Uno de los principales promotores de la creación de la Universidad Católica y uno de los fundadores del Curso de Leyes de esa casa de estudios, de la que fue su primer Decano (1888-1903) y profesor de Derecho Civil. Autor de las más variadas obras jurídicas: junto a sus *Instituciones* (1863), escribió *Los derechos de los hijos naturales* (1869), *Nulidad y Rescisión* (1867) y *La Porción Conyugal* (1882), entre muchas otras. Fue militante del Partido Conservador; diputado suplente por Rancagua (1873), y senador propietario por Cachapoal (1891-1897). En la Judicatura, se desempeñó como oficial del Ministerio de Justicia, y luego como relator de la Corte de Apelaciones de La Serena (1849), juez de Letras de Talca (1854), y ministro de la Corte de Apelaciones de La Serena (1857). DE RAMÓN, Armando, *Biografías de chilenos*, v. II, p. 78.

³³ FABRES, José Clemente, *Instituciones de derecho civil chileno*, "Prólogo", pp. V y VI. En su primera edición, las *Instituciones* tenían un fin pedagógico, según las palabras de su propio autor: "La aparición de un nuevo Código trae siempre consigo grandes novedades, y aun mas quizá de las que hayan intentado sus autores (...) Las Instituciones no tienen por objeto inmediato hacer la explicación del Código, sino darle la forma adecuada a la enseñanza; que no puede ser otra que el resumen de las disposiciones, siguiendo el orden rigurosamente lógico de las ideas (...) Por ahora solo me he propuesto redactar el texto de estudio, y tratar en las notas algunas cuestiones peculiares de nuestro Código: si por acaso me ocupo en una que otra de cuestiones generales de jurisprudencia, es solo para llamar la atención de los estudiantes".

³⁴ Mencionemos brevemente que en 1862 el abogado FLORENTINO GONZÁLEZ (1805-1874) publicó su *Diccionario de derecho civil chileno: o exposición por orden alfabético de las disposiciones del código civil de Chile*, que tal y como indica su título, su contenido no es otro que los distintos conceptos y términos del Código, explicados de manera sumaria y concordados entre sí (mas no los artículos correspondientes). El término 'posesión' está tratado en las pp. 332-338, mientras que la 'prescripción' en las pp. 347-351.

“(…) la lei tenido en mira dar publicidad a la propiedad y a sus gravámenes (…) mas para el efecto de la tradicion hacen solo las veces de título [la prescripción y la sucesión por causa de muerte], y miéntras ésta no se verifica, el dueño o poseedor de los derechos reales no goza de los beneficios o privilegios que la lei acuerda a la inscripcion (…)”

Al margen del texto aparece la siguiente concordancia: 726-728-729-730-924-2505.³⁵ Como puede verse, sostiene que el fin de la posesión inscrita no es otro que revestir de suficiente publicidad el dominio sobre los inmuebles.³⁶

Una idea fundamental, y que a lo largo del siglo se repetirá constantemente en comentarios y memorias de prueba, es la del carácter absoluto que tiene la posesión de inmuebles cuando media un título inscrito. Esto se puede apreciar con facilidad cuando Fabres trata sobre su pérdida, pues aunque la regla es que el apoderamiento de la cosa debe hacerse con ánimo de señor o dueño (ya que tal es el elemento esencial de posesión), existen empero dos excepciones: “(…):

1.º *si el derecho está inscrito (…);* 2.º *si el usurpador tenia la cosa a nombre de otro; pero si la enajena, el adquirente toma la posesion y pone fin a la anterior, excepto cuando el título es inscrito (…)”*

También a propósito de las acciones posesorias, y en las cuales Fabres enuncia la tajante distinción que existe entre los artículos 924 y 925:

³⁵ Ibid., p. 82.

³⁶ La idea, destacada por Fabres, de que la publicidad de la propiedad territorial es el principal objetivo que el legislador quiso cumplir al implementar la tradición de los derechos reales sobre inmuebles mediante inscripción de título, aparece en el párrafo XVIII del *Mensaje* del Código expresamente a propósito de las hipotecas, mientras que para el dominio y los otros derechos reales se emplea una expresión análoga, “(…) y *poner la vista de todos el estado de las fortunas que consisten en posesiones territoriales*”; y en el párrafo XXI se lee “*Como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública (…)*”. Como se estudiará a propósito de la historia de los artículos, el desarrollo extensivo de la publicidad como principio sobre el que se asienta el sistema registral aparece en el *Proyecto de Código Civil Español*, de Florencio García Goyena, y que la Comisión Revisora tuvo a la vista para la redacción de los artículos pertinentes.

“Para instaurar cualquier acción posesoria es preciso haber poseído tranquilamente y sin interrupción un año completo (...) Debe probarse la posesión por echos de señor o dueño, como construcción de edificios, cerramientos, etc., ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión; *pero 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 se admite prueba en contrario*” (en el texto aparece una concordancia entre los artículos 724, 728 y 924).³⁷

Las limitaciones para adquirir la posesión sobre inmuebles inscritos se muestran claramente, además, respecto de la usucapión. Cuando el título está registrado, Fabres lo considera un impedimento total para que opere la prescripción extraordinaria. Ello explica por qué, cuando se refiere ya en concreto al artículo 2510, estima innecesario comentarlo en extenso, y sencillamente se remite a la idea de que no tiene aplicación contra título inscrito. Esta postura es reforzada en las *Notas* que se encuentran al final de la obra, y en las que se observan apreciaciones particulares acerca de algunos de los artículos que estudiamos. Así, sobre el Registro del Conservador y la inscripción de los derechos reales dice que:

“[Nota 41.^a páj. 84] (...) Los títulos antiguos o anteriores a la época en que principió a obligar el Código, esto es el 1.º de enero de 1857, no están obligados a la inscripción; *pero no gozan de todos los derechos que el Código asigna a los poseedores inscritos: y así, por ejemplo, se pierde dicha posesión por la ocupación violenta o clandestina, lo que no sucede cuando el título es inscrito* (arts. 728, 729, 730)”.

De gran interés para nosotros resulta la ‘Nota 43’, sobre los propósitos perseguidos por el legislador al regular la tradición de los derechos reales sobre inmuebles (destacados nuestros en cursivas):

[“Nota 43.^a páj. 87] La ley ha querido dar a la *tradición ficta* de la inscripción en el Registro del Conservador, *no solo mas privilegios y ventajas que a la entrega u ocupación material, sino que*

³⁷ Ibid., pp. 87 y 107.

*la ha dotado de tan fuertes garantías que la hacen indestructible. Así, en primer lugar, la posesión inscrita no termina jamás sino por la cancelación de la inscripción o por otra nueva, debiendo hacerse en la forma legal: en segundo lugar, y como consecuencia de la anterior, no se da prescripción ni aun la extraordinaria, contra título inscrito, sin la cancelación o nueva inscripción; en otros términos, solo se da prescripción contra derechos reales no inscritos. Con bastante claridad establece el Código esta teoría en sus artículos 724, 728, 730, 924 y 2505; y en verdad que ha sido lógico al revestir la propiedad inscrita de tan fuertes garantías, desde que ha sido su objeto (sin duda de alta utilidad pública) ha sido la publicidad de la propiedad y de sus gravámenes; y si en algún caso pudiese flaquear la inscripción es bien claro el perjuicio que ello se seguiría por el peligro que se engañase al público, y que quedasen burladas las miras del legislador”.*³⁸

En la segunda edición de 1893, no encontramos para nuestro tema diferencias sustanciales en comparación a la de 1863. Hay, sin embargo, una ampliación de la ‘Nota 58’, que trata sobre el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, destinada para la explicación a los alumnos.³⁹ Observemos que explica en detalle

³⁸ Ibid., p. 306. Fabres sugiere con estas palabras que el temor de los poseedores que no tienen sus títulos inscritos (y que han comenzado a poseer antes de la entrada en vigencia del Código) a verse despojados es al mismo tiempo un estímulo para que procedan a inscribir. Esta noción, de que el legislador no ha querido utilizar medios coercitivos o directos para forzar el funcionamiento del sistema registral, la veremos repetida en muchas de las memorias de prueba publicadas con posterioridad.

³⁹ FABRES, José Clemente, *Instituciones de derecho civil chileno* (2ª ed.), “Notas”, p. 352. La explicación está precedida de una breve introducción histórica: “La institución del Registro del Conservador tiene su origen en la legislación española; nuestro Código civil no ha hecho más que darle mayor desarrollo y perfeccionarla, agregándole dos caracteres nuevos y de la más alta importancia. *Esta institución es la novedad más grande y trascendental que nuestro Código civil ha introducido a la legislación española y romana, cuyas raíces profundas ha conservado con religioso y discreto respeto.* Los títulos 15 y 16 del libro 10 de la Nov. Rec. que reglamentan la imposición de censos e hipotecas, establecieron un Registro público para anotar las hipotecas, los censos, vínculos y otros derechos, con el propósito de dar publicidad a los gravámenes de la propiedad raíz. Se dictan en ellos reglas de mucha precisión que llevaron a la institución a un perfeccionamiento digno de todo encomio. No nos detendremos en su análisis porque nuestro Registro del Conservador lo ha tomado en sus fundamentos y en sus detalles (...)”

En todo caso, los modelos históricos que han servido de precedente no carecen de críticas: “Con el sistema del derecho español y del romano se carecía de estas ventajas [se refiere a las que otorga realizar la tradición de los inmuebles mediante la inscripción del título en un registro público], pues con frecuencia había el peligro de la incertidumbre del hecho y de la fecha de entrega. En ambas legislaciones se admitía la tradición ficta o simbólica, como puede verse en las leyes 47, tít. 28 y 6ª, 7ª, y 8ª, tít. 30, Part. 3ª; y la misma entrega material no siempre se podía comprobar satisfactoriamente”. La cita en p. 356.

los propósitos perseguidos por el legislador con la implementación del Registro, y que señala que son tres: i) establecer una forma especial de tradición para la transferencia del dominio y de los derechos reales constituidos sobre inmuebles; ii) dar publicidad a la propiedad raíz y a sus gravámenes; y iii) regularizar y fortificar la posesión. El último es el que le interesa especialmente, y basándose en este se permite formular una crítica a la situación de su época:

“En esta materia ha hecho el Código Civil muy notable innovación y una mejora de las más alta importancia. Ha simplificado la nomenclatura y las varias clases de posesión, guardando severa lógica, y fortificándola de tal manera, *que hasta ahora se resisten algunos de nuestros tribunales á darle todo el ensanche y todas las consecuencias rigurosas y legítimas que fluyen del mandato del legislador (...)*”.⁴⁰

Naturalmente, nos interesa saber sobre cuáles puntos existía esta reticencia jurisprudencial. Fabres reduce a tres las principales controversias que se suscitaban acerca de la posesión inscrita en la época de la segunda edición de sus *Instituciones*. Eran las siguientes: i) respecto del artículo 924 (que en definitiva es una regla probatoria); su tenor literal, cuando se le concuerda con lo dispuesto en los artículos 728 y 730 inc. 2º, llevan a concluir que el poseedor inscrito no necesita entablar una acción para recuperar la posesión, pues si no media otra inscripción o una cancelación de la que esté vigente, técnicamente nunca la pierde; ii) en relación a este punto, el poseedor inscrito no pierde, en consecuencia, sus acciones posesorias por prescripción; y iii) el dominio del poseedor inscrito no se pierde por la prescripción, ni siquiera por la extraordinaria.⁴¹

⁴⁰ Ibid., “Notas”, p. 357.

⁴¹ Ibid., “Notas”, pp. 357-358. Hay que aclarar que Fabres no nos entrega mayores detalles sobre quienes sustentaban estas doctrinas, ni tampoco nos ofrece cuál de ellas predominaba en las aulas o en los tribunales. Al menos en el punto iii), es claro que él se decide terminantemente a favor del artículo 2505 por sobre el 2510. Me parece, en cualquier caso, que no debemos dudar de que sus expresiones reflejaran el verdadero estado de la cuestión hacia el año 1900, aunque fuera en los términos más bien generales en los que se expresó. Para una formulación en el ámbito forense de la teoría de la posesión inscrita del mismo autor, resulta de mucho interés su

La teoría presentada por Fabres, fundamentada en los artículos 686, 724, 728, 730, 924 y 2505, fue ampliamente aceptada por los autores posteriores. Así, MIGUEL ELIZALDE (1830-1889), en sus *Concordancias de los artículos del código civil chileno entre sí con los artículos del código francés* pretende reforzar la base normativa que hemos consignado apelando al prestigio del *Code*. El artículo 686 es concordado con el 724, mientras que el 728 alude al 924 y al 2505.⁴² El artículo 2510, por su parte, tiene relación con los artículos 714 y 716.⁴³

Alegato pronunciado en el juicio seguido por la Compañía María con don Jorge B. Chace, ante la Ittma, Corte de Apelaciones de Iquique, especialmente las páginas 234-243. El jurista representaba a la compañía minera “María” en un juicio que, en el parecer del tribunal de primera instancia, versaba sobre una acción reivindicatoria. Fabres plantea, enumerando los requisitos para entablar dicha acción, que la sentencia descansa sobre un error fundamental, pues el demandante Juan E. Mackenna nunca había perdido la posesión de la mina, pues estaba inscrita en el Registro desde 1884, y como no constaba que se hubiera cancelado la inscripción, la acción no podía ser la reivindicatoria sino que la de deslindes. Para ilustrar el punto, Fabres se refiere a los artículos 149 y 150 del Código de Minería de 1874, y 81 y 82 del Código de 1888. Además, se explaya con amplitud acerca de los artículos 724, 728 y 730 del Código Civil, dándole carácter de “concluyente” al último. Considérense también las palabras de Fabres en la p. 9 del mismo alegato: “Ni el dominio, ni ninguna clase de posesión pueden rivalizar ni compararse á la posesión inscrita. *Ella es sin duda una ficción; pero, es una ficción que supera á toda realidad.* Por esta razón el Código obliga á todo dueño y poseedor á la inscripción en el Conservador, so pena de no gozar de sus ventajas”. FABRES, José Clemente, “Alegato pronunciado en el juicio seguido por la Compañía María con don Jorge B. Chace, ante la Ittma. Corte de Apelaciones de Iquique”, en: *Obras completas*, t. VI.

⁴² ELIZALDE, Miguel, *Concordancias de los artículos del código civil chileno entre sí con los artículos del código francés*, pp. 166 y 174-175. Sin embargo, el 730 no tiene una concordancia con algún otro de los artículos que conforman la teoría; Elizalde se remite al artículo 1815 y al 2230 del *Code*: “On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s’il n’est prouvé qu’on a commencé à posséder pour un autre” [“Siempre se presume poseer para sí mismo, y como propietario, si no se prueba que comenzó a poseer por otro”]. El artículo 925 tampoco tiene una concordancia.

⁴³ *Ibid.*, p. 580. En las *Notas* de esta obra (específicamente en la p. 18), Elizalde reproduce las que aparecen en el *Proyecto de 1853*, en donde Bello dedica una explicación a dos artículos que a nosotros nos interesan particularmente. Sobre el artículo 686 dice: “Este medio ha parecido mui preferible al de la l. 1, C. de Donat, i l. 8, t. 30, p. 3.^o –Se supone que habrá en cada departamento un registro de esta especie, que puede agregarse al de hipotecas especiales. Por lo pronto puede hacerse anejo al cargo de Anotador de hipotecas el de Conservador de los bienes raíces. Una lei especial dictaría las formalidades i requisitos de este nuevo registro. Se ha querido preparar por este medio una institucion que se halla establecida hoi dia con los mejores efectos en varios Estados europeos”.

Le sigue a Fabres y a sus *Instituciones*, JACINTO CHACÓN (1820-1898)⁴⁴, quien publicó entre 1868 y 1882 los tres volúmenes de su *Exposición razonada y estudio comparativo del código civil chileno*. Los volúmenes segundo y tercero se refieren al Libro II del Código, y por tanto a ellos debemos remitirnos para observar la opinión que a este autor le merecía la tradición del dominio sobre inmuebles y la posesión de los mismos por medio de la inscripción del título (en esta edición no se encuentra tratada la prescripción adquisitiva en detalle).⁴⁵

Basándose en el *Mensaje* del Código, Chacón reconoce los que según él “son los dos grandes resortes de nuestro Código para dar seguridad en los pactos relativos a la propiedad raíz i obtener la movilidad de esta propiedad”: la obligación de inscribir (que él llama ‘jeneralidad’) y la publicidad, es decir, “la facultad concedida a todo el mundo de examinar los Registros”.⁴⁶ La gran innovación introducida por Bello en este ámbito fue el de transformar el registro hipotecario del derecho castellano en un registro general de propiedad raíz, lo que a juicio de Chacón se evidencia al considerar los títulos que, según los artículos 31 y 32 del Reglamento del Conservador, deben necesariamente inscribirse; a mayor abundamiento, cree que refuerza esta idea el hecho de que el artículo 696 del Código tiene el carácter tanto de un estímulo como de una sanción.⁴⁷ No vemos la formulación de una ‘teoría’ de la posesión inscrita en Chacón, así como tampoco una concordancia entre los artículos que la conforman, pero no cabe duda de que le asigna un rol preponderante, a juzgar

⁴⁴ Estudió en el Instituto Nacional y continuó en Leyes, titulándose de abogado en 1841. Colaborador en el periódico *Seminario de Santiago*, fundado por José Victorino Lastarria (1844) y en *El Crepúsculo*, de Francisco Bilbao. Profesor de varias asignaturas en el Instituto Nacional. Redactor de *El Mercurio* de Valparaíso. Creó el Liceo de Valparaíso. En 1880, publicó *Exposición Razonada del Código Civil y Estudios Comparativos del Mismo*. Diputado suplente por Santiago (1885-1888).

⁴⁵ Esta obra tuvo una tercera edición en 1890.

⁴⁶ CHACÓN, Jacinto, *Exposición razonada y estudio comparativo del código civil chileno*, vol. II., p. 170. Como puede verse, Chacón reproduce y amplía la idea de Fabres sobre la publicidad como fundamento del sistema registral.

⁴⁷ *Ibid.* vol. II, p. 171.

por el número de párrafos que le dedica a la forma y lugares en que debe hacerse la inscripción.⁴⁸

Sobre la posesión en sí, destinó varias páginas a tratar cuestiones acerca de su esencia y naturaleza, abarcando el tratamiento que se le debe dar al usufructuario, al usuario y al habitador (ejemplos típicos de meros tenedores); a las distinciones entre posesión civil y natural, y entre posesión regular e irregular. No le cabe ninguna duda de que la posesión es esencialmente un hecho, al margen de cualquier consideración legal sobre la inscripción de un título. Sin embargo, no es un hecho cualquiera, pues se trata específicamente del hecho presumido de propiedad del poseedor.⁴⁹ Abundan las referencias que justifican lo que él llama “la relación fundamental entre posesión y prescripción”, y a propósito de la cual aborda el artículo 2510. La manera correcta de entender la aplicación de dicho artículo requiere determinar previamente el carácter con que se adquiere la posesión en su origen. Es decir, si se comienza poseyendo a nombre propio o a nombre ajeno. En caso de duda, se presume que poseemos por nosotros mismos y a título de propietario, principio que está consagrado en el inciso 2° del artículo 700 del Código. Se presume, además, que la causa o título por el que se continúa poseyendo es el mismo que dio origen a la posesión (art. 719 inc. 3°) Esto en atención a que el requisito esencial para prescribir no es la posesión pura y simple, sino que la continuidad de esta. En cualquier caso, y

⁴⁸ Ibid. vol. II, pp. 203-204. Aunque sí aparecen en las notas los artículos 724, 728 y 730 a propósito de la pérdida de la posesión sobre los inmuebles.

⁴⁹ Ibid., vol. II, pp. 179-180. En razón de ello es que sostiene que la prescripción no es un efecto de la posesión, sino que “el requisito esencial de la prescripción es el título, esto es, la calidad de dueño presumido en el poseedor. La posesión en la prescripción no es sino un hecho indicador de la propiedad, hecho que el tiempo consagra, consagrando con él la presunción del dominio que ese hecho indica”. En apoyo de esta teoría cita las opiniones de ‘Huberus’ [*Sobre los Institutos de Justiniano*, de Interdictis, páj. 449] y de Troplong [*Praescrip.*, tomo 1.º, núm. 237, P. 357]. ‘Huberus’ no es otro que ULRICH HUBER (1636-1694), profesor de la Universidad de Franeker, disuelta por Napoleón en 1811. Su obra más conocida es *De jure civitatis libri tres*, publicada en 1672, con ediciones en 1708 y 1752.

quizás por este motivo, Chacón muestra recelo en admitir la continuidad de la posesión para quienes no media entre sí la sucesión hereditaria, pues

“no podría fácilmente comprenderse que posesiones diferentes de sucesores particulares, como vendedores i compradores, de los cuales los últimos no representan a los primeros ni les suceden en sus obligaciones, *pudiesen constituir una posesion única i tuviesen tal eficacia que ellas bastasen para afirmar i bonificar, en la persona, del actual poseedor, un derecho de propiedad vicioso e incierto*”.⁵⁰

Por su parte, ROBUSTIANO VERA (1844-1916) en su *Código civil de la república de Chile, comentado i explicado* nos presenta en extenso los antecedentes históricos que deben ser tomados en cuenta para entender el porqué de la fascinación que el sistema posesorio registral ejerció sobre este autor y sus contemporáneos. De sus antecesores en el comentario del Código tomó la idea de que la teoría de la posesión inscrita tiene esa denominación por motivos de comodidad pedagógica, pues en realidad se corresponde con un sistema deliberadamente implementado por el legislador para la consecución de objetivos del más alto interés público y social; sin embargo, los artículos que la conforman deben ser concordados, pues se encuentran disgregados en distintos títulos del

⁵⁰ Ibid., vol. II, p. 193-195. Chacón no llega al extremo de desconocer la función que cumple el artículo 2510. Sobre el artículo 716, señala que “(...) Esto importa declarar que la mera tenencia no tiene calidad para prescribir; salvo el caso de la prescripción treintenala o extraordinaria que se funda en un principio de orden público (...)”. Por tanto, no niega que el que detenta con título de mera tenencia pueda llegar a adquirir el dominio por la prescripción (siempre que se trate de un inmueble no inscrito).

Este comentarista es uno de los pocos que no realiza una armonización entre el artículo 716 y el 2510, como lo harán después la mayoría de los autores. Esta armonización, como se podrá apreciar en los trabajos de los memoristas posteriores a su tiempo, consistía en reconocer que los términos utilizados por el legislador en el 2510 erran erróneos, pues en verdad debió decir que se podrá prescribir incluso con posesión irregular, en vez de decir que se podrá prescribir incluso con título de mera tenencia. Seguramente, Chacón se basó en la remisión expresa que el primero de los artículos mencionados hace al segundo, y considerando además la importancia que le asigna a la posesión continuada, no tenía sentido para él abundar sobre el carácter irregular que tiene la posesión en la prescripción extraordinaria, que de todas maneras presupone de por sí continuidad por treinta años.

libro segundo del mencionado cuerpo legal (y coronada con el artículo 2505, ubicado en el título *De la prescripción* en el libro cuarto).

El artículo 686 es comentado en los siguientes términos:

“El Conservador de Bienes Raíces responde a la necesidad que existía de que fuera conocida la constitución i transferencia de la propiedad, las hipotecas i prohibiciones que pesaban sobre ella i las limitaciones que se ha hecho de su dominio al propietario i demas derechos reales constituidos en cada predio”.⁵¹

Por otra parte, los artículos 724, 728 y 729 refuerzan la idea de que la creación del Conservador de Bienes Raíces, junto con ofrecer grandes ventajas para quienes han inscrito (o se aprestan a inscribir) sus títulos, entraña al mismo tiempo graves riesgos para quienes no lo hagan:

“¿Cómo se pierde la posesion de los bienes inmuebles? Ya hemos dicho, al tratar el art. 686, que la posesion de los inmuebles i derechos reales, se adquiere la tradicion de ellos por la inscripcion u anotacion del título en el Rejistro del Conservador de Bienes Raíces (...) La falta de inscripcion trae la pérdida de la posesion del dueño, *si el inmueble pasa a otro poder por cualquier causa*”.⁵²

⁵¹ VERA, Robustiano, *Código civil civil de la república de Chile, comentado i explicado*, v. III, p. 114. Hay una referencia a Jacinto Chacón y a su idea de la genealogía de los inmuebles. Vera se remite brevemente a los precedentes históricos en los siguientes términos: “Por Derecho Romano i legislación de las Partidas, bastaba la tradición real o simbólica para la transferencia de los inmuebles i demas derechos reales constituidos en ellos. La institucion del Rejistro Conservador es de creación moderna en Europa i en América i la base de esta creación se debe al derecho aleman i al francés. En España se denomina *Rejistro de propiedades* i tiene por objeto la inscripcion o anotacion de los actos i contratos relativos al dominio i demas derechos reales sobre bienes inmuebles. Hai una lei especial que se denomina *Hipotecaria* que rije esta materia”.

⁵² Ibid., v. III, pp. 151, 154 y 155; 423. Vera concuerda el artículo 686 de la siguiente manera: “4-588-670-679-697-734-726 a 729 – inc. 2.º del 735 – 767 – 924 – 1400 – 1443, inciso 3.º del 1711 – 1893 – 2410 – 2505”, mientras que el 724 como sigue: “686-729-924-928-2505-2510”. El 716 solamente está concordado con el número 3.º del 2510, y el 925, lo mismo que en la obra de Elizalde, no tiene concordancia alguna. Sobre el artículo 729 señala especialmente: “El que no ha inscrito su título (...) se espone a que otra persona que se pretenda dueño del mismo inmueble se apodere de él violenta o clandestinamente i en tal caso pierde la posesion que tenia ántes. *La lei ha establecido esta pena al negligente en inscribir su título*: al que lo ha hecho le considera dueño i presta su apoyo eficaz contra todo acto que le turbe en su posesion”.

Los artículos 924 y 925 requieren de una explicación más extensa. Vera les reconoce sin más un carácter probatorio, especialmente destinado a la prueba de la posesión; aclara que

“(…) Lo que se debe probar son los hechos que justifiquen la posesión en que se ha estado para que ella se restituya i no los hechos de dominio, porque el objeto de la acción es posesorio i la prueba que se rinda ha de llenar esta exigencia de la ley. Si se presentan documentos ha de ser para que prueben en el acto la posesión i secundariamente el dominio”.

Señala además que

“(…) Probada la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, se prueba la posesión i transcurrido un año de inscrita, la posesión se hace inexpugnable, porque de derecho prueba la posesión. La posesión del suelo se debe probar por hechos positivos (...) esto quiere decir que el título inscrito no excusa ni impide rendir prueba de los actos positivos de dominio, por cuanto ya no se trata de discutir la posesión de un derecho real sino del suelo (...) La posesión precaria es mera tenencia, pero puede en algunos casos tornarse en posesión útil para prescribir la posesión i la propiedad”.⁵³

Para dar razón de esta última afirmación, que en definitiva se refiere a la prescripción extraordinaria, se debe primero examinar los artículos 714 y 716. Vera afirma que la mera tenencia solamente sirve para los casos de dicha prescripción, pues la ley presume que se posee siempre con una causa inicial que no muta por el solo transcurso del tiempo ni por la voluntad unilateral del

⁵³ Ibid. (V. III., pp. 386-387). No resulta claro lo que Vera quiso decir en este punto. Aunque no lo admita de manera expresa, esto se debe a que la clara distinción entre dominio y posesión, que la letra de la ley y la doctrina admiten sin más, se vuelve mucho más tenue tratándose de inmuebles en el sistema registral. Los autores no podían desconocer que las definiciones de los artículos 582 y 700 separan al dominio y a la posesión en planos distintos, el jurídico y el fáctico, por lo que si no hubieran mediado la autoridad de Bello y sus palabras en el *Mensaje* (“...inscripción, posesión y propiedad serán términos idénticos...”) difícilmente se podría concluir, como lo hace Vera, que el artículo 924 y el 925 reciben una aplicación simultánea, cuando todos los antecedentes por él presentados lo deberían llevar a admitir el relevo de la carga de la prueba para quien sea el poseedor inscrito.

tenedor; la presunción, entonces, debe ser impugnada “(...) *por actos exteriores que priven al poseedor de la disposicion de la cosa (...)*” (v. III, pp. 141-142) El art. 716 reafirma esta idea:

“La mera tenencia, que como se sabe, es la que se ejerce sobre una cosa en lugar o a nombre del dueño, no goza del privilegio de ser bastante para prescribir ordinariamente, *pero sirve para la prescripcion extraordinaria, la cual es de orden público*. La mera tenencia no puede por regla general variarse en posesion sino en el caso de alegarse prescripcion extraordinaria i se llenen las exigencias del art. 2510 (...)”.⁵⁴

La prescripción adquisitiva extraordinaria, por los requisitos que deben cumplirse para que pueda operar, está revestida de una protección especial:

“(...) el que ha poseido durante treinta años sin interrupcion alguna, *no puede oponérsele ni la falta ni la nulidad del título ni la mala fé en la posesion*. De lo que resulta que el que tiene el número de años que dejamos indicados, una posesion pacífica, pública i continúa i la conserva solo en su interés propio, no tiene ya cosa alguna que probar para usar del beneficio de la prescripcion. No puede temer las escepciones que se alegasen contra los vicios de sus títulos, con escepcion del vicio de precario. Solo debemos advertir que la posesion violenta no aprovecha sino despues de purgado el vicio, la clandestina desde que se hace pública i la precaria mientras no se cree un nuevo título de adquisicion”.⁵⁵

⁵⁴ Ibid., v. III, pp. 141-144.

⁵⁵ Ibid., v. VII, pp. 156-157. Esta parte está acompañada de una extensa descripción del derecho comparado en esta materia, que sin duda ha basado en el *Proyecto de Código Civil Español*, de García Goyena, a juzgar por las numerosas referencias al derecho foral: “El artículo 2262 del Código francés, dice que todas las acciones lo mismo reales que personales, se prescriben por treinta años, sin que esté obligado el que alega esta prescripcion a hacer referencia a un título ni pueda oponérsele la escepcion que se deduce de la mala fé. Igual cosa establece el art. 2135 del Código italiano, 2004 del holandés, 1666 del de Vaud, 3465 del de Luisiana, 2285 del de Bolivia, 1963 del español i 4018 del argentino. Esta doctrina viene de la lei 3.^a, tít. 39, lib. 7.^o del Código romano. La lei 63 de Toro establecía que la accion personal se prescribia en 20 años. La accion real hipotecaria i las mistas en 30 años; i por fin la ejecutiva que procedia de accion personal en diez años. La lei 3.^a, tít. 2.^o, lib. 10 del Fuero Juzgo, admitia tambien la prescripcion de treinta años. Los Fueros de Aragon aceptan tambien la prescripcion de treinta años i no exijan título ni buena fé, bastando solo la tenencia de la cosa en poder del que alegaba la prescripcion. Solo los fueros de Navarra exijan cuarenta años para prescribir sin título ni buena fé, pero habia de haber tenencia continuada. Las leyes 7.^a, 21 i 26, tít. 29 de la Part. 3.^a aceptaban todas estas prescripciones, tal como se contenia en la Novela 119, capítulo 7.^o del Derecho romano. La lei 21

Es claro que su idea sobre la prescripción treintenaria proviene directamente de las Siete Partidas, y por ello es que se refiere a ciertos requisitos del 2510 que este artículo no contempla. La razón de ello estriba, seguramente, en que Vera no cree que el artículo 2510 sea una excepción al artículo 716, ya que la remisión del segundo al primero es explícita. Por ello, no hay duda alguna: el mero tenedor puede prescribir. Cuando dice que el único vicio que no se purga por ese prolongado lapso de tiempo es el de precario está reafirmando que la regla del 2510 no es especial, pero tampoco abusiva. No puede menos que llamar la atención, sin embargo, el contraste entre lo erudito y extenso de la exposición de Vera con lo terminante y conclusivo de sus palabras:

*“Entretanto, nuestro Código al aceptar la prescripción extraordinaria de treinta años, la hizo extensiva a toda clase de bienes i derechos comerciales en bien del progreso i para consolidar el dominio, puesto que quien abandona un derecho por tan largo espacio de tiempo, es porque de hecho lo renuncia”.*⁵⁶

CARLOS AGUIRRE VARGAS (1852-1886), quien llegó a ser profesor extraordinario en 1885 en la Universidad de Chile, dejó algunos escritos críticos sobre distintas materias tratadas en el Código Civil, compilados póstumamente bajo el título *Obras jurídicas*, que vio la luz en Santiago en 1891. A partir de este texto, sabemos que en 1885 redactó un trabajo que permaneció inédito, *Prescripción adquisitiva del dominio*. Resulta de indudable interés para nosotros, pues la

añadía: *maguer la cosa sea jurada o forçada*, lo que quiere decir que hasta lo hurtado o robado se prescribía en treinta años. Troplong hablando de la prescripción trentenaria decía que nada se podía escapar a su imperio: ella excluye todo favor i todo privilegio i se extiende sobre todos los derechos. Zacariae agrega: al que ha poseído durante treinta años sin interrupción alguna no puede oponérsele ni la falta ni la nulidad del título ni la mala fé de la posesión. Solo se rechaza la posesión violenta i clandestina. Clandestino, según Escriche, es lo que se hace o se tiene en secreto, con dolo o fraude. Tenencia es la ocupación i posesión actual o corporal de alguna cosa”.

⁵⁶ Ibid., v. VII, p. 158.

exposición versa especialmente sobre la posesión de inmuebles y la posibilidad de adquirirlos por prescripción.⁵⁷

Aguirre Vargas se ocupa de la posesión de inmuebles y de la prescripción de estos a partir del artículo que enlaza ambas instituciones, el 2505. A partir del tenor literal de dicho artículo, plantea la siguiente pregunta: “En caso de imprescriptibilidad ¿debemos referirlo á defecto de cualidad en la cosa, ó *falta de posesión en el que intentara prescribir un bien raíz contra título inscrito?*”. Como puede verse, se trata en el fondo de una pregunta sobre los requisitos de la prescripción, aunque agrega una cuestión problemática que nuestro autor trata de resolver: la posesión sobre inmuebles mediando un título inscrito, ¿es verdadera posesión?⁵⁸ La respuesta requiere admitir que, en el sistema ideado por el legislador, dominio e inscripción son lo mismo, y por extensión, también lo son dominio y posesión:

“El dominio y la inscripción se confunden cuando aquel recae sobre inmuebles, ó *más propiamente, no hay dominio en este caso sin inscripción, sin título inscrito*. Examinemos si puede haber posesión, ya que la posesión aunque antecedente y hecho que hace presumir el dominio, es diversa del dominio mismo. [Si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, dice el art. 724, *nadie podrá adquirir la posesión de*

⁵⁷ Prescindiremos acá de la exposición sobre el desarrollo histórico de la prescripción adquisitiva y de sus requisitos, con la que Aguirre Vargas comienza su trabajo, y que secunda con los conceptos fundamentales sobre la posesión (naturaleza jurídica e identificación de sus elementos a partir de la definición del art. 700). AGUIRRE VARGAS, Carlos, *Obras jurídicas*, pp. 395-419. Trucco lo cita en su publicación de 1910.

⁵⁸ Ibid, pp. 419-420. La pregunta está planteada reconociendo al mismo tiempo el carácter foráneo del sistema registral: “Tal es la primera pregunta que se ocurre al encontrarse en el Código Chileno con una innovación que no tiene precedentes en la Legislación Española que nos regía, y que no se encuentra tampoco á lo menos en la misma forma, en el Código Francés, ni en la mayor parte de los Códigos que han servido de modelo para la redacción del nuestro”. El principio rector del sistema es la inscripción y el objetivo final es la publicidad: “El Código ha querido que la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúe por la inscripción del título en el Registro del Conservador (...) (art. 686). Ha querido igualmente que el heredero inscriba su derecho de herencia; porque, aunque la posesión legal se le confiere por el ministerio de la ley en el momento de deferirse la herencia, esta posesión legal no habilita al heredero para disponer de un inmueble, mientras no preceda la posesión efectiva (art. 688)”.

ella sino por este medio]. Tenemos, pues, que tampoco hay posesión sin inscripción, tratándose de cosas inmuebles. *Inscripción, posesión y propiedad se confunden: sin la primera no puede existir la segunda, ni la tercera*. La contestación á la pregunta que formulábamos á propósito del art. 2505 la da el art. 724”.

Las preguntas planteadas por este autor reciben a lo largo de su trabajo un desarrollo prolijo, por el que intenta demostrar que es posible una posesión ficticia sobre los inmuebles inscritos y al mismo tiempo afirmar que la inscripción no niega la posesión sobre aquellos que no lo están. En otras palabras: si el inmueble se encuentra inscrito no hay manera de que quien no es dueño pueda poseerlo, y por tanto prescribirlo, pero aunque Aguirre Vargas considera zanjada la cuestión a favor de la inscripción, no pudo menos que plantearse la siguiente hipótesis:

“Pero ¿y si no hay título inscrito? ¿Y si, siendo la cosa inmueble, nunca ha sido registrada la propiedad? ¿Y si en este supuesto, alguien ha estado en condiciones de prescribirla, y ha perdido la posesión, y un tercero viene á inscribir título?”.⁵⁹

En primer lugar, nuestro autor establece que los dos artículos rectores de la teoría son el 724 y el 2505,⁶⁰ y es a partir de ellos que interpreta los restantes.

⁵⁹ Ibid., p. 421.

⁶⁰ Ibid., pp. 422-423. Para dar razón de esta preferencia, plantea el siguiente caso: “En efecto, siendo la cosa de aquellas cuya tradición deba efectuarse por inscripción en el Registro del Conservador, la ley no admite que nadie pueda obtener la posesión por un medio distinto. Y como para prescribir, sea por la prescripción ordinaria, sea para la extraordinaria, se necesita siempre posesión; resulta que el tenedor de la cosa, (que se supone enajenada y adquirida, bajo el imperio del Código), no está en condiciones de prescribirla nunca (...) Y esta consecuencia puede llevarse más lejos todavía. El dueño de un inmueble no inscrito lo enajena. El comprador no hace inscribir su título. Transcurren diez ó más años y el primitivo dueño vende la misma propiedad á un tercero, quien hace inscribir su título. ¿Podrá el primer comprador armado de su justo título de compra venta, de buena fe y de la tenencia material de la cosa por diez años ó más oponer la prescripción, ya que no el dominio, contra el segundo comprador, que deriva su título de la mala fe del vendedor primitivo, pero que ha hecho inscribir el contrato que le favorece? En este conflicto de dos títulos, uno expedido con anterioridad á otro, de dos tenencias de la cosa, una material y otra ficticia ¿de parte de quién estará el mejor derecho?” Se sigue que la solución no puede ser otra que privilegiar al poseedor inscrito por sobre el poseedor material, según la interpretación armonizada entre los artículos 724 y 2505.

Así, vemos tratado además el artículo 728, que viene en robustecer la eficacia de la inscripción, y los artículos 729 y 730, que concilia con el 724.⁶¹ Esta concordancia le permite reflexionar sobre el sistema posesorio por inscripción:

“Al revés de lo que sucede por regla general cuando se reemplaza el orden establecido por otro orden de ideas, y sobre todo, *cuando en lugar de un sistema natural se crea un sistema ficticio* (destacado nuestro), dicen los partidarios de la doctrina legal que exponemos, la ley ha sido consecuente consigo misma al implantar con todos sus efectos el régimen de inscripción (...) En más claros términos, el Legislador ha hecho de la inscripción, de la publicidad en el Registro el signo del dominio y de la posesión, aunque al estar inscrito un inmueble no signifique por sí solo ni el dominio ni la posesión (...) *Pero el que no tiene en su poder una cosa mueble, y el que no tiene inscrito el título de un inmueble, no llegarán jamás á prescribir la especie, aunque transcurran años y años, porque les falta á ambos la posesión, y sin posesión no tiene cabida ni la prescripción ordinaria ni la extraordinaria.* El corpus es la tenencia material de la cosa respecto de los bienes muebles, y la tenencia legal mediante la inscripción respecto de los inmuebles”.⁶²

⁶¹ Ibid., pp. 423-425. “La idea de que la posesión sólo se adquiere por la inscripción la vemos ya en tres artículos del Código (...) Es una idea persistente, que el Legislador no se ha contentado con expresar una vez, porque sabe que va á innovar todo un orden jurídico, introduciendo reformas cuyo alcance es difícil comprender”. Del artículo 729 Aguirre Vargas extrae dos conclusiones: i) que puede haber una efectiva posesión sobre un inmueble no inscrito; y ii) que dicha posesión se pierde cuando alguien, pretendiéndose dueño del inmueble, se apodera violenta o clandestinamente de éste. Para nuestro autor, cuando los artículos 724, 729 y 730 son interpretados conjuntamente adquieren el carácter de una sanción: “El Código habla de los inmuebles cuyo título no está inscrito, *refiriéndose únicamente á aquellos cuyo título de dominio es anterior á la vigencia del mismo Código* (destacado es nuestro). La falta de inscripción no hace perder ni el dominio ni la posesión adquiridos ya; pero el Legislador quiere castigar con una sanción eficaz, con una pena dura al poseedor que no inscribe su título: con la pérdida de su posesión”.

⁶² Ibid., pp. 425-426. Parece que otra de las discusiones que se daban en la época de Aguirre Vargas sobre la exacta naturaleza de la posesión de inmueble no inscritos era la posibilidad de subsanar este defecto mediante la agregación de la posesión del antecesor, para que de dicha manera el ocupante del inmueble no inscrito gozara de la misma protección del que sí inscribió su título. Como puede suponerse, se niega rotundamente a dicha posibilidad, utilizando para ello lo dispuesto en los artículos 717 y 2500 del Código. Queda de manifiesto que Aguirre Vargas al señalar que “(...) *aunque al estar inscrito un inmueble no signifique por sí solo ni el dominio ni la posesión* (...)” no quiere llevar al extremo su conclusión al punto de negar que la inscripción tiene la virtud de ser por sí sola una genuina posesión: “Valiéndonos de una fórmula matemática, diríamos, conforme á esta doctrina, que la inscripción es á los inmuebles, lo que la tenencia á los muebles. La tenencia de un bien mueble habilita, en efecto, al tenedor para prescribirlo, con tal que se agregue el *animus sibi habendi*, ó ánimo de señor; porque *en fait de meubles*, como dicen los jurisconsultos franceses, *possession vaut titre*, tratándose de muebles la posesión hace las

De esta reflexión los siguientes puntos merecen destacarse: i) Aguirre Vargas llama 'doctrina legal' a la que Fabres denomina 'teoría de la posesión inscrita'; ii) contrapone explícitamente el sistema 'natural' con el nuevo sistema 'ficticio'; y iii) resulta también de interés que declare que existen argumentos para desafiar al segundo:

"Contra la doctrina legal anteriormente desarrollada, de que la inscripción en los inmuebles equivale á la tenencia en los muebles, militan, sin embargo, razones harto poderosas deducidas ya del espíritu de la ley, ya de la inteligencia que le ha dado el Legislador, ya del contexto de varias de sus disposiciones".

A juzgar por sus expresiones, no parece que Aguirre Vargas admita plenamente la existencia, hacia 1885, de una postura doctrinaria o jurisprudencial contraria a la teoría de la posesión inscrita, pero se reconoce el esfuerzo intelectual de plantear objeciones al sistema, siquiera en forma hipotética. El principal argumento en contra es que los propósitos perseguidos por la implementación del nuevo régimen se ven frustrados en la práctica, pues no existe ningún medio que obligue a inscribir: si el legislador buscaba que dominio, inscripción y posesión sean lo uno y lo mismo, ¿no debió haber hecho del registro algo forzoso? La respuesta a esta objeción es la existencia de un medio indirecto, que no es otro que la posesión efectiva de la herencia⁶³, cuyo comentario se relaciona muy de cerca con la parte conclusiva de su trabajo y con la posesión

veces de título. La inscripción de un bien raíz habilita del mismo modo al tenedor legal de la especie para ganarla por prescripción, siempre que se reúnan los demás requisitos legales."

⁶³ Ibid., p., 428. "El Legislador ha previsto que al cabo de cierto tiempo todos los inmuebles debían pasar de manos de los poseedores actuales á a otras manos, no tan sólo por un título singular como el de compra sino principalmente por un título universal, como el de herencia. Quieran que no quieran los poseedores cuyo título no está inscrito, habrán de desprenderse de los bienes raíces que han estado poseyendo sin la formalidad de la inscripción; y este es el caso de obligar á los sucesores de un modo eficaz que no traiga perturbación ni violencia á cumplir con aquel requisito indispensable. La posesión efectiva, que sólo se confiere mediante la inscripción, y que es el único medio legal para que puedan los herederos disponer de los inmuebles comprendidos en la herencia del difunto, es el arma de que le Legislador ha echado mano para que ningún poseedor se escape de obedecer á la ley que manda inscribir los títulos de propiedad".

irregular. Sin embargo, contrario a lo que podría pensarse, no se pronuncia sobre el artículo 2510. A lo largo del texto, no hay indicio alguno que nos permita saber con seguridad las razones detrás de esta sensible omisión. Probablemente, lo mismo que Fabres, no estimó necesario explicar en extenso cómo debe entenderse dicha disposición, pues quedaría de manifiesto al lector que la incontrastable fuerza de la posesión inscrita relegaba la aplicación del artículo 2510 a los casos cada vez más excepcionales de inmuebles no inscritos (de acuerdo a su pronóstico de que los herederos se iban a ver progresivamente compelidos a inscribir).⁶⁴

Concluimos esta parte del primer capítulo con las *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, de LUIS CLARO SOLAR (1857-1945), verdadero tratado de derecho privado, publicada en 17 volúmenes entre 1898 y 1944. Lamentablemente, la obra quedó en parte inconclusa por el fallecimiento del autor, pero por fortuna la teoría de la posesión inscrita se encuentra abordada en los volúmenes que sí alcanzaron a ver la luz.

⁶⁴ Ibid., pp. 434-439. Aguirre Vargas no niega la eficacia de la posesión irregular para prescribir, independientemente si tuvo un origen violento o clandestino, pero al mismo tiempo declara que la posesión regular sobre inmuebles está condicionada a la inscripción, y que la que se ejerce sobre inmuebles no inscritos será siempre irregular, aunque no existan defectos en su origen. En verdad, su argumentación es sutil: según él, el artículo 925, que habla de actos materiales ejercidos sobre el bien raíz, tiene aplicación en el caso de que el título se encuentre inscrito, pero subsistiendo éste no ha transcurrido un año completo: “Con más razón debe entenderse que la posesión se puede probar de esta manera cuando no hay título inscrito, sea que la posesión haya comenzado antes de la vigencia del Código, ó después de esta fecha (...)”. En pocas palabras, el poseedor inscrito no pierde nunca la posesión regular, a menos que proceda una nueva inscripción o se cancele la que esté vigente; tanto es así que concluye que el artículo 894 es una disposición especial que solamente tiene cabida en los casos de pérdida de posesión de cosas muebles y de inmuebles no inscritos: “El rigor inexorable y chocante de la ley desaparece una vez que una vez que sentemos el principio de que el Legislador ha contemplado dos situaciones diversas en materia de posesión sobre inmuebles: la de los poseedores inscritos y la de los poseedores no inscritos; y una vez que de entre estos últimos distingamos los que han comenzado a poseer antes del Código y los que han comenzado a poseer después del Código (...)”.

Como es sabido, Claro Solar fue el primero que trató extensivamente los antecedentes históricos del sistema posesorio registral⁶⁵, aunque no fue el único, pues como ya vimos la introducción histórica al tema era usual entre los autores que le precedieron (Fabres y Vera, por ejemplo). Para el caso chileno, Claro Solar dice: “Decididos a realizar una nueva fusión del régimen hipotecario estableciendo el principio de la publicidad y especialidad absoluta de la hipoteca y [de poner a vista de todos el estado de las fortunas que consisten en posesiones territoriales], necesario a la hipoteca, crearon el registro del Conservador en el cual debía refundirse el incompleto Registro de hipotecas.” Sintetiza además en

⁶⁵ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. VII, pp. 293-322. Esta notable exposición es de referencia obligada para estudiar los antecedentes históricos, jurídicos y legislativos del sistema posesorio registral, los cuales fueron decantando a través de los siglos desde los tiempos del derecho romano, y terminaron por influir no solamente en Bello, sino que en gran parte de los juristas americanos y europeos que en su época (la de transición del *ius commune* al derecho civil codificado) implementaron con mayor o menor grado de éxito registros públicos de propiedad raíz. Por mucho excedería a la extensión y objetivos de este trabajo adentrarnos en el detalle de la exposición, pero en vista de que hasta hoy sigue siendo una de las relaciones históricas más completas sobre el tema en nuestra bibliografía nacional, vale la pena consignar sumariamente su contenido (todas las páginas indicadas a continuación son las correspondientes al tomo VII de las *Explicaciones*): I) Derecho romano: pp. 293-299; II) derecho feudal, pp. 299-300; III) derecho de la temprana modernidad hasta el siglo XIX en Francia, Bélgica y Bretaña (especialmente la primera), pp. 300-312; IV) derecho español, pp. 312-314; V) derecho austríaco y germánico, pp. 314-321; VI) sistema australiano (*Torrens Act*), pp. 328-335. En los Códigos civiles del siglo XX: I) Código alemán de 1896 (que entró a regir en 1900), pp. 335-338; y II) Código suizo de 1907 (vigente desde 1912), pp. 339-347.

A diferencia de Fabres y de Chacón, Claro Solar no ve en el derecho español el antecedente principal que la Comisión Revisora del *Proyecto de Código* tuvo a la vista para la creación del Registro del Conservador. Estima, por el contrario, que dicho sistema está diseñado con mejores resultados en la legislación alemana y que, por tanto, esa es su fuente original. Respecto del Código suizo, señala que: “Es digno de atención que las ideas fundamentales que han inspirado al legislador suizo, al dar vida a la institución tan moderna del *Registro de bienes raíces* que ha establecido el Código federal, no difieren de las que inspiraron al legislador chileno. En el código suizo, como en el nuestro, el *Registro del Conservador de Bienes raíces* está destinado a poner a la vista la propiedad territorial con todas sus mutaciones, divisiones sucesivas y cargas, a la vez que las inscripciones en él efectuadas pueden servir de modo de adquirir el dominio y derechos reales inmuebles. En el Código suizo, como en el nuestro, la adquisición de dominio por acto entre vivos supone un título y un modo de adquirir, una justa acusa remota y una causa próxima de la adquisición, la tradición, y en los bienes raíces, esta tradición, es la inscripción en el registro” (pp. 346-347). De hecho, Claro Solar se sirve de varias comparaciones entre los Códigos chileno y suizo para ilustrar el *principio de la inscripción*, esto es, una manera de decir que la propiedad y los demás derechos reales, cualquiera que sea el título que sirva de base a su adquisición, deben necesariamente figurar en el Registro, para de esa manera estar completo y servir al propósito de informar al público del estado general de los bienes raíces. Así, los artículos 686 y 688 del Código chileno son análogos al artículo 656 del suizo.

pocas palabras lo que sus predecesores habían establecido como la manera que el legislador había tenido en mente para lograr el funcionamiento inicial del sistema.⁶⁶

Ahora bien, entrando ya en el comentario sobre el funcionamiento concreto del Registro, es fácil advertir que una gran parte de la exposición de Claro Solar está encaminada a explicar lo que él denomina el *principio de la inscripción*. Aunque en verdad no trata directamente de las cuestiones controvertidas acerca de lo material o lo ficticio de la posesión sobre inmuebles, merece totalmente la pena resumirla, siquiera en los siguientes términos: el artículo 688 es la piedra angular para entender cómo el legislador ha visualizado el desarrollo del sistema instituido en el Código.⁶⁷

⁶⁶ Ibid., t. VII, pp. 322-325. “Manteniendo el principio del Derecho romano que exige un título y un modo de adquirir para la transferencia del dominio, hicieron de la inscripción del título traslativo en el Registro del Conservador la forma de tradición de los bienes raíces (...); y para que el registro llenara la exigencia de publicidad de todos los cambios o mutaciones que experimenta el dominio de los predios, sin solución de continuidad, exigieron también la inscripción de los títulos de adquisición por causa de muerte (...)”.

Claro Solar sostiene que los medios de que se valió el legislador para ello fueron los artículos 696 y 724, pero “(...) Creyó el legislador que esto bastaba, como medio de obtener a plazo más o menos breve, la inscripción de todos los bienes raíces y asegurar la publicidad completa de todos ellos, como en un cuadro gráfico que pusiera a la vista todas sus mutaciones, sus divisiones sucesivas y cargas reales; pero al no exigir como la ley prusiana que el tradente inscribiera su título de dominio con anterioridad al acto traslativo o a la constitución de la hipoteca u otro derecho real, a favor de un tercero, dejó abierta la puerta a una serie de situaciones irregulares que han retardado el afianzamiento de la nueva institución y su funcionamiento correcto”. Sus palabras hacen eco de las del Mensaje del Código: “No habiéndose atrevido el legislador a exigir imperativamente la inscripción de todos los predios y de todos los derechos reales en ellos de una vez y dentro de un término perentorio y bajo sanciones penales (...) porque este procedimiento compulsivo habría exigido, para dejar establecido a la propiedad de los derechos, un examen detenido de los títulos y probanzas que hubiere exigido, lo que habría dado lugar a multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales y a juicios contradictorios, costosos y de larga duración, prefirió obtener el mismo resultado al cabo de cierto número de años en que forzosamente habrían de hallarse inscritos todos los bienes raíces (...)”. En cualquier caso, celebra la iniciativa de Bello al implementar el nuevo sistema (pp. 326-327).

⁶⁷ Ibid., t. VII, pp. 350-370. El comentario es extenso, pero nos permitiremos ofrecer sus puntos principales. Claro Solar denuncia cierta doctrina sostenida ya desde finales del siglo XIX: “Se ha creído ver en la parte final del inciso primero de este artículo (el 688): [esta posesión legal, no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble], una prohibición; se trataría de una ley prohibitiva de orden público cuya sanción sería la nulidad absoluta del acto jurídico en que el heredero dispusiera del inmueble sin haber obtenido previamente la posesión efectiva de la herencia y efectuado, conjuntamente con el testamento, si lo hubiere, la inscripción del decreto

Para Claro Solar, la diferencia fundamental entre inmuebles se da entre los que están y no están inscritos. Si el artículo 688 es el mecanismo que ideó el legislador para que el sistema registral comenzara su funcionamiento, el artículo 728 es el que lo mantiene operando. El principio de que, ante la ley, es poseedor quien aparece como tal en el Registro,

referido y las inscripciones especiales a nombre de todos los herederos que dispusiera del inmueble. *Según esta doctrina, sería absolutamente nulo todo acto o contrato traslativo de dominio realizado por los herederos, conjunta o separadamente, de un inmueble hereditario, conjunta o separadamente, de un inmueble hereditario sin haber obtenido e inscrito previamente, el decreto de posesión efectiva de la herencia; sería nula de nulidad absoluta la hipoteca constituida por un heredero sobre una hijuela de un predio de la sucesión que se le adjudica en la partición sería aun nulo el remate de un inmueble hereditario hecho en una ejecución seguida por el acreedor hipotecario, si a la fecha del remate no se había obtenido la posesión efectiva de la herencia por los herederos, porque, aunque forzada, la venta en remate público es un acto de disposición y el heredero no puede disponer en manera alguna de un inmueble mientras no obtenga posesión efectiva de la herencia debidamente inscrita*” (p. 350).

Nuestro autor advierte que esta doctrina había sido ampliamente aceptada por la Corte Suprema, y que había dado ocasión al pronunciamiento de una serie de sentencias en que, sucesivamente y bajo todos sus aspectos, “(...) ha quedado de manifiesto su falta completa de fundamento, imponiéndose al fin triunfalmente la sana y correcta interpretación del art. 688, condición de la existencia misma del Registro del Conservador y que consagra el principio de la inscripción (...)”. Los fallos que procede a comentar tienen por fin ilustrar ciertas cuestiones controvertidas respecto al artículo mencionado. Así, a propósito de los términos “no podrá disponer de en manera alguna”, ¿se comprenden los actos legales de partición en que se adjudique el inmueble o parte del inmueble a uno o más de los herederos? En *Montero con Urzúa* (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo II, p. 393, sentencia de 12 de mayo de 1905) la Corte Suprema, revocando una sentencia de la Corte de Santiago, optó por la respuesta afirmativa, considerando que, en efecto la adjudicación de hijuelas de terreno a un heredero importa un acto de disposición. Claro Solar estima que esta conclusión contiene un grave error jurídico, que no había sido cometido antes por el Tribunal de casación (cita para ello la causa *Vergara Iñíguez con Robles*, *Revista de Derecho y de Jurisprudencia*, tomo I, 2ª parte, p. 395).

La segunda de las cuestiones controvertidas se dio a propósito de la declaración de nulidad del remate de un inmueble, que no había sido previamente inscrito en el Registro, y que, de hecho, no se había obtenido siquiera la posesión efectiva. En la causa *Anguita con Rebolledo* (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo VI, 2ª parte, sección 1ª, p. 266, sentencia de 1908) la Corte Suprema estableció, precisamente, la nulidad del remate basándose en el mismo principio del caso anterior: si no hay inscripción, los herederos no pueden disponer de ninguna manera de los inmuebles contenidos en la herencia. En concreto, asimiló la ejecución del deudor embargado a una compraventa, que si bien tiene el carácter de forzada ello es una cuestión procesal que no altera el fondo del contrato. La sentencia, en el sentir de Claro Solar, violenta varias de las instituciones jurídicas fundamentales contempladas en el Código, y además, lo mismo que en *Montero con Urzúa*, el artículo 688 no tiene el alcance absoluto que la Corte Suprema le quiere dar, pues no se refiere a los actos contractuales (esto es, a los antecedentes jurídicos de la inscripción), sino que a la tradición ejecutada en virtud de actos voluntarios traslativos de dominio: éste es el motivo por el que, entre otros actos, el testamento no está comprendido en el 688.

“(…) es el que constituye toda la fuerza (…) como garantía de la propiedad (…) Si la ley aceptara que el poseedor puede perder la posesión sin que se cancele la inscripción y por la sola entrega material del inmueble a la persona a quien quiere transferirlo, o por el hecho de apoderarse otra persona del inmueble materialmente, *desaparecería toda fé en las anotaciones del Registro territorial y todo el valor de la institución misma* (…)”. La consecuencia de esto es que, lisa y llanamente, “*La entrega material del inmueble, no acompañada de la inscripción del título en el respectivo registro, no da la posesión*”.⁶⁸

En consecuencia, sostiene Claro Solar, la inscripción es la prueba definitiva de la posesión, y no se admitirá ninguna otra con que se pretenda impugnarla. Para reforzar esta idea, cita un fallo de la Corte Suprema (*RDJ*, T. 5, sección 1^a, p. 157) en la que la doctrina sostenida por el máximo tribunal fue la imprescriptibilidad del predio inscrito respecto de terceros. Pero a pesar de esto, había quienes sostenían la idea contraria:

“Se ha tratado de demostrar lo contrario, sosteniendo que el art. 724 sólo exige la inscripción como requisito de la posesión regular de los bienes raíces de acuerdo a los arts. 702 y 708, y que la posesión inscrita no es más que la posesión regular de los bienes raíces (...)”

En otras palabras, la doctrina que Claro Solar denuncia admitía que podía haber posesión irregular sobre bienes raíces, y que ésta procedería cuando nos inscribiera el título. A pesar de ello, dice el autor, “(...) esta teoría es arbitraria y desconoce el tenor literal de las disposiciones del Código y su espíritu, según lo hemos demostrado ya”.⁶⁹

⁶⁸ *Ibid.*, v. VII, pp. 554-555. Si alguien se apodera materialmente del inmueble inscrito, no adquiere la posesión. La tenencia material de la cosa no da por sí sola, de acuerdo al régimen establecido en el Código, la posesión. En otras palabras, puede haber una tenencia como tal sobre el inmueble inscrito, pero no propiamente el *corpus* del que habla el artículo 700, pues está condicionado a que se inscriba el título. La inscripción es prueba de la posesión, y contra ella no es admisible prueba alguna (p. 556).

⁶⁹ *Ibid.*, v. VII, p. 556.

Los artículos 924 y 925 también requieren un examen detenido. Claro Solar resume las diversas teorías que intentaron explicar el marco de aplicación e aplicación de estas normas. La tendencia general, por la que se inclinaba la mayoría de la jurisprudencia, sostenía que el artículo 925 se refiere a la prueba de la posesión material y el 924 a la prueba de la posesión inscrita. Así, se oponen dos clases de posesiones; la objeción que el jurista formula, sin embargo, muestra que la posesión material no está contemplada en el Código como distinta o contraria a la inscrita, pues ambas suponen la tenencia de la cosa determinada con ánimo de señor y dueño. En rigor, lo único que distingue el Código es entre posesión y mera tenencia. La segunda teoría refería el 924 exclusivamente a los inmuebles inscritos y el 925 a los que no lo están. Esta teoría tampoco es aceptable, pues no da una solución completa a la cuestión. La tercera, al parecer la que tenía un desarrollo reciente en su propia época, sostenía que el 924 se refiere a la cuasiposesión, esto es, a la posesión de cosas incorporales, mientras que el 925 se refiere a la posesión propiamente tal, la del artículo 700. Esta última teoría es la que recibe los reparos más severos de Claro Solar, pues "(...) es arbitraria y no tiene fundamento en el sistema general adoptado por el legislador (...)". Veamos las razones del autor para descartar esta tercera alternativa.⁷⁰

Claro Solar realiza lo que podríamos considerar una verdadera apología del artículo 925. Está claro que, para él, no podrá jamás prevalecer en contra del artículo 924 en la medida de que se cumplan los supuestos ahí contemplados, pero ello no quiere decir en lo absoluto que se prive de aplicación al artículo 925:

⁷⁰ Ibid., v. VII, p. 587. El fundamento de esta doctrina era el siguiente: "El legislador habría entendido seguir siempre su calificación de las cosas en corporales e incorporales y su concepto posesorio dual; posesión de cosas incorporales, derechos inscritos del art. 924, y posesión de cosas corporales, posesión del suelo del art. 925. Dedúcese de todo esto según esta tesis que el art. 925 no se refiere exclusivamente a los inmuebles no inscritos o que no tienen título inscrito de más de un año, sino que se aplica para toda clase de inmuebles, inscritos y no inscritos, siempre que se trate de probar la posesión y el art. 924 se aplicaría a la prueba de la posesión de los derechos, no de los bienes mismos".art

“Evidentemente la posesión del suelo, tratándose de esta clase de bienes raíces [los no inscritos] no puede probarse de otra manera que acreditando la ejecución reotreada de hechos positivos (...) porque son los que dan a conocer el ánimo de señor o dueño del tenedor de la cosa que ha procedido a su arbitrio, libremente y sin el consentimiento del que le disputa la posesión”. Sin embargo, la aplicación de este artículo se revela especialmente útil cuando se trata de títulos en predios rústicos que muchas veces resultan ser vagos e imprecisos, sobre todo en lo que respecta a los deslindes:

“La manera como está organizado el Registro del Conservador, según nuestro Código y el Reglamento que lo completa, no se presta para individualizar las propiedades inscritas en forma que evite toda confusión de deslindes de predios unos con otros o entre predios contiguos (...) [De] las indicaciones de los títulos de propiedad (...) pueden surgir contiendas posesorias entre los vecinos, aunque ambos tengan sus títulos inscritos. En tales casos y en todos aquellos en que se presenten dificultades para la inteligencia de los títulos inscritos, habrá que probar la posesión efectiva del suelo mismo y en tales casos tendrá aplicación el art. 925, aún tratándose de cosas inmuebles inscritas”.⁷¹

V. Historia de los artículos

Al estudiar con mayor detenimiento el desarrollo de la teoría planteada originalmente por Fabres en las obras de cada uno de los autores que le siguieron en el comentario del Código, podemos hablar con seguridad de su aceptación, tomando en cuenta, por supuesto, los énfasis particulares que cada uno de aquellos hizo en sus distintos aspectos, como los principios del sistema registral o los fines públicos y sociales que se buscaban conseguir con su implementación. Nos toca ahora referirnos a la historia y origen de los artículos que conforman la teoría, de acuerdo a los antecedentes de que disponemos para establecer el origen de esta idea en nuestro país.

⁷¹ Ibid., pp. 588-589.

La historia de la fijación y codificación del derecho civil en nuestro país ha sido estudiada extensivamente, como testimonia la bibliografía al respecto.⁷² Conocemos bien la forma en que Bello y las distintas comisiones fueron trabajando y revisando los anteproyectos de los libros que terminarían por conformar el Código. De éstos, el que eventualmente sería el segundo, titulado “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”, no tuvo una redacción siquiera preliminar sino hasta 1843, siendo precedido por los proyectos de los libros sobre sucesión por causa de muerte y de las obligaciones.⁷³ Llama la

⁷² Por todos, GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador*, vol. I, *passim*. También: SALINAS ARANEDA, Carlos, “Notas en torno a las actas de los proyectos del Código Civil chileno”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 1, pp. 33-41. Valparaíso: Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, 1977. En las fuentes: AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, “Introducción” [al *Proyecto de Código Civil de 1853*], en: BELLO, Andrés, *Obras completas*, v. XII, pp. v-vxiii. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1888; EL MISMO, “Introducción” [al *Proyecto Inédito de Código Civil*], en: BELLO, Andrés, *Obras completas*, v. XIII, pp. v-xliii. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1890

⁷³ Como se sabe, Bello ya tenía elaborado entre 1833 o 1834 y 1836 un anteproyecto sobre sucesiones, que fue el que entre octubre de 1840 y marzo de 1842 presentó por títulos a la comisión legislativa creada en 1840 para su examen, y que fueron publicados en *El Araucano* entre esos mismos últimos años, mediando la revisión previa de la comisión. Aparte de este anteproyecto, durante esta etapa (1836-1840) trabajó en otros dos: uno concerniente al derecho de obligaciones y el otro al título preliminar. Guzmán Brito afirma que, con seguridad, la comisión codificadora de 1840 no elaboró ella el proyecto del libro *De las obligaciones en general y de los contratos*, publicado en *El Araucano* entre 1842 y 1845, sino que se limitó a examinar y revisar un anteproyecto previo. Opina también que lo más probable es que este anteproyecto sea anterior a 1840, lo mismo que el respectivo al *Título preliminar*.

La comisión a la que hacemos referencia fue creada por ley de 10 de septiembre de 1840, cuyo proyecto había presentado el mismo Bello al Senado el 10 de agosto y que fue inicialmente aprobado por la Cámara de Diputados el día 31 de agosto. En esa misma sesión se procedió a elegir como integrantes a Bello y Mariano Egaña, en sus calidades de senadores, y a los diputados Manuel Montt, Ramón Luis Irrarrazaval y Juan Manuel Cobo, de los cuales el segundo terminó por renunciar en 1841 y se nombró en su reemplazo a Manuel José Cerda. En ese mismo año se fundieron en una sola la comisión legislativa de 1840 con la junta revisora que había sido establecido en 1841, que hacia 1845 ya estaba dejando de cumplir con regularidad sus funciones, por lo que en 1847 Bello se encontraba trabajando solo en la redacción de los proyectos de los libros del Código.

A juzgar por el examen que se ha hecho del así llamado *Proyecto de Código civil atribuido a Mariano Egaña*, Bello tenía redactado ya en 1843 un proyecto de libro titulado *De los bienes, de su dominio, posesión, uso y goce*, que constaba solamente de seis títulos, y sobre el cual fue añadiendo otros hasta 1847, año en el que sabemos faltaba el título referido a las servidumbres (aunque parece que destinarle una sección especial a las acciones posesorias fue una idea que surgió hacia 1850), de acuerdo a la *Memoria* ministerial de Cobo y Montt, de 1847. Para todo lo expuesto, ver GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés bello codificador*, *op. cit.* (n. 17), v. I, pp. 301-341.

atención, además, que dentro de dicho Libro II los artículos que conforman la teoría de la posesión inscrita fueron de los últimos en ser añadidos al Proyecto de Código que finalmente la Comisión Revisora remitió al Congreso para su aprobación. A esta conclusión podemos llegar al comparar el *Proyecto de 1853* con el que se ha llamado *Proyecto Inédito*, en el que se advierte una versión mucho más acabada del sistema registral en el segundo comparado con el primero.

A) Los artículos 686-724-726-728-729-730

En el *Proyecto de 1853*, el título VI llevaba por rúbrica *De la tradición*,⁷⁴ y no estaba subdividido en párrafos que trataran sobre las especies de este modo de de adquirir, sino que se limitaba a señalar en el artículo 822 que “*La tradición*

⁷⁴ Sobre la tradición como modo de adquirir, nos remitimos a Barrientos Grandón, quien ha hecho un examen minucioso sobre la historia dogmática del artículo 670 del Código. Sabemos que las tres fuentes principales sobre las que Bello se basó para la redacción del título *De la tradición* fueron las *Partidas*, el *Corpus Iuris* y el *Traité de la propriété*, de Pothier. Consideremos también que la sistemática adoptada por Bello al momento de definir a la tradición dentro de los modos de adquirir el dominio y no como adquisición posesoria se debe a JOHANN GOTTLIEB HEINECIO (1681-1741) y a su obra *Elementa Iuris Civilis secundum ordinem Institutionum* (1ª ed. de 1725), autor que conocía bien, pues lo empleaba a menudo para la exposición en sus clases particulares de Derecho Romano. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, “De la tradición y de su definición...”, *op. cit.* (n. 4), pp. 13-18. Recogemos la siguiente cita: “Supuesto el modelo adoptado por el codificador chileno, la tradición era incluida expresamente como uno de los “modos de adquirir el dominio” y, al igual que la ocupación y la accesión, se le dedicaba todo un título del libro II. Surgía, entonces, una cuestión sistemática y dogmática que debía ser decidida por el codificador, cual era la de determinar qué tratamiento jurídico se iba a dar la tradición en el referido título, supuesto que teóricamente hubiese, al menos, tres opciones diversas: a) Tratar de la tradición simplemente como una entrega, es decir, como el mero *factus tradendi*. b) Ocuparse de ella en la línea de la jurisprudencia romana y del sistema del *ius commune* conforme a la cual su efecto siempre era posesorio y, dado ciertos requisitos, también podía operar como modo de adquirir el dominio. c) O, en fin, regularla exclusivamente como tradición dominical, es decir, en cuanto “modo de adquirir el dominio”. Descartadas las dos primeras, Andrés Bello optó, desde que nos es conocido en el *Proyecto de 1853*, por la última de las posibilidades, esto es, por tratarla en el título VI del libro II únicamente como tradición dominical; pues esta alternativa era la que resultaba plenamente coherente con su sistematización y con la previa inclusión de la tradición como uno de los “modos de adquirir el dominio”. Esta decisión exigía que en el título “De la tradición” se realizara el esfuerzo sistemático y dogmático de presentar las reglas que la gobernaban únicamente en cuanto “modo de adquirir el dominio”, lo que representaba toda una novedad respecto de los códigos existentes en la época”. La cita en p. 13.

puede ser real o simbólica”, mientras que en el 823 se leía “*La real de las cosas corporales muebles se hace pasándolas de mano a mano; la de los inmuebles, entrando en ellas el que las recibe, a presencia del que las entrega; manifestándose en el uno la voluntad de transferir el dominio, i en el otro el de adquirirlo*”. Como puede apreciarse, la naturaleza mueble o de inmueble del objeto determinaba la manera en que se realizaba la tradición, pero esta siempre era material, siendo el elemento volitivo común a ambas.⁷⁵

Ahora bien, el artículo 826 del *Proyecto de 1853*, que vendría eventualmente a ser el 686 del Código en su versión definitiva, decía:

“Se podrá también efectuar la tradición de las heredades i casas, registrando a escritura pública de enajenación en la competente oficina del Conservador de Bienes Raíces i formando el Conservador la partida, junto con ambas partes o sus apoderados.

Trasferido de este modo el dominio, no podrá pasar a tercero sino de la misma manera”.⁷⁶

Recordemos que el anteproyecto de Libro II más antiguo de que tenemos noticia no es anterior a 1843. En él no hay mención alguna a una forma especial de realizar la tradición de los bienes inmuebles. Parece cierto que la idea fue concebida por Bello no antes de 1848, y que hacia 1853 esbozó el artículo 826 que acabamos de ver. Un examen a lo menos superficial de los artículos transcritos revela la relación que existía entre ellos en el *Proyecto de 1853*. El artículo 822 servía como la regla general en materia de tradición de inmuebles, y al 826 como una regla especial. Ello en atención a que el artículo 826 comenzaba su redacción de una manera potestativa: “*Se podrá también (...)*”; en otras

⁷⁵ Con nota = L. 6, tít. 30. P. 3, con la dicha lei 47. Pothier ib., 195 (Se refirere a la obra *De la propriété*), en: BELLO, Andrés, “Proyecto de Código Civil (1853)”, en: *Obras completas*, v. XII, p. 184.

⁷⁶ Con nota = Art. 826, inc. 2º- Este medio ha aprecido mui preferible al de la lei 1, C., De donat., i L. 8, tít. 30, P. 3. BELLO, Andrés, “Proyecto de Código Civil (1853)”, en: *Obras completas*, v. XII, pp. 185-186.

palabras, quedaba abierta la posibilidad de realizar la tradición por uno u otro medio.

Los artículos restantes, es decir, el 724, 726 y 728 a 730 no estaban contemplados en el *Proyecto de 1853*. Esto es lógico, pues se trata de reglas específicas de adquisición, conservación y pérdida de la posesión sobre inmuebles que no tienen sentido si no se tiene a la vista la inscripción del título en el Registro del Conservador. Se puede suponer razonablemente que al menos una parte de la redacción de estos artículos pudo haber quedado no solo en manos de Bello, sino que en ellos intervinieron los otros miembros de la Comisión Revisora.

B) Los artículos 924 y 925

Respecto de la historia de estos artículos, sabemos que entre los papeles de Bello se encontraba el proyecto inconcluso de un título sobre las acciones posesorias, que lleva por nombre, precisamente "*Título 9. De las acciones posesorias*". En opinión de Barrientos, por su contenido no parece vinculado a los otros proyectos manuscritos. Lo que destaca a dicho documento es que señala como una de sus fuentes el *Comentario a las Leyes de Toro* de ANTONIO GÓMEZ (c. 1500- c. 1572) y la *Ilustración del derecho real* de JUAN SALA BAÑULS (1731-1806), lo que evidencia una primera influencia hispánica en esta materia.⁷⁷

⁷⁷ Sobre el particular, BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, "Juan Sala Bañuls (1731-1806) y el "Código Civil" de Chile (1855)", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 31, pp. 364-366. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009. En palabras resumidas, en el *Proyecto de 1853* el artículo 1069, que rezaba: "Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesion./ Pertencen a todo poseedor de la misma manera que al dueño que lejitimamente posee./ Se extiende[n] a la cuasiposesión", carecía de notas. Cuando Amunátegui publicó el que denominara "Proyecto Inédito" incluyó una nota a dicho artículo, en la que se remitía a la *Ilustración* de Sala, en los siguientes términos: "Sala, Derecho Real, libro III, título II, número 11; Gómez, Tauri, ad legem 45, n. 194". Ese "manuscrito primitivo" al que se refiere Amunátegui corresponde a una redacción que debe ser anterior a la destinada al "Proyecto de 1853" que, por ende, es la fuente inmediata del artículo 1069 de aquel "Proyecto". La obra de Sala Bañuls influyó en Bello de la siguiente manera, al menos en la etapa de redacción

Sin embargo, en el *Proyecto de Código* de 1853 desaparecen casi totalmente las referencias a estos autores, pues se dejaron de lado todas las cuestiones relativas a procedimiento que aparecían en los borradores anteriores.⁷⁸

Por su parte, el artículo 925 aparecería por primera vez en el Proyecto de 1853, como inciso 1º del artículo 1075, con la siguiente redacción:

“Se deberá probar la posesión por hechos positivos, de aquéllos a que solo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cercamientos o cercas, las plantaciones o sementeras, i otros de igual significación. Ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.

La construcción de ranchos, el uso de aguas i yerbas naturales para abrevar o apacentar ganados, i otros semejantes, en campos abiertos, no califican posesión.”

inicial: i) En el primer inciso del artículo del “manuscrito primitivo” se advierte que Bello optó, no por la tradición de los juristas hispanos de llamar “interdictos” a estos recursos sino por la de “acciones posesorias”, si bien el mismo Sala advertía que desde época justiniana se había querido hacer equivalente ambas expresiones; ii) En el mismo inciso se recibía la nomenclatura hispana tradicional, que recogía Sala, tocante a la “posesión momentánea”, pues el referido inciso, precisamente, comenzaba diciendo que: “Acciones posesorias son aquellas en que se trata de la posesión momentánea [...]”; iii) En el inciso segundo, por su parte, se advertía la misma influencia del pasaje de Sala, en cuanto que, en sede más bien procesal, prescribía que las acciones posesorias “se juzgan sumariamente, i no admiten apelación sino en el efecto devolutivo”. iv) Ha de decirse, también, que aunque no en el número de la obra de Sala referido por la nota, sino algunos más abajo, se hallaba otra de las reglas recibidas en el citado inciso segundo: la que fijaba que las acciones posesorias “se dan al poseedor natural como al civil i al propietario”.

⁷⁸ Se requiere de un estudio especializado que indague sobre la historia del artículo 925, pues se trata de una disposición que los primeros comentaristas y glosadores del Código no pudieron concordar con ninguna norma extranjera; una investigación sobre las razones que llevaron a la Comisión Revisora a abandonar finalmente los aspectos procedimentales de las acciones posesorias, que estaban contemplados originalmente en el *Proyecto de 1853*, resultaría de mucho interés: en éste, las reglas probatorias aplicables abarcaban desde el artículo 1074 al 1080^a. Como hipótesis provisional, de atenernos a las fuentes de que se sirvió Bello para el título de las acciones posesorias, parece muy probable que la Comisión haya desestimado las que aparecen en las obras de Gómez y de Sala debido a que, en definitiva, no iban a ser aplicadas en el nuevo sistema registral. Además, resultaban excesivas en número; ello explicaría por qué el artículo 1075 del *Proyecto de 1853* (= 925 del Código de 1855) no pudo ser concordado con la legislación extranjera por los comentaristas nacionales durante el siglo XIX, pues se trata de una regla probatoria general de la posesión de inmuebles, que resume todos los aspectos puntuales.

Durante los trabajos de la Comisión Revisora se dio al inciso 1° su redacción definitiva. Con la que se presentaba como inciso 1° del artículo 1077 del Proyecto Inédito, pues la Comisión mantuvo en un primer momento el inciso 2° sin variación alguna. En una última revisión se eliminó dicho inciso 2°, de manera que en el Proyecto de Código Civil definitivo el citado inciso 1° se convirtió en inciso único de su artículo 925. Por su parte, el artículo 924 vendría a tener una redacción solamente en el *Proyecto Inédito*, en el cual aparecía con el número 1076, aunque con la misma redacción. Lo mismo que los artículos que acabamos de estudiar, queda claro que esta regla se formó durante los trabajos de la Comisión Revisora del *Proyecto de 1853*.

VI. García Goyena y el Código Civil chileno

Del apartado anterior podemos concluir que, aunque todos los autores estaban de acuerdo en que el sistema registral implementado por el Código tenía un grado mayor o menor de novedad, y que respondía a una necesidad práctica de procurar publicidad sobre las transferencias de inmuebles, no existía el mismo acuerdo para trazar los orígenes del Registro o cómo fue que Bello entró en contacto con la idea, o en qué momento ello pudo haber ocurrido. Todos procuran, en mayor o menos extensión, ofrecer algunos antecedentes históricos. Así, mientras Fabres y Chacón sostuvieron que el sistema registral era un perfeccionamiento del sistema hispánico de anotación de hipotecas, que ya existía con anterioridad a 1855, otros como Aguirre Vargas y Claro Solar lo referían directamente al derecho alemán, específicamente a la legislación prusiana de finales del s. XVIII. Incluso algún autor, como Elizalde, sostiene una adopción directa del modelo registral francés, merced de la concordancia efectuada entre el artículo 686 con los correspondientes del *Code*.⁷⁹

⁷⁹ ELIZALDE, Miguel, *op. cit.*, (n. 42), p. 166: “Art. 686: Se efectuará la tradicion del dominio de los bienes raices por la inscripcion¹ del título en el Rejistro del Conservador. De la misma manera se efectuará la tradicion de los derechos de usufructo² o de uso constituidos en bienes raices, de los

Lo cierto es que para ofrecer alguna respuesta satisfactoria en este punto se requiere distinguir. Que el modelo institucional del Registro de bienes raíces que más influencia ejerció en España⁸⁰ en el periodo de la codificación haya sido el germánico parece lo más seguro. Sin embargo, sostener que Andrés Bello haya tenido directamente a la vista los antecedentes históricos y legislativos de ese sistema registral en particular resulta más problemático.

Esto nos obliga, como ocurre en estos casos, a volver sobre las fuentes de nuestro Código, y estudiar el modo en que cada una de ellas ejerció su determinada influencia. Para nuestro tema, nos referiremos ahora al Proyecto de Código Civil español de 1851⁸¹, y especialmente las *Concordancias* de FLORENCIO GARCÍA GOYENA (1783-1855)⁸², cuyo ascendiente en las últimas etapas de redacción del Código Civil chileno resulta innegable: por una parte, el mismo Bello dejó numerosas notas para los artículos que, tanto en el *Proyecto de 1853* como en el *Inédito*, reconocen como fuente la obra del ilustre jurista navarro; por otra, a poco de su publicación en 1852, parece que el conocimiento de las *Concordancias* en el medio jurídico nacional estaba ya extendido, pues consta su empleo incluso por parte de los Ministros de Corte de Concepción y de La Serena, cuando fueron requeridos para que emitieran su parecer sobre el

derechos de habitación o de censo, i del derecho de hipoteca³. Acerca de la tradición de las minas⁴ se estará a lo prevenido en el Código de Minería. 1724^a – 2735^a inc. 2.^o, 767^a – 32410^a – 44 i.c, 1711 inc. 3.^o i – 588^c, 679^c, 1400ⁱ, 1443^c – 52 del R. del C.^c. –C.F. 1605, 1607, 2196 i sigts.”

⁸⁰ GORDILLO CAÑAS, Antonio, “La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”, en: *Anuario de derecho civil*, vol. 47, N° 2, p. 23 (especialmente nota 7). Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1994.

⁸¹ Para una exposición sobre el carácter, fuentes e influjos del Proyecto de Código Civil español de 1851, BARÓ PAZOS, Juan, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, pp. 100-115. También SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Historia de la codificación civil en España*, pp. 21-36.

⁸² Por supuesto, la figura de García Goyena como intelectual, jurista y político ha sido ampliamente estudiada. Por todos, nos remitimos al artículo de REPÁRAZ PADRÓS, María, “García Goyena: biografía de un jurista liberal (una aportación al estudio de la historia de la codificación española)”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 66, pp. 689-828. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1996.

Proyecto de 1853.⁸³ No se puede por tanto descartar que los demás miembros de la Comisión Revisora las hayan también estudiado.

Pero la recepción de las *Concordancias* en Chile, y la buena acogida que tuvo entre los miembros de la Comisión Revisora está lejos de ser un caso aislado. La influencia de Goyena se dejó sentir en toda Hispanoamérica, ya fuera directa o indirectamente.⁸⁴ Consta que Vélez Sarsfield lo tuvo en alta consideración dentro del elenco de fuentes por él empleadas⁸⁵, y que lo mismo puede decirse para la codificación en México.⁸⁶ Volviendo al caso chileno, se han dado varias razones para explicar esta influencia. Ofrecer un análisis sobre cada una de ellas resultaría excesivo para los límites de este trabajo. Podemos, en cualquier caso, estimar como acertadas las que en su momento presentó Lira Urquieta: el respeto por la tradición jurídica del *ius commune* que tenían las *Concordancias*, pero a la vez su carácter progresivo y no pocas veces liberal; el hecho de que al valerse García Goyena de las *Concordances* de Saint-Joseph presentara un cuadro comparativo ordenado y sistemático de la legislación que civil europea entonces en vigor⁸⁷; y, lo que era particularmente apreciado por todos los codificadores

⁸³ MERY BERISSO, Rafael, "El *Código Civil* de la República de Chile y los Tribunales de Justicia. Un capítulo desconocido de la historia de su redacción", en: *Anales de la Universidad de Chile*, N° 103, pp. 43-144. Santiago: Universidad de Chile, 1956. Por D.S. de octubre de 1852, el gobierno ordenó la publicación del *Proyecto* que Bello presentaría a la Comisión Revisora y su envío a los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia, a los Jueces de Letras y a los miembros de la Facultad de Leyes de la Universidad de Chile, para que informaran sobre él e hicieran las observaciones que estimaran pertinentes. El cumplimiento de este decreto se vino en realizar solamente en enero de 1853, cuando los cuatro libros que componían el *Proyecto* fueron publicados sucesivamente en los meses de enero, febrero y marzo de ese año. Véase también GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador*, op. cit. (n. 17), v. II (Fuentes), N° 227 y ss.

⁸⁴ RODRÍGUEZ ENNES, Luis, "Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana", en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 76, pp. 705-726. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2006.

⁸⁵ CASTÁN VÁZQUEZ, José María, "Los libros jurídicos españoles consultados por Vélez y Sarsfield", en: *Estudios de homenaje al Dr. Guillermo A. Borda* (Buenos Aires, La Ley, 1984), pp. 73-83.

⁸⁶ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, María del Refugio, "Notas para el estudio del proceso de Codificación en México (1821-1928)", en SÁNCHEZ- DÁVILA, Jorge A. (coord.), *Libro del Cincuentenario del Código civil*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1978, pp. 95-136.

⁸⁷ LIRA URQUIETA, Pedro, *El Código Civil chileno y su época*, pp. 76-78.

hispanoamericanos, la Comisión isabelina hizo un uso extensivo del *Code* napoleónico y de los comentaristas de este cuerpo legal, especialmente de Rogron.⁸⁸

En cuanto al modo en que influyeron específicamente las *Concordancias* en las distintas disposiciones de nuestro Código, los puntos tanto de encuentro (pruebas del estado civil, patria potestad, tutelas y curatelas, y sobre todo en materia de sucesión) como de divergencia ya han sido planteados. Por lo demás, contamos con estudios especializados más recientes en que se ha demostrado que Bello consultó las *Concordancias* en otras materias además de las señaladas: el título XXI del libro IV, sobre la prueba de las obligaciones⁸⁹, la regulación de las obligaciones naturales⁹⁰, incluso el concepto del contrato de matrimonio⁹¹, entre otras.

Nos proponemos ahora llamar la atención sobre la institución jurídica que estudiamos, la que como bien señaló Lira Urquieta, tampoco se sustrajo de la influencia de la obra de García Goyena: el sistema registral.⁹² Recientemente, un autor ha propuesto, no sin razón, que el origen del artículo 686 del Código debe buscarse en el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, esto es, en el Código Civil austríaco (ABGB)⁹³, específicamente en su artículo 431, que Bello conoció a través de las *Concordances* de Saint-Joseph. Si bien no negamos que Bello tuviera ese antecedente en consideración, nos parece que podemos tomar en

⁸⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La influencia del Código Civil francés...”, *op. cit.* (n. 18)

⁸⁹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Código Civil. Edición concordada... op. cit.* (n. 16), v. II, p. 1403.

⁹⁰ SALINAS ARANEDA, Carlos, “Influencias hispanas en la regulación de las obligaciones naturales en el Código Civil de Chile”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 9, pp. 53-63. Valparaíso: Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, 1985.

⁹¹ SALINAS ARANEDA, Carlos, “El concepto de matrimonio del Código Civil de Chile: una lectura canónica”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 19, pp. 57-87. Valparaíso: Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, 1998

⁹² LIRA URQUIETA, Pedro, *op. cit.* (n. 87), pp. 92-93.

⁹³ BRAVO LIRA, Bernardino, “En busca de los orígenes del Registro Conservatorio en Chile. Bello y el ABGB”, en: SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio, *Teoría general del derecho registral inmobiliario*. Santiago: Editorial Libromar, 2014, pp. 19-24.

cuenta algunos puntos adicionales, en la medida en que las mismas fuentes nos permitan hacerlo, que muestran que las *Concordancias* de García Goyena ejercieron toda la influencia que Lira Urquieta destacó en su momento. En atención al contexto general de este trabajo, queremos destacar el desarrollo de la idea del Registro y de sus inscripciones dominicales en los *Proyectos* del Código, posteriormente dentro del seno de la Comisión Revisora, y la idea que tan llamativa resultó para los comentaristas nacionales, la del ‘principio de publicidad’, que como vimos aparece continuamente en el siglo XIX, incluso en las memorias de prueba de los graduandos.⁹⁴ No podría ser otro el caso, ya que poco después de que el Código Civil entrara en vigencia, como ya observamos, se planteaba en términos teóricos la que llegaría a llamarse ‘teoría de la posesión inscrita’, y la publicidad jugaba en ella un papel fundamental.

A) El ‘principio de publicidad’ en las *Concordancias* de García Goyena

Podría estimarse, en vista de la fascinación que el sistema registral implementado por el Código ejerció sobre sus primeros comentaristas, que la novedad introducida contemplaba expresamente el ‘principio de publicidad’. Sin embargo, esta expresión no es empleada por Bello. En el *Mensaje*, en el párrafo xviii, se emplean palabras afines: “(...) *dar una completa publicidad a las hipotecas, y poner a vista de todos el estado de las fortunas que consisten en posesiones territoriales*”; y también en el párrafo xxii: “*Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas; la posesión de los bienes raíces, manifiesta (...) la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos (...)*” El mismo José Clemente Fabres nos señala, como ya vimos, que en estos pasajes el legislador quiso declarar abiertamente los propósitos que buscaba cumplir con el nuevo sistema registral. Y aunque fue Jacinto Chacón quien

⁹⁴ BARROS VALDÉS, Luis, *El registro de la propiedad* (Santiago: Imprenta, litografía i encuadernación Barcelona, 1905), pp. 37-50; DEL VALLE, Alfredo, *La tradición de inmuebles i el Registro del Conservador de Bienes Raíces* (Santiago: Imprenta Cervantes, 1909), pp. 17-21.

empleó propiamente la expresión ‘principio de publicidad’, ambos se remiten al *Mensaje* para hablar de esa notable característica del sistema.

Pero ni Fabres o Chacón acuñaron originalmente el término. ¿Cuál fue, entonces, la fuente común de la cual obtuvieron la idea de la publicidad como un ‘principio’ sobre el que debía fundamentarse el sistema registral? Un examen detenido revela que no es otra que las palabras que anteceden al articulado del Título XIX del Libro IV de las *Concordancias*, de García Goyena, intitulado *De la hipoteca*.⁹⁵ En él, se habla expresamente de este principio, conjuntamente con el así llamado de ‘especialidad’, aunque ambos referidos a las hipotecas.⁹⁶ Específicamente, estas expresiones son empleadas de manera descriptiva, respecto de las leyes registrales de varios estados germánicos. En las *Concordancias* se explica que, al incorporar los principios de especialidad y de publicidad en el *Proyecto de Código*, se está adoptando ‘el sistema Alemán’, denominado así justamente por su país de origen. Existe, de hecho, una indicación que expresamente se remite a las fuentes del título XIX sobre las hipotecas y XX sobre el registro público:

*“(...) las principales disposiciones de estos dos títulos convienen sustancialmente con las de Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg, las cuales son la expresión más fiel del sistema germánico, admitido en otros diez y siete Estados (...).”*⁹⁷

⁹⁵ El Título XIX está dividido en 5 capítulos, abarcando en total 36 artículos, que van del 1782 al 1818, de los cuales los 5 primeros sirven a modo de disposiciones generales. A diferencia del resto de las *Concordancias*, en donde cada uno de los artículos resulta comentado, en este título y en el XX los comentarios están reservados para cada capítulo, considerados como unidades.

⁹⁶ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, v. IV, p. 183. En rigor, según las propias palabras de García Goyena, quien tuvo a su cargo la redacción y exposición de motivos de este título fue otro miembro de la Comisión isabelina, CLAUDIO ANTON DE LUZURIAGA (1792-1874).

⁹⁷ *Ibid.*, p. 183-184.

Empero, contrario a lo que las palabras transcritas llevarían a pensar, no parece que la Comisión isabelina tuviera efectivamente a la vista la legislación hipotecaria o registral de los países mencionados. Como se aclara más adelante, las progresivas transformaciones que se han llevado a cabo en los distintos ordenamientos, al menos en el ámbito del registro de las hipotecas, se han desenvuelto continuamente desde fines del siglo XVIII, y en el momento en que García Goyena y Luzuriaga tienen esos antecedentes a su disposición, se han acumulado más de medio siglo de reformas legislativas. Por ello:

“Con lo dicho se prueba que, ni es fácil seguir en estos dos títulos [alude también al XX] el método de indicar la concordancia de cada uno de sus artículos con la infinidad de leyes hipotecarias de otros países, las cuales equivalen por sí solas a otros tantos Códigos; ni este método presentaría una idea exacta de la concordancia de nuestra ley con el espíritu general de cada sistema; y por tanto, después de indicar aquí las leyes extranjeras con las que concuerda la nuestra, anotaré en cada capítulo los principios directivos sobre que están fundadas sus disposiciones, sin dejar por eso de señalar los puntos de contacto que tengan con aquellas leyes”.⁹⁸

Cabe preguntarse, entonces, si realmente el estudio comparativo que se observa en el comentario al Capítulo I del título XIX se realiza entre la legislación española y alguna de los países de cultura jurídica germánica. Si observamos con atención, las referencias que se hacen a la legislación alemana son más bien generales: una mención de que en Launeburg y en Hamburgo se permite hipotecar bienes muebles; que en Alemania nació el ‘sistema de publicidad’ (que se opone al sistema de ‘clandestinidad’); a un dato curioso sobre la legislación dual de Baviera; y que el artículo 1785 se concuerda con el 11 de la ley de Baviera, el 13 de la de Wurtemberg (y 1374 de Austria); el artículo 1783 se concuerda con el 2115 del *Code*, con el 2164 del código sardo, con el 1585 del de Vuad, y otros.⁹⁹

⁹⁸ Ibid., p. 184.

⁹⁹ Ibid., p. 185.

Resulta más bien, entonces, que la verdadera comparación se lleva a cabo entre las legislaciones española y francesa, y no entre la primera y la germánica. Esto parece confirmarse toda vez que las menciones a los artículos de las leyes hipotecarias alemanas son escasas, y cuando se hacen en relación a artículos de código la remisión a las *Concordances* de Saint-Joseph parece evidente.¹⁰⁰ Esto nos dice que la Comisión española, lo mismo que la chilena, conoció la legislación austríaca, bávara y prusiana por medio de las *Concordances*. Esto no tiene nada de extraño.¹⁰¹ Sin embargo, eso nos lleva a preguntarnos, ¿de dónde, entonces, pudieron haber obtenido García Goyena y Luzuriaga ese conocimiento específico sobre las distintas leyes hipotecarias, y más aún, concordadas entre sí? La respuesta nos reconduce a otra de las obras de Saint-Joseph, las *Concordances entre les lois hypothécaires étrangères et françaises*, publicadas en París en 1847, y en las que efectivamente se recogen las leyes especiales hipotecarias de Austria, Baviera, Hamburgo, Prusia, entre muchas otras. En esta obra, en su preámbulo, el mismo Saint-Joseph emplea las expresiones ‘especialidad’ y ‘publicidad’, aunque las refiere a los ‘sistemas’ y no a los ‘principios’. Es más, lo hace en varias ocasiones en la introducción de su obra, siempre en el sentido de que los beneficios que trae aparejados y que el sistema francés debe ser reformado para revestirse de sus atributos.¹⁰²

¹⁰⁰Ibid., pp. 186-187. No se duda que la Comisión isabelina conociera en profundidad los pormenores de la legislación francesa: la regulación del *Code* sobre la hipoteca, a la que llaman “sistema mixto”, es comentada más extensamente, a modo de ofrecer una contraposición al sistema germánico; por otra parte, incluso dan noticia sobre una propuesta legislativa de 1850 destinada a la reforma hipotecaria, dando a conocer incluso el nombre dos jurisperitos franceses comisionados por la Asamblea Legislativa para estos efectos. Qué decir entonces de la legislación hispánica, que por obvias razones tanto García Goyena como Luzuriaga conocen perfectamente (pp. 188-190).

¹⁰¹ Vid. nota 88.

¹⁰² SAINT-JOSEPH, Antoine, *Concordances entre les lois hypothécaires étrangères et françaises*, “Introduction”, pp. v-xx.

No fue esta, por cierto, la primera vez que García Goyena tuvo acceso a la legislación francesa sobre hipotecas, ni la primera ocasión en que recogió la noción del principio de publicidad. Su preocupación por la reforma del sistema hipotecario español venía gestándose ya desde 1842: en el *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos* (editado en Madrid en 9 volúmenes), que estuvo bajo su dirección, en el volumen IV se incorpora a modo de apéndice una transcripción al castellano del Título XVIII del Libro III del Código Civil francés, que no es otro que el correspondiente a las hipotecas¹⁰³. El título va acompañado, además, de la “Manifestación de los motivos de la ley relativa á los privilegios e hipotecas, por el consejero de Estado Treilhard” (v. IV, pp. 247-266) y de un “Informe dado al tribunado por el tribuno Grenier, en nombre de la sección de legislación, sobre la ley relativa á los privilegios e hipotecas” (v. IV, pp. 266-288). En ambos casos se trata de comentarios más o menos extensos sobre cada uno de los artículos del título mencionado, en los que abundan los antecedentes

¹⁰³ Llama la atención de este título que su artículo 2016 (en su versión original del Código civil francés de 1804) hable expresamente de publicidad: “*Entre les créanciers, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques, de la manière déterminée par la loi, et à compter de la date de cette inscription, sous les seules exceptions qui suivent*” [= “Los créditos no producen efectos entre los acreedores por lo que respecta a los bienes inmuebles, sino en cuanto se les ha dado publicidad, inscribiéndolos o haciendo tomar razón de ellos en los registros del conservador (contador) de las hipotecas en la forma determinada por la ley, y a contar desde la fecha de la inscripción o toma de razón, salvo tan solo las excepciones siguientes”]. Bello y García Goyena conocieron esta disposición, pero no adoptaron el término ‘publicidad’ en sus respectivos proyectos de código. Se advierte, en cualquier caso, una influencia del artículo transcrito en el 1786 del Proyecto de Código español de 1851: “Art. 1786. La hipoteca, por razón de su título, en razón de su título, es legal ó voluntaria; pero una y otra deben inscribirse en el registro público, y solamente desde su inscripción surten efecto contra tercero” y en el art. 2410 del Código Civil chileno: “La hipoteca deberá además ser inscrita en el Registro Conservatorio; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción”. Respecto del segundo, Barrientos advierte que si bien su más antigua versión se encontraba ya en el *Libro de los contratos i obligaciones*, impreso en Santiago en 1847, carecía de notas en los *Proyectos*, por lo que no podemos saber con certeza sus posibles fuentes. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Código civil... op. cit.* (n. 16), v. II, p. 1718. No está de más apuntar que los capítulos iv y v del Título XVIII del *Code* hablan, respectivamente, “Del modo de hacerse la inscripción de los privilegios ó hipotecas”, y “De la cancelacion y reduccion de las inscripciones”. Pero interesa en particular el capítulo X, “De la publicidad de los registros i de la responsabilidad de los conservadores” (arts. 2196 y ss).

históricos sobre el desarrollo de la legislación hipotecaria francesa y una defensa por el sistema de la publicidad.¹⁰⁴

B) Las *Concordancias* y el sistema registral chileno: algunas observaciones

Como ya pudimos apreciar, la Comisión isabelina contaba con un conocimiento bastante extenso del sistema registral francés y, dentro de todo, con un conocimiento siquiera referencial de lo que era el sistema registral alemán, ya fuera porque por las constantes alusiones de los juristas y legisladores gálicos, cuyas obras García Goyena empleaba, o bien por el examen comparativo que ofrecían las *Concordances entre les lois hypothécaires étrangères et françaises*, de Saint-Joseph.

¿Conoció Bello estos antecedentes? No parece que tuviera acceso a las *Concordances entre les lois hypothécaires*, pero definitivamente sí lo tuvo al *Febrero*. Sabemos que Bello consultó en varias ocasiones el *Febrero novísimo*, de EUGENIO DE TAPIA (1776-1860). Guzmán Brito señala que empleó dos ediciones de esta obra: la valenciana de 1828 (Valencia; Perpiñán: Ildelfonso Mompié, 1828-1831, en 10 volúmenes) y el *Novísimamente redactado*, de 1845 (Madrid: Librería de los Sres. Viuda de Calleja, 1845-46, en 10 volúmenes).¹⁰⁵ La gran diferencia entre la edición de 1828 y la de 1842 de *Febrero* de Tapia para nuestro tema es que en la segunda, en el volumen IV, se trata extensivamente las solemnidades de las hipotecas (en sus páginas 175 a 178). Además, y esto es importante, dicho volumen incluye a modo de apéndice el Título XVIII del libro III del *Code* francés, que corresponde a los privilegios y a las hipotecas. García Goyena juzgó pertinente dicha inclusión en vista de que

¹⁰⁴ TREILHARD, Jean-Baptiste, “Manifestación de los motivos de la ley relativa á los privilegios e hipotecas, por el consejero de Estado Treilhard”, en: GARCÍA GOYENA, Florencio, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, v. IV, pp. 248-250. Madrid: I. Roix, 1842.

¹⁰⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador*, op. cit. (n. 17), v. I, p. 418.

“Pero como tal vez estamos avocados á ver cumplidos muy pronto los deseos y la necesidad que aquejan á la nacion para la formacion de un buen código civil, nos ha parecido de un doble interés presentar el título de los privilegios é hipotecas segun se encuentra en el frances, con los motivos y fundamentos de sus disposiciones. Si nuestro trabajo es perdido para los hombres públicos, no lo será del todo para los que en su estudio privado gusten de hacer el paralelo, siempre instructivo, de diferentes legislaciones sobre una misma materia”.¹⁰⁶

Nos consta que Bello tenía una especial preocupación por la publicidad.¹⁰⁷ En el caso específico que nos ocupa, ya había tratado el tema en 1844, cuando publicó en *El Araucano* su artículo “Hipotecas i privilejios”¹⁰⁸, en la que se refiere precisamente a esto:

¹⁰⁶ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Febrero... op. cit.* (n. 104), v. IV, p. 229.

¹⁰⁷ La preocupación de Bello por la publicidad no se limitaba solamente al ámbito de las hipotecas y privilegios. Bástenos recordar sus escritos sobre “Publicidad de los juicios”, de 1830 (en: *Obras completas*, v. IX, pp. 1-7. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885) y la publicidad de las sentencias (AMUNÁTEGUI, M. L., “Introducción a Opúsculos jurídicos”, en: BELLO, Andrés, *Obras completas*, v. IX, pp. lvi y ss. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885). Para lo primero: “Uno de los defectos que notamos en nuestros juzgados i que nos parece enteramente incompatible con la naturaleza de los gobiernos representativos, en que la justicia se administra a nombre del pueblo, es la poca o ninguna publicidad de los juicios. Si nada conjenia mas con el despotismo que el misterio, la publicidad de todas las operaciones de los mandatarios del pueblo es el carácter propio de los gobiernos populares i libres; i ¿en cuáles será mas conveniente o necesario el freno de la opinion pública que en las de aquellos funcionarios a cuya custodia están encomendadas la vida, la hacienda, el honor dc los ciudadanos? ¿I bajo qué pretexto querrá el majistrado sustraer parte alguna de sus actos a la inspección del público? La publicidad de los juicios, bajo cualquier aspecto que se mire, es, de todas las instituciones políticas, la más fecunda de buenos efectos. Ella es el único preservativo seguro de la arbitrariedad i de las prevaricaciones (p. 5)”

A propósito de la publicidad de las sentencias, Andrés Bello celebraba la publicación de la *Gaceta de Tribunales*, que había comenzado a circular en 1841: “En cuanto a la *Gaceta de los Tribunales*, no dudamos en afirmar desde luego que es uno de aquellos papeles mas acomodados al carácter i circunstancias del país, i mas propio para satisfacer sus primeras necesidades. Un carácter positivo i sólido, como el de los chilenos, solo puede acomodarse con lo que es de verdadera i conocida utilidad (...) i la necesidad de una buena e imparcial administración de justicia, es de todos los días i de todas las circunstancias i es principalmente de la época actual, en que se revisa i codifica nuestra antigua legislación, i cuando se piden por todas partes mejoras de este género, i aun en la organización fundamental de nuestros tribunales (...)”

¹⁰⁸ BELLO, Andrés, “Hipotecas i privilejios”, en: *Obras completas*, v. IX, pp. 411-414. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885

“Partimos del principio de que ninguna hipoteca pasa a tercero, si no ha sido registrada i anotada con especificación de la finca o fincas que le son afectas, principio que nos parece claramente enunciado en la legislación española que hoí rige, aunque algunos lo dudan, i a que entendemos conforman sus decisiones las mas altas autoridades judiciales de la república. Sería, con todo, oportuno que en la nueva lei se estableciese esta regla claramente, de manera que no quedase incertidumbre alguna sobre un punto tan esencial”.

“Nos parece tambien necesario que ninguna hipoteca convencional se contraiga, sino por escritura pública. Admitir hipotecas constituidas por convenciones de que no hubiese mas prueba, que las firmas de las partes i las de cierto número de testigos, es abrir una puerta mui ancha a la colusion i al fraude. Sobre esto, es unánime, si no nos engañamos mucho, la opinion del comercio”.

¿Se reflejó esta preocupación en términos normativos? En el *Proyecto de 1853*, los artículos 2600 y 2601 materializan exactamente los dos principios rectores enunciados por Bello en 1844. Dice el primero: *“La hipoteca especial deberá estipularse expresamente, i otorgarse por escritura pública; pero podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca, i la del contrato a que accede”*, mientras que el segundo establecía: *“La hipoteca especial deberá ademas ser registrada en la oficina de hipotecas; sin este requisito no tendrá valor alguno ni se contará su fecha sino desde la anotacion o registro”*.¹⁰⁹ No sería la última vez que Bello volviera a pronunciarse sobre esta materia, pues en 1852 el presidente Manuel Montt junto con Silvestre Ochagavía remite al Congreso un proyecto de ley de prelación de créditos, destinado a reformar la ley de 31 de octubre de 1845 sobre la misma materia. El mensaje que acompañaba a este proyecto era de autoría de Bello. Llama la atención que emplee juntas las expresiones ‘publicidad’ y ‘especialidad’, que recuerda a las *Concordancias* de García Goyena.¹¹⁰

¹⁰⁹ BELLO, Andrés, “Proyecto de Código Civil (1853)”, en: *Obras completas*, v. XII, p. 615.

¹¹⁰ BELLO, Andrés, “Prelación de créditos”, en: *Obras completas*, v. IX, p 438. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885. “La publicidad, la especialidad de las garantías que, favoreciendo a un crédito, ponen una parte de las facultades del deudor fuera del alcance de los demas acreedores, i la imposibilidad de colusiones fraudulentas, formarían un tipo perfecto en el arreglo de que se trata; pero esta es una perfeccion ideal, a que solo es dado acercarse mas o ménos, i

Con los antecedentes presentados podemos concluir que, en principio, Bello había conocido modelos de sistemas registrales que estaban destinados para la regulación de las hipotecas, y no para la propiedad raíz en general: en ese sentido, si hasta antes de 1852 bien pudo sacar amplio partido del *Febrero* de Goyena (1842) y del apéndice de esta obra (en su volumen IV), en lo que se refiere a cómo realizar las inscripciones, de poco servían estas disposiciones para formar un sistema integral que abarcara todos los cambios en la titularidad de los bienes raíces. Desde ese punto de vista, las *Concordancias* se le mostraban como un modelo más propicio:

“En el título anterior [se refiere al XIX, *De la hipoteca*] se han consagrado los principios de *publicidad* y de *especialidad* para las hipotecas; en este se consignan las reglas para la ejecución de ambos principios, no solo en cuanto tienen relación con la hipoteca, sino en cuanto interesan á la propiedad territorial. El fin, á que la ley aspira con ellos, es á poner de manifiesto la situación de la propiedad inmueble, y no sería consiguiente si limitara su solicitud sólo a las hipotecas. Antes que todo, es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla; de otra manera la incertidumbre pudiera alejar la concurrencia; si la necesidad ú otra causa, sobreponiéndose al temor, dan la resolución de comprar á pesar de aquel peligro, queda siempre el de perder las mejoras; y, aunque nada de eso hubiera, el legislador debe procurar que la propiedad no esté incierta, que el fraude y la clandestinidad no vengán á frustrar los contratos, y sobre todo que el dominio del suelo sean tan seguro que sirva de base para asentar sobre él con toda confianza el crédito, de tal modo, que ofrezca á los prestamistas mayor garantía que el que se funda en la industria. *Por esta razón se ha extendido ya generalmente el principio de publicidad á todos los actos traslativos de la propiedad territorial. También se ha extendido á todas las cargas y restricciones que limitan el valor ó la circulación de la misma propiedad, por hallarse en un caso idéntico á la hipoteca.* El objeto, pues, de este título, es abrir un registro oficial y solemne donde se inscriban todos los actos de esta naturaleza (...)” (destacados nuestros).¹¹¹

a que nunca probablemente llegará la legislación, mientras duren las bases en que descansa ahora la organización de la sociedad”.

¹¹¹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias... op. cit.* (n. 96), v, IV, pp. 209-210.

Ahora bien, juzgamos que no carecería de interés realizar una comparación textual entre las *Concordancias* y el *Reglamento del Conservador de Bienes Raíces*, pero dado que una tarea así resultaría excesiva en consideración a los límites de este trabajo, nos podemos permitir mostrar algunos ejemplos (CGGt XX = Código de García Goyena título XX; CBR Ch = Reglamento del Conservador de Bienes Raíces de Chile)

i. Art. 1819 CGG t. XX = Art.1° CBR Ch.

“En cada uno de los distritos señalados en los reglamentos, habrá un oficio de registro público de los derechos reales sobre los bienes inmuebles, situados dentro de su demarcación”

“En la capital de cada departamento habrá, en lugar seguro y cómodo para el servicio público, una oficina que tendrá por objeto la inscripción de los títulos mencionados en el Título V de este Reglamento”

ii. Art. 1820 inciso 1° CGG t. XX = Art. 14 inciso 1° CBR Ch.

“No se hará ninguna inscripción, cuando no conste del registro que la persona de quien procede el derecho que se trata de inscribir, es el actual propietario de los bienes sobre que ha de recaer la inscripción”.

“Si el dueño de un fundo lo vendiere sucesivamente a dos personas distintas, y después de inscrito por uno de los compradores apareciese el otro solicitando igual inscripción; o si un fundo apareciese vendido por persona que según el Registro no es su dueño o actual poseedor, el Conservador rehusará también la inscripción (...)”.

iii. Art. 1823 CGG t. XX

Artículo 1823 CGG t. XX: “Todo título que se presente al registro debe designar claramente el nombre, apellido, edad, estado, profesión, y domicilio de las partes, con expresión de su capacidad para otorgarlo.

La designación de las corporaciones ó establecimientos se hará bajo la denominación con que fueren conocidos, con expresión del domicilio ó residencia de la dirección del establecimiento”

iv. Art. 1825 inciso 1° CGG t. XX

“Todo título que haya de inscribirse debe designar los bienes sujetos á la inscripción por su naturaleza, situación, número si lo tuvieren, su nombre específico cuando sea posible; ó el de pago, término, barrio, calle, su cabida y linderos, y por todas las demás circunstancias que sirvan para conocerlos distintamente.”

= Art. 81 N° 1 CBR Ch.

La inscripción de la hipoteca contendrá:

1.º “El nombre, apellido y domicilio del acreedor, y su profesión si tuviere alguna; y las mismas designaciones relativamente al deudor, y a los que como apoderados o representantes legales del uno o del otro, requieran la inscripción.

Las personas jurídicas serán designadas por su denominación legal o popular, y por el lugar de su establecimiento; y se extenderá a sus personeros lo que se dice de los apoderados o representantes legales en el inciso anterior (...)”

= Art. 81 N° 3 CBR Ch.

La inscripción de la hipoteca contendrá: 3º. La situación de la finca hipotecada y sus linderos.

Si la finca hipotecada fuere rural, se expresará el departamento, subdelegación y distrito a que pertenezca, y si perteneciere a varios, todos ellos. Si fuere urbana, la ciudad, villa o aldea, y la calle en que estuviere situada (...)

Un punto está completamente claro: Bello tuvo que apartarse del modelo de García Goyena respecto de la adquisición y conservación propiamente tales de la posesión sobre los inmuebles. Lo mismo que con el Código civil francés, el Proyecto de Código civil español de 1851 no contemplaba la tradición entre los modos de adquirir, sino que solamente se consideraban como tales la herencia, el contrato y la prescripción.¹¹² Bello, en cambio, adhiriendo irrestrictamente a la tradición romanística, distinguió con claridad entre el título y el modo de adquirir.¹¹³ Debemos destacar que, a juzgar por la historia de los artículos 724, 728, 729, 730 y 924 éstos representan una verdadera originalidad por parte del legislador chileno. En efecto, nos consta a través del examen del *Proyecto inédito* que solamente en éste es en donde podemos encontrar sus versiones originales; el hecho de que no tengan una nota que nos indique sus respectivas fuentes y que no puedan ser relacionados con las disposiciones comentadas en las *Concordancias* de García Goyena nos revela que la Comisión revisora demostraba una preocupación especial por formar una base normativa coherente para el sistema registral, acorde con el sustrato romanista que Bello había considerado para la inscripción.

¹¹² GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias... op. cit.* (n. 96), v. II, libro III, art. 548 (disposición preliminar), p. 3: “*La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción*”. García Goyena concuerda esta disposición con el “711 y 712 del CC francés; el 602 y 603 CC Napolitano; 680 y 681 CC Sardo; 501 y 502 CC Vaud, y el 806 CC Luisiana, que añade “y por obra de la ley”. Destaca al 639 del CC Holandés. El mismo García Goyena advierte: “Porque los contratos no eran entre los Romanos modos de adquirir la propiedad ó dominio, sino títulos para llegar á su adquisición, y entre nosotros lo son por el artículo 981: ve allí lo expuesto”. Y aclara: “*Por contrato*: Entiéndese de los que sean traslativos del derecho de propiedad, como el de compra y venta, que por Derecho Romano y Patrio eran simples títulos, no de los que no la transfieren, como el arrendamiento, comodato, etc.” El artículo 981 al que se remite dispone lo siguiente: *Concordancias*, v. 3, libro III, título V, capítulo I, art. 981 = p. 11: “*La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad; lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los artículos 1859 y siguientes, del título 20, libro 3 de este Código*. La obligación de entregar la cosa queda perfecta por el solo consentimiento de las partes. No es, pues, necesaria la entrega real para que el acreedor deba ser considerado como propietario desde el instante en que el deudor queda obligado á entregarla. Desde entonces asiste al acreedor, no ya un simple derecho á la cosa (*ius ad rem*), sino que un derecho de dominio, (*ius in re*) Por lo tanto, si la cosa perece por fuerza mayor ó caso fortuito después que nació la obligación de entregarla, perece para el acreedor; según la regla, *res perit dominio*, aun cuando se haya señalado plazo ó término para hacer la entrega, pues el contrato quedó perfeccionado por el mútuo consentimiento”.

¹¹³ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador, op.cit.* (n. 17), v. I, p. 403; HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “El Mensaje del Código Civil y el concepto de Bello sobre la posesión”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 18, pp. 207-210. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1996; SOZA RIED, María de los Ángeles; RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *op. cit.* (n. 14), pp. 707-708.

CAPÍTULO II

LA POSESIÓN INSCRITA EN LAS MEMORIAS DE PRUEBA

En el Instituto Nacional, el primer plan de estudios que rigió entre 1813 y 1831 para la carrera de Leyes se desarrollaba en cuatro años, y estaba atendido por dos cátedras: la de Derecho natural, de gentes y Economía política, y la de Derecho real y canónico. Como notable omisión, el Derecho romano había perdido su sitio de preferencia. En 1832 se libró un nuevo plan de estudios para ser impartido en cinco años, con la siguiente estructura: en primer año, Derecho de Gentes y Bellas Letras; en segundo, principios de legislación universal, junto con la continuación de Bellas letras; en tercer año se estudiaban Economía y Política y la historia del Derecho Romano; el cuarto año comprendía el estudio de Instituciones de Derecho nacional, Historia y elementos del Derecho Público, Eclesiástico e instituciones canónicas; el quinto año concluía con la continuación de las Instituciones de Derecho nacional, la Historia eclesiástica y Suma de concilios. Las principales innovaciones de este plan con respecto al de 1813 fueron la reintroducción del Derecho Romano y el curso de Principios de legislación universal.

Más adelante, en 1850, y a partir del año siguiente se introdujo la enseñanza de las siguientes materias: Código de Guerra y Marina, Código de Comercio y Código de Minas, curiosamente, como accesorios de la cátedra de Derecho Romano. En el plan de 1853 se contemplaban estudios por un período de seis años. En el primer año se estudiaban Derecho Romano, Natural y Literatura; en el segundo, se continuaban Romano y Literatura y Derecho Natural daba paso a de Gentes (lo que llamaríamos hoy Internacional Público); el tercer año contemplaba Derecho Civil y Canónico (este Civil era el Civil chileno); en el cuarto, Comercial y Economía Política; en el quinto, Procedimiento Civil y Derecho de Minería; el plan concluyó al sexto año con Derecho Penal y Procedimientos Criminales, Derecho Público y administrativo. Como se ve, quedó restaurada la asignatura de Derecho Natural, se aumentó a dos cursos la de Derecho Romano y se dio autonomía las de Derecho comercial y Derecho de Minería. Se introdujeron las asignaturas de Procedimiento

Civil y Procedimiento Criminales, esta última agregada a la de Derecho Penal, como consecuencia de la supresión en 1851 de la Academia de Leyes y Práctica Forense, que era el lugar en donde se estudiaban.

La asignatura de Derecho Público y Administrativo también representó una innovación. A partir de 1857, debido a la promulgación y entrada en vigencia del Código Civil, la cátedra homónima tuvo a dicho cuerpo legal como principal objeto de estudio. En 1859, en vista de que el plan de 1853 no había sido ejecutado en toda su extensión, se procedió a completarlo, y se introdujeron ciertas innovaciones, como lo fueron el traslado de la asignatura Derecho Público y Administrativo del sexto al cuarto año y la separación de Derecho Penal y Procedimientos Criminales en dos asignaturas distintas. Una ley de fines de 1863 fijó en un año el curso de Práctica Forense

En 1863 fue aprobado otro plan de estudios, que retornó a los cinco años, en la forma que sigue: en primer año, Derecho Romano y Natural; en segundo, Derecho Civil y de Gentes; en tercer año, Canónico y Economía Política; en el cuarto año se estudiaba Derecho Público y Administrativo, Comercial y Penal; el curso concluía en el quinto año con Práctica Forense. Cuando la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas recobró las funciones docentes que había tenido en época indiana (con la Facultad de Sagrados Cánones y Leyes), los estudios en ella impartidos se ceñían al plan de 1866, integradas ya ciertas modificaciones posteriores. Éste sería el plan con el que la Universidad de Chile, y por extensión las casas de estudio que dependían de ella, entrarían al siglo XX.

i. Introducción

Las memorias de prueba tienen una prolongada historia dentro los estudios jurídicos de nuestro país.¹¹⁴ A partir del mismo año en el que comenzaron a impartirse las cátedras de derecho en la Real Universidad de San Felipe, fue un requisito para el candidato al grado de licenciado no solamente que hubiese asistido durante cinco años a las lecciones respectivas de la Facultad de Cánones y Leyes y rindiera los exámenes de rigor, sino que además debía disertar públicamente sobre una tesis elegida por él. Este es el antecedente de nuestras modernas memorias de prueba, si bien el carácter, fines y métodos de una y otra son completamente distintos.

Asimismo, la memoria de prueba fue una exigencia que el graduando debía satisfacer para obtener la correspondiente licenciatura en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile. Aunque durante el siglo XIX se realizaron varias modificaciones a los planes y programas de estudio de la carrera, este requisito jamás fue desestimado, y de acuerdo con los parámetros de rigurosidad de la época, muchas de ellas demostraron ser verdaderos aportes al medio nacional. Es sugerente también su número: solo tomando en consideración aquellas que aparecen mencionadas o publicadas en los *Anales de la Universidad de Chile*, éstas llegan a poco más de cien, entre 1842 y 1879, y a veintitrés contadas desde 1880 a 1900. Como es lógico, solo algunas versan especialmente sobre posesión o prescripción, pero no dejan de revestir interés para nuestro propósito, toda vez que algunas de ellas son anteriores al Código Civil, o por lo menos fueron escritas con muy pocos años de diferencia en relación a su promulgación, lo que nos permite observar el tratamiento doctrinario que recibían estos temas antes de que se implementara el particular régimen posesorio de inmuebles. Comenzaremos

¹¹⁴ La fuente directa más completa para el estudio de las memorias de prueba durante el siglo XIX son los *Anales de la Universidad de Chile*. Además, tenemos los dos volúmenes publicados entre 1888 y 1889 por Enrique C. Latorre (1860-¿?) de su compilación titulada *Memorias y discursos universitarios sobre el Código Civil chileno*.

Para el estudio de la memoria como requisito de graduación en el periodo indiano, GONZÁLEZ ECHEÑIQUE, Javier, *op. cit.* (n. 21), pp. 127-137. Para un panorama general de las memorias de prueba en los estudios jurídicos, consúltense MONTT RETIG, Agustín; SIMON JURY, Abraham, *Los estudios de derecho en Chile (1758-2008). La memoria como requisito*. Santiago, 2008.

entonces por ellas, para continuar con las que realizan un análisis propiamente normativo del sistema registral, las que se cuentan en elevado número entre 1890 y 1910.

ii. La posesión y la prescripción en las memorias de prueba anteriores al Código

Las primeras que versaron sobre nuestro tema fueron las de FEDERICO CORBALÁN (*Memoria sobre la posesión*, N° 4, Quinta sección, pp. 431-444, año 1847) y la de CESARIO PÉREZ (1827-c.1890) *Memoria sobre la Prescripción*, N° 9, pp. 311-318, año 1852), ambas publicadas en los *Anales*. Aunque ninguna de las dos destaca por su extensión, el estudio de ambas resulta sin embargo de gran interés, pues estos memoristas se desligan buena parte del elemento puramente legal concerniente a las instituciones jurídicas mencionadas, y ofrecen en cambio algunas reflexiones más cercanas a lo filosófico.

La de Corbalán, hablando ya en particular, comienza por la determinación de la naturaleza jurídica de la posesión, un tópico que, como tendremos sobradas ocasiones de comprobar a lo largo de este período, es recurrente en las memorias de prueba, incluso después de promulgado el Código¹¹⁵, amén de las formas en que

¹¹⁵ CORBALÁN, Federico, *Memoria sobre la posesion*, p. 433. En este punto cita a ARNOLDO VINNIO (1588-1657) [y sus *Cuestiones Selectas*, traducidas al castellano y agregadas en la edición valenciana del *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnoldo Vinnio á los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano, anotado por el jurisconsulto J. Gottlieb Heineccio*, en dos volúmenes publicados en 1846 y 1847. De esta obra hay una edición napolitana de 1825, en latín] y a la *Partida* 3, 30, 1: "Tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo o del entendimiento". Y continúa: "(...) mas como por la palabra corporales se escluyen los derechos o servidumbres, Escrache, en la voz posesion dice: "detención o goce de una cosa o de un derecho que tenemos o ejercemos por nosotros mismos, o por otro que lo tiene o ejerce en nombre nuestro," adoptando la definicion del código civil francés (...)" Y continúa: "Según la definicion que la lei de Partida citada da de la posesion, esta no puede adquirirse sino, como decían los jurisconsultos romanos, *corpore et animo*. Es necesaria pues la concurrencia de un acto corporal i la intención de detener la cosa con ánimo de señor: sin este requisito la posesion no pasará de una mera detención, de un simple hecho desprovisto de caracter legal (...)" Aquí encontramos una referencia muy general a JOHANNES VOET (1647-1713) y a la expresión acuñada por éste en su *Commentariorum ad Pandectas*, "detentio rei corporalis animo eam sibi habendi", que en la edición más cercana a Corbalán, la de 1828, se encuentra en el vol. V, p. 335 [*Titulus II: De acquirenda vel amittendi possessione*].

La remisión a JOAQUIN ESCRICHE (1784-1847) está hecha, por supuesto, en relación a su *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, publicado por primera vez en México, en 1837. Al año siguiente se imprimía en Valencia, y en 1840 se reimprimía esta edición en

se adquiere sobre bienes muebles e inmuebles.¹¹⁶ Pero especialmente sobre los bienes raíces, ¿cómo se pierde la posesión? Corbalán cita la *Partida 3, 30, 17*:

“non pierde la tenencia della sinon por una de estas tres maneras. La 1.^a es si lo echan della por fuerza. La 2.^a es, si la entra otro alguno no estando él delante e quando vienes despues, non lo reciben dentro en ella. La 3.^a es, quando oye que alguno entró la cosa de que él era tenedor e non quiere ir allá, porque sospecha que non le querrán dejar entrar en ella, o que lo echarian ende por fuerza si la entrase (...).¹¹⁷”

Se refiere también al problema de la posesión *solo animus*. No le cabe duda de que la renuncia o abandono es también una forma de perderla (Partida 3, 12, 30) pero, no habiendo renuncia expresa “(...) *si el poseedor sale de la heredad sin dejar en ella quien lo represente en la posesion, i pasa largo tiempo sin ejercer acto alguno por donde se infiera que la conserva, ¿a qué deberá atenderse para declarar perdida o no la posesion?*” La interrogante planteada por Corbalán tiene mucho sentido de acuerdo con los supuestos anteriores a los del sistema establecido en el Código: antes de 1859, la existencia de un título, estuviera o no inscrito en alguna clase de registro, no es un factor determinante para resolver la cuestión planteada.¹¹⁸

Caracas. En 1847 apareció un *Suplemento al diccionario razonado*, y en 1852, póstumamente, se editaba en París. Incluso en 1901 aparecía una *Novísima edición*, también parisina. Sirvió también de inspiración a muchas obras similares, como el *Diccionario de legislación peruana*, de Francisco García Calderón (1.^a ed. en 2 volúmenes, 1860-1862, con un suplemento de 1864; 2.^a ed. impresa en Lima y en París, en 1879); el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia mexicanas*, de Antonio de J. Lozano (1905) y, en nuestro país, al *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia chilenas*, de Carlos Risopatrón Argomedo (1883).

¹¹⁶ Ibid., p. 434. “La ocupacion puede verificarse de varios modos: 1.º por la aprehensión corporal de las cosas que no reconocen dueño, i que pertenecen al primer ocupante, si son muebles, o entrando en ellas si son raices: 2.º por la tradicion de mano a mano hecha por el enajenante al adquirente cuando la cosa es mueble, o la introducción cuando es inmueble: 3.º por la entrega de algún símbolo o señal que denota la tradicion: 4.º por la entrega de la escritura o instrumento de adquisición: 5.º por solo la vista de la cosa con voluntad del que enajena: 6.º por declaracion del poseedor actual que dice que posee a nombre de otro, i que retiene la cosa en razon de arrendamiento, usufructo u otra causa: 7.º por adjudicación judicial en razon de pago o vencimiento en juicio (...) i 8.º en los derechos o servidumbres, por el uso de aquel a quien se conceden, sabiéndolo i consintiéndolo el que los sufre”.

¹¹⁷ Ibid., p. 436.

¹¹⁸ Ibid., pp. 436-437. Con el fin de resolver el problema, el memorista ofrece a modo general las opiniones de DIEGO DE COVARRUBIAS (1512-1577) y de ANTONIO GÓMEZ (1501-1572), sin especificar a cuáles obras se refiere; el primero “(...) dice que la posesion que se conserva con el ánimo solamente no dura mas de diez años, i que, trascurrido este tiempo, se presume que ha cesado la

Ahora, respecto de la *Memoria* de CESARIO PÉREZ¹¹⁹, podemos apreciar también un marcado tono filosófico, más que propiamente jurídico. Por ello, es difícil precisar hasta qué punto las ideas presentadas por él eran representativas de la generalidad de los abogados y profesores de su época, pero no cabe duda de que algunas de sus afirmaciones se apoyan en autores que a mediados del siglo XIX eran bastante conocidos y cuyas opiniones gozaban de general aceptación.

Varios son los temas que preocupan a este memorista. Quizás la mejor manera de resumir su planteamiento sobre la prescripción es destacar la dualidad que se presenta entre la propiedad ideal y la posesión en el mundo material:

“Idealmente considerados los derechos son eternos e imperecederos, i el tiempo que no tiene fuerza sino en lo contingente, no puede destruirlos sin atacar a Dios mismo, porque ellos son el reflejo i la manifestación de ese tipo universal i puro; de ahí nace esa máxima: *tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris*”.¹²⁰

Asimismo, Pérez dedica algunas páginas a una discusión que en su época no era en lo absoluto inusual, y que lo mismo que el problema sobre la determinación de la naturaleza fáctica o jurídica de la posesión, siguió siendo abordado en memorias de licenciatura incluso ya comenzado el siglo XX: si es que la prescripción era una institución del derecho natural o del derecho civil, y si encontraba alguna especie de justificación o legitimación, además, en el derecho canónico.¹²¹

voluntad de poseer. Antonio Gomez, con otros que cita, cree que este tiempo debe ser arbitrario, que debe dejarse al concepto del juez, quien considerará además la calidad de la cosa, del lugar i de las personas”. Corbalán se manifiesta de acuerdo con la postura más casuista de Gómez.

¹¹⁹ Juró como abogado el 25 de agosto de 1852. Diputado por Vichuquén entre 1879 y 1882. DE RAMÓN, Armando, *op. cit.* (n. 32), v. III, p. 236.

¹²⁰ PÉREZ, Cesario, *Memoria sobre la Prescripcion*, p. 311. “En efecto, la prescripcion no es obra solo del poder del tiempo- tiene su fundamento en el hecho del hombre- en la posesión del que adquiere- en la renuncia del derecho del que descuida su propiedad- El tiempo no interviene sino como medida de la lei en esta especie de adquisición”. La cita es de GIAMBATTISTA VICO (1668-1744), y su *Principi di Scienza Nuova d'intorno alla Comune Natura delle Nazioni*, cuya sexta edición en italiano, en cuatro volúmenes, se publicó entre 1811 y 1816. Una edición en un único volumen apareció en Milán en 1848 y otra, también en un único volumen, al año siguiente en Florencia.

¹²¹ *Ibid.*, p. 316. El derecho canónico no miraba con buenos ojos la prescripción adquisitiva extraordinaria. Para Pérez, los mismos motivos que justifican la prescripción aconsejan permitir lo que, al menos en principio, es una amenaza al derecho natural por parte del derecho positivo. Por su parte, el derecho canónico, si bien admite la prescripción de treinta años lo mismo que el derecho

Lo que llama la atención es que el autor identifica dos clases de prescripción, en atención a si esta es de buena o de mala fe. Dice que la primera encuentra su justificación en la ley natural, mientras que la segunda es institución del derecho civil, "(...) que ha tenido por fundamento, el bien del estado, el premio del trabajo, un castigo de una culpable negligencia, i de una ociosidad perjudicial". A continuación, propone examinar el núcleo de la cuestión, cuya respuesta es esclarecedora para los efectos de nuestro trabajo: "Examinemos –dice Pérez- el otro término de la cuestión; *si es lejítima la prescripcion del que ha tenido mala fé desde su orijen*". En otras palabras, se trata de determinar si es posible la prescripción adquisitiva basada en la usurpación de un bien raíz; una lectura atenta demuestra que no es completamente hostil a la idea de legitimar la posición del usurpador por medio del trabajo continuado:

"Nada pueden contra el derecho, la injusticia i la violencia, nada se puede cimentar sobre ellas, sin que esté marcado con el sello de la impotencia i de la ilegitimidad; pero, tal es el ascendiente del derecho, que, los mismos que lo desconocen tratan de ponerse sobre su éjida, sabiendo que es el único que puede consolidar las cosas humanas- *Así vemos al usurpador, cómo se apresura a entregarse al trabajo, cómo utiliza, al mismo tiempo paga con puntualidad las contribuciones anexas a su fundo i procura la amistad i la buena armonía con sus colindantes- Quiere con el trabajo tener al ménos una apariencia de derecho, i con su diligencia de buen padre de familia, purgar el vicio orijinario de su posesion*".¹²²

Sin embargo, la apariencia de legitimidad no basta por sí sola para transformar al que usurpa en un poseedor de buena fe. Y en principio, no se le debería otorgar el dominio por prescripción. Aquí es en donde Pérez explica:

"Por las relaciones que existen entre las partes, no puede darse, pues, la razon de la prescripcion al poseedor de mala fé- Es preciso elevarse a relaciones mas jenerales, consultando el derecho convencional, que, por razones de utilidad pública, muchas veces cria derechos i deberes, cuyo

civil, introduce una condición fundamental: debe estar necesariamente acompañada, y por todo el tiempo que se prolongue, por la buena fe. Sin embargo, el mismo Pérez reconoce que dicha condición "*es mui fecunda en inconvenientes: abre campo a pleitos infinitos i es una fuente inagotable de inquietudes, haciendo bambolear el reposo i la propiedad de las familias*".

¹²² Ibid., p. 315.

fundamento por cierto no es el derecho natural- *Allí está, pues el principio que hace legítima la posesion que, en su principio, ha sido viciosa, cuando esta posesion ha durado 30 años sin haber sido perturbada nunca en este largo periodo de tiempo*".¹²³

En rigor posteriores a la promulgación del Código, pero de caracteres muy similares a las memorias que acabamos de estudiar, son las de PEDRO MATUS (1830-1885)¹²⁴, *La posesion civil i sus efectos* (Nº 16, pp. 149-157, año 1858) y la de ADOLFO CALDERÓN (1841-1921)¹²⁵, *Necesidad i justicia de la prescripcion en general, i cuestiones particulares en órden a la prescripcion de que trata el derecho comun i la Ordenanza de Minas del Perú* (Nº 28, pp. 681-694, año 1866). La de Matus comienza, lo mismo que la de Corbalán, tratando acerca de la naturaleza y origen de la posesión. Su preocupación principal está en distinguir claramente entre esta y la propiedad; por lo que a la primera le concede el papel de un hecho, y a la segunda

¹²³ Ibid., pp. 315-316. "Si fijamos nuestra atencion en el órden público, fácilmente nos convenceremos que existe un término pasado el cual es mui peligroso pedir cuentas a los ciudadanos del orijen de su fortuna i condición.- I respecto de las instituciones civiles i políticas, podrían causarse lastimosos trastornos, sondeándolas hasta su orijen para descubrir los defectos de la autoridad y justicia (...) Por el hecho solo de haber durado largo tiempo en una posesion, por el hecho solo de haber permanecido tranquila por una larga serie de años en las mismas manos, debe ser respetada i las indagaciones deben detenerse delante de ella.- La antigüedad es el fundamento sobre que reposa, consagrada por el tiempo es reputada legítima i auténtica por una ficcion que aconseja el bien público. Sin duda, la usurpacion estará algunas veces en su origen, pero, para curar una herida, no debemos poner en alarma a la sociedad entera".

Aunque el fundamento final de la prescripción está en la recompensa al trabajo, de todas formas debe proceder conforme a los requisitos establecidos por el derecho civil. El autor identifica cinco: 1) Buena fe, la que él entiende como que el poseedor crea que la persona de quien la recibió tenía su propiedad o el derecho a enajenarla, y basta con tenerla al principio de la posesión (en relación a la Partida 3, 29, 12); 2) Justo título o causa capaz de trasladar el dominio; 3) posesión continuada pacífica y a título de propietario: "Pacífico quiere decir adquirido sin violencia ninguna, pues la violencia es un obstáculo a la posesion – i a título de propietario, pues no es dado adquirir por prescripcion a los poseedores en nombre de otro como al arrendatario, depositario o comodatario"; 4) el tiempo señalado por la lei (...) las cosas inmuebles se prescriben por 10 años entre presentes i 20 entre ausentes (...) Lo dicho se refiere a la posesion de buena fé, que para la de mala fé se requiere 30 años continuos sin ninguna interrupción; y 5) el quinto requisito es la prescriptibilidad, es decir que la cosa pueda prescribirse". La cita en p. 317.

¹²⁴ Juró como abogado el 2 de enero de 1858. En fecha incierta se desempeñó como juez de letras en Los Ángeles; pasó a ser Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción en calidad de titular el 10 de octubre de 1882, falleciendo en ejercicio de este cargo. DE RAMÓN, Armando, *op. cit.* (n. 32), v. III, pp. 114-115.

¹²⁵ Juró como abogado el 18 de julio de 1866. Fue juez titular de Ovalle entre 1882 y 1883, cargo del cual renunció. En julio de 1891 se le nombra como fiscal de la en ese momento novísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, pero es destituido dos meses después. Pasó a ser promotor fiscal en lo criminal de Santiago desde 1907, cargo que ejerció hasta 1917. DE RAMÓN, Armando, *op. cit.* (n. 32), v. I, p. 218.

la causa jurídica primordial de la que se desprende. Ambas obedecen a un fin último, cual es la estabilidad y permanencia de los frutos y resultados obtenidos mediante la colaboración e industria de los individuos.¹²⁶ Pero en términos más concretos su interés radica en lo que él juzga como el principal efecto de la posesión, que no es otro que la prescripción:

“La posesion, como se demostrará, es uno de los medios que acuerda la lei para adquirir la propiedad a virtud de un lapso de tiempo, haciendo presumir al poseedor provisoriamente propietario. Pero esta importante presuncion de propiedad no fue adherida a una posesion efímera o mui reciente; *la lei ha exigido sabiamente el trascurso de un tiempo preciso de posesion para acordar al poseedor el derecho posesorio (...)*”.

Matus destina algunos párrafos para realizar una pequeña introducción histórica a la posesión en el derecho romano y en el derecho canónico. Cuando realiza su referencia al Código Civil, que en su época ya había entrado en vigencia, no cita el artículo 700, sino que al *Ordenamiento de Alcalá* (título 9, ley 4), a la *Novísima Recopilación* (libro 11, título 8, ley 3) y al artículo 2228 del *Code* de 1804. Para este memorista el artículo del *Code* es fundamental:

“Esta definicion prueba que para poseer es menester detener o hacer detener la cosa por si mismo, con intencion de atribuírsela. Sin este *animus domini*, la posesion no sería mas que una detención, simple hecho desprovisto de carácter legal (...) Como para hacernos entender que no habia necesidad de creerse propietario, sino que bastaba quererlo ser. De donde resulta que la buena o mala fé no pueden constituir un precedente que haga imposible la posesion. El que compra con conocimiento de causa la cosa de otro, posee verdaderamente; *el que usurpa a sabiendas la heredad de su vecino i ejecuta actos posesorios, posee tambien*; aunque ambos saben que no son propietarios. Detienen por si, quieren apropiarse lo que detienen, i esto es todo lo necesario para poseer”.¹²⁷

¹²⁶ MATUS, Pedro, *La posesion civil i sus efectos*, pp. 149-150. “Nacido el hombre para la necesidad i tambien para el trabajo, ha sido dotado por l naturaleza de una organización privilegiada que le permite obrar sobre la materia i elaborarla para su uso. Cuando emplea su industria para sojuzgarla, su inteligencia le dice que depone en ella una parte de él mismo, i su libertad le enseña que nadie podrá arrebatarla. Pero ¿cree que trabaja exclusivamente para el instante presente? No! La idea del porvenir le sostiene i le alienta (...)”.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 153-154. Para Matus, el elemento determinante es el *animus domini*, el que además funciona como el criterio principal para distinguir entre las distintas clases de posesión: “(...) Los que

Finalmente, vuelve a la cuestión de la naturaleza de la posesión. Él mismo reconoce que, en su tiempo, la discusión se ha enfriado a raíz de las definiciones que se ofrecen en los Códigos, pero ello no lo inhibió de ofrecer algunas consideraciones sobre la posibilidad de usucapir un bien raíz usurpado.¹²⁸ Incluso considerando el origen delictual de la posesión del usurpador, la continuidad de sus actos de goce junto con el transcurso del tiempo termina por legitimar su situación. Matus se muestra, sin duda, inclinado a favorecer la prescripción extraordinaria, aun cuando no se apoya en ningún artículo pertinente del Código:

“No es justo decir que la posesion no puede ser un derecho, porque ella nace de un delito. Sin duda, si cada uno de los actos del nuevo poseedor fuese un delito penado criminalmente, sería contradictorio que la lei los hiriera con una pena i les acordase al mismo tiempo el beneficio de un derecho de posesion cualquiera. *Pero cabalmente no es asi, porque desde que la cosa ha sido ocupada por violencia, la posesion continúa luego por actos de goce pacífico que la lei no reprueba, i desde la fecha de esos actos es cuando la posesion comienza a ser útil (...)* Observaré en fin, que, aun cuando la usurpacion cometida de mala fé tuviera el color de un cuasi-delito, al menos él desaparecería con el tiempo; la prolongación del goce traería por efecto natural el hacer presumir que ella es lejítima”.¹²⁹

detienen sin título, pero que detienen al menos por sí mismos, como el hurtador de un mueble, o el usurpador de un fundo, poseen naturalmente, i en cuanto detienen *cum animo habendi sibi*, pueden optar despues de cierto lapso de tiempo a las acciones posesorias; mas no, los que he llamado meros detentores [como el usufructuario o el comodatario]; de suerte que, no sería exacto decir que tenían la posesión natural”. Matus realiza menciones particulares sobre la posesión y prescripción de los inmuebles, haciendo hincapié en que durante el transcurso de un año se pueden ejecutar toda clase de actos materiales que signifiquen faena e industria por parte del poseedor: “La detención con espíritu de dueño no es mas que un hecho en su oríjen; pero este hecho puede consumir un derecho a virtud de ciertas circunstancias. El goce pacífico durante un cierto tiempo hace presumir la propiedad: presuncion que se constituye de una manera irrefragable despues de un año de posesion continúa, tiempo fundado en la naturaleza de los casos, *porque el lapso de un año parece ordinariamente necesario para practicar en un bien raíz todos los actos que caracterizan una verdadera posesion*”.

¹²⁸ Ibid., pp. 155-156.

¹²⁹ Ibid., p. 156. En lo que respecta a la cuestión final tratada por el memorista, acerca de si la posesión es un hecho o un derecho, bástenos por ahora en consignar las referencias que Matus hace de ciertos autores: “M. Troplong no niega precisamente que nazca un derecho de la posesion, pero niega que este sea un derecho propio de la posesion misma. Este no es, según él, sino una imájen imperfecta, i como una sombra de la propiedad, de la cual toma todos sus efectos, toda su fuerza. Este pretendido derecho de posesion no puede nada por el mismo; él no opera mas que al abrigo de una presuncion de propiedad; de tal modo que allí donde la idea de propiedad es imposible, el derecho de posesion queda herido de impotencia. No es pues un hecho especial: *Jus ex possessione, non ius possessionis*. Tal es la manera en que razona este autor en su tratado de prescripcion tit. 1.º num. 237(...) Esta observacion no es nueva. Ella habia sido hecha por M. Thibaut en su Derecho de las Pandectas. La posesion, dice, es un puro hecho que no constituye ningun

Pasemos ahora a ver la última de las memorias de este apartado, la de ALFONSO CALDERÓN. Como las anteriores, aborda el tema desde una perspectiva más filosófica que jurídica. Esto se desprende de la afirmación con que comienza su trabajo: sin lugar a dudas, la más necesaria de las instituciones del derecho civil es la prescripción. Los fundamentos que este memorista provee para justificarla son los siguientes: 1) la existencia de una garantía que proteja y asegure la propiedad adquirida, y 2) la protección del trabajo y de las expectativas que los frutos de dichas labores sean transmitidos a los herederos.¹³⁰

Aunque Calderón afirma la prescripción es una institución propia del orden civil, no parece que ello sea su preocupación principal, pues la considera también como fundamentada en el derecho natural:

“La prescripción es de derecho civil, porque debe su existencia a la necesidad de procurar a la propiedad las garantías i estabilidad que le son necesarias (...) ; pero esto no obsta a que tenga también su fundamento en el derecho natural: “Además, ¿qué cosa mas conforme a la justicia i a la razón, que el hombre negligente i ocioso pierda la posesión de una cosa que pudo reclamar en tiempo oportuno i que ha pasado a otro que le dará talvez el mérito que, por ignorancia o pereza, no

derecho por si mismo. No teniendo valor legal sino como presunción provisoria, resulta de aquí esta regla, que ninguna posesión tiene lugar donde el derecho de propiedad es imposible suponer (...) Esta es quizá la manera mas lójica de mirar la posesión. Ella es una presunción de propiedad, como la entrega del título es una presunción de su liberación. Cuando la lei hace mantener al poseedor, no es tan solo a este a quien ella protege, sino al propietario presumido. Hechos, en efecto, son estos en que la idea de la propiedad se retira un momento del debate”. Se refiere a ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT (1772-1840) y a su célebre obra *System des Pandektenrechts* [*Sistema de las Pandectas*, como se le tradujo al castellano], cuya primera edición es de 1803; hacia 1828 la obra conoció una séptima edición.

¹³⁰ CALDERÓN, Alfonso, *Necesidad i justicia de la prescripción en general*, p. 682. “A mi modo de ver, su necesidad i justicia está fundada en el interés que tanto el individuo como la sociedad tienen de la existencia de una garantía que proteja i asegure la propiedad adquirida o transmitida. Porque, ¿cuales serían los efectos de una lei que permitiera discutir indefinidamente la legitimidad de mis derechos, que concediera a un tercero el antojo de disputármelos, después de haber sido ganados a costa de inmensos sacrificios? ¿Si la lei, para que sea buena, necesita ser justa, i si el objeto de la justicia es mantener el orden i la estabilidad entre los asociados, dando a cada uno lo que le corresponde i regularizando por este medio los intereses individuales i sociales, habría cumplido su fin una lei que permitiera tales desafueros? De ninguna manera; esa garantía sería ilusoria (...) Pero hai mas todavía: el poseedor de largo tiempo, que ha encanecido en el trabajo de su propiedad, que no ha perdonado sacrificio alguno para mejorarla i hacerla productiva, acomodándola a la satisfacción de sus necesidades i las de su familia, ¿cómo podría abrigar siquiera la consoladora esperanza de dejarla a sus hijos en la seguridad de que no serían despojados de un patrimonio, fruto de tantas privaciones i fatigas?”. Esta memoria, añadimos, se encuentra destacada en LATORRE, Enrique, *Memorias y discursos universitarios sobre el Código Civil Chileno*, v. II, pp. 510-520.

fué capaz de darle? Es, por consiguiente, mui justa la adquisición de la propiedad a título de prescripción, porque con tal garantía el hombre laborioso i activo se entrega gustoso al cultivo de sus propiedades (...).¹³¹

A modo de concluir este sub-capítulo e introducir el siguiente, destaquemos el hecho de estar frente a una memoria publicada en 1866, y de la que podría esperarse, precisamente por ello, alguna suerte de mención o referencia a la posesión inscrita o a la relación entre ella y la prescripción adquisitiva. Sin embargo, nada encontramos sobre tal institución en sus páginas. No carece de dificultad, ciertamente, explicar con certeza el motivo de esta omisión, pues el mismo autor no se preocupa de decírnoslo. En nuestra opinión creemos, sin necesidad de entrar en el ámbito de la pura especulación, que las razones para ello pueden ser las siguientes: i) Calderón nunca se propuso hablar de la posesión *per se*, ni mucho menos de la inscrita: su intención era ofrecer fundamentos extra-normativos que llevaran al lector a concluir, como él lo hace, sobre la necesidad social y económica de la prescripción. Nótese, de todas maneras, que parece considerar que la prescripción, cumpliéndose los requisitos establecidos por el legislador, opera a todo evento; siendo así, tendría para él mucho más sentido permitir antes que restringir la prescripción adquisitiva extraordinaria en contra de un título inscrito, sobre todo cuando se considera que el elemento cardinal de la prescripción en general es el transcurso del tiempo: la posesión como elemento material no es simplemente una tenencia inactiva, sino que se trata de una detentación acompañada de actos que demuestren trabajo continuado, lo que no ocurre necesariamente con la que se permite reclamar mediante inscripción de un título (por lo que podríamos hablar de una posesión calificada); y ii) consideremos que la posesión inscrita era una institución completamente novedosa en 1866, o por lo menos lo era para los alumnos del Curso de Leyes que comenzaron sus estudios a poco de entrar en vigencia el Código, y de los cuales Calderón era parte; por tanto, carecía de interés para él plantear cuestiones a resolver sobre el Registro del Conservador o sobre los artículos 924 y 925, por ejemplo, pues todavía no se

¹³¹ Ibid., p. 683.

suscitaban, en el ámbito práctico, controversias sobre el alcance de dichas disposiciones o sobre el funcionamiento de tal entidad. Esta situación se extendió durante décadas: en efecto, no volvemos a encontrar memorias de licenciatura que versen sobre la posesión o sobre la prescripción sino hasta treinta años más tarde.

iii. La posesión inscrita en las memorias de prueba posteriores al Código

Como puede apreciarse, los trabajos de que hemos dado cuenta presentan, a modo de nota común, la prescindencia de un análisis normativo exhaustivo respecto de la posesión y de la prescripción; incluso en aquellas posteriores a la promulgación del Código, la posesión inscrita y los problemas que suscitaba no son siquiera mencionados. Por ello, vemos un tratamiento más libre del problema, en el que la adquisición de la posesión de los inmuebles no se ciñe a ninguna solemnidad externa y en el que a la prescripción adquisitiva se le reconoce todavía el amplio alcance que siempre tuvo en la época del *ius commune*.

Aunque es innegable el interés que revisten los trabajos de Corbalán, Pérez, Matus y Calderón, por las razones apuntadas, representan solamente el anticipo de una larga serie de memorias publicadas entre 1890 y 1910, y que trataron ya fuera sobre la posesión o la prescripción. Lo que caracteriza como conjunto a tales trabajos es que, sin llegar al abandono total de las aproximaciones filosóficas o ius-históricas, abordan el problema fundamentalmente a partir de la norma. Esto, como tendremos ocasión de apreciar, no empobrecía la discusión ni mucho menos resultaba una tarea inútil, pues el Código había implementado un sistema posesorio novedoso, cuyas normas, según estudiamos más arriba, no tuvieron una forma definitiva sino hasta las últimas etapas de trabajo de la Comisión Revisora, y que no estaban basadas en el derecho romano-castellano. Si consideramos, además, las dificultades interpretativas generadas por los artículos, podemos encontrar la razón que explica la serie de numerosas exposiciones que pasaremos ahora a comentar, atendiendo, lo mismo que en el apartado anterior, al año de publicación.

Comencemos por SAMUEL RIVERA VALENZUELA (1872-1962)¹³², quien en 1897 publicó *Algo sobre posesión* (Santiago: Imprenta Cervantes, 20 pp.) La base en que se asienta esta memoria es la clasificación de la posesión que, a juicio de Rivera, es la más importante: no la que distingue entre posesión civil o natural (de acuerdo al lenguaje propio del *ius commune* y que aparecía en el *Proyecto de 1853*), o entre regular e irregular (que fue finalmente la que se adoptó en el Código), sino la que distingue entre legal o ficticia y real o material.¹³³ Sin embargo, queda de manifiesto que al formular esta clasificación su propósito no es estrictamente científico, sino que busca establecer la superioridad de la primera sobre la segunda:

“Aunque materialmente puede una persona tener una cosa con ánimo de señor o dueño al mismo tiempo que otra persona tiene la posesion inscrita de esa cosa, son embargo, *podemos decir que solo existe en ese caso la posesion legal, porque ésta ha sido equiparada a aquélla por la lei. Ante la lei, habiendo posesion legal respecto de una persona sobre una cosa determinada, es imposible la posesion material de otra persona sobre esa misma cosa. O, mas claro, habiendo posesion legal, la posesion real no produce los efectos que le atribuye la lei en los demas casos*”.¹³⁴

Además, distingue el derecho a la posesión del hecho mismo que es la posesión, considerando a la primera como un atributo (el principal) del dominio. Y ambas pueden coexistir con respecto del mismo bien, en relación a distintas personas. Esta distinción “(...) resuelve un punto bastante discutido hasta ahora. *Consiste en determinar si la posesión es un hecho o un derecho*”. Según Rivera, si se considera a la posesión como un hecho, no hay incompatibilidad en la coexistencia del dominio por una parte y la posesión por otra, si se atiende a que el derecho a poseer es el

¹³² Juró como abogado el 30 de julio de 1897. Se desempeñó en la judicatura como Juez de Letras en Osorno, entre 1911 y 1922, año en el cual pasa a ocupar el cargo de promotor fiscal de Valdivia, en el cual jubiló en 1926. DE RAMÓN, Armando, *op. cit.* (n. 32), v. IV, p. 45.

¹³³ RIVERA VALENZUELA, Samuel, *Algo sobre posesión*, p. 3. “La primera división que podemos hacer de la posesión es en legal o ficticia i real o material. Llámese legal la primera porque trae su oríjen inmediato de la lei. Está equiparada a la segunda como despues veremos. La posesion real es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño. Esta posesion se obtiene por el hecho de ocupar una cosa con ánimo de señor o dueño, a diferencia de la posesion legal o ficticia que se obtiene por la inscripcion del título de la cosa. El hecho de la ocupacion es, pues, el oríjen inmediato de la posesion real; la lei es el remoto”. Como se sabe, la expresión ‘posesión legal’ aparece en el artículo 688, y no cabe duda de que Rivera la adopta a partir de ahí, empleándola en el sentido que acabamos de ver.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 4.

principal atributo del dominio. Pero más adelante realiza una afirmación contundente:

“En un solo caso podemos decir que la posesion es un derecho i es el de la posesión inscrita (...) *Esta posesion no pasa a otras manos sino con el dominio mismo, ya sea por la compraventa o por la prescripcion de treinta años. Etc.*”¹³⁵ Y continúa: “En donde está la verdadera dificultad o, por lo ménos, en donde parece encontrársela cuando no se ha hecho un estudio atento, es en saber si la posesion que la lei da cuando se inscribe un título de dominio es solamente la posesion del derecho de dominio que a su vez da el derecho a la posesion, *o si la lei ha equiparado, ademas, el hecho de la inscripcion a la verdadera tenencia de la cosa con ánimo de señor o dueño sobre ella*”.

El estudio de este trabajo nos resulta útil por ofrecer un testimonio invaluable del estado de la cuestión hacia finales del siglo XIX, ya que sintetiza las dos teorías que, al parecer, dominaban la argumentación sobre nuestro problema. Rivera entiende que la ‘teoría’ (se entiende que la de la posesión inscrita) se basa fundamentalmente en el artículo 924, que prescribe: “La posesión *de los derechos inscritos (...)*”, y quienes la sostenían argumentaban que el tenor literal de la disposición es claro y no había que buscar otro significado. El artículo 925, por su parte, es el que contiene a la posesión real, pues emplea las palabras “posesión del suelo”. Y como en este último caso la posesión se prueba por hechos positivos, solamente cabía distinguir dos clases de juicios posesorios: uno en que únicamente se discute la posesión de los derechos y otro en que se trata de la posesión de la cosa misma.¹³⁶

¹³⁵ Ibid., p. 7. “Piensan i sostienen muchos que la posesion que da la lei cuando se inscribe un título es solamente la posesion del derecho, i que, por consiguiente, en el caso de inscripción de un título de dominio puede coexistir con la posesion del derecho de dominio la posesion del suelo encarnada en persona distinta de la que tiene la posesion del derecho. *A la posesion que nace de la inscripcion la llaman legal, i llaman real o material a la otra*”.

¹³⁶ Ibid., pp. 9-10. En consecuencia, la primera clase de juicios se prueban por la inscripción y la segunda de conformidad con el artículo 925. De esa manera, en un litigio que se pide la posesión de un fundo cuyo título esté inscrito, habrá que probar el año de posesión real por medio de testigos, sin que baste la inscripción por sí sola, como sí bastaría, en cambio, en el caso de que la inscripción diera, además de la posesión del derecho, la de la cosa misma. Los artículos 924 y 925, entonces, no se contradicen, pues el primero rige para el caso de que se trate sobre la posesión de un derecho inscrito y cuya inscripción haya durado más de un año; y el segundo, para los demás casos, es decir, cuando se litigue de la posesión de la cosa misma y para la posesión de un derecho no inscrito o cuya inscripción no haya durado un año. El mismo Rivera admite que “esta doctrina tiene muchos visos de verdad porque en mucha parte es exacta”. Pero ofrece la siguiente respuesta, que

Para nuestro memorista, las dificultades desaparecen con la armonización entre los artículos 724, 726 y 728, ya que los dos primeros hablan de ‘cosa’ inscrita y no de ‘derecho’ inscrito. Con respecto al artículo 730, Rivera señala:

“Como se ve, nuevamente se declara que la posesion de una cosa cuyo título está inscrito es casi indestructible. Solo es posible perderla de la misma manera que se adquirió (...) Despues de estudiados estos artículos, *queda probada de una manera indubitable la doctrina que sostenemos*, i sin la fuerza contraria que no tiene a su favor disposiciones terminantes como las citadas, i que solo se basa en la omision de algunas palabras en el artículo 924”.¹³⁷

¿Qué aplicación reciben, entonces, los artículos 925 y 2510? Rivera, manteniendo la coherencia con sus opiniones anteriores, adhiere a la doctrina más aceptada de su época, la que postulaba la especialidad de estas disposiciones:

“Solo hai un caso en que, tratándose de posesion inscrita, el hecho de que tenga la cosa una persona que no es el poseedor inscrito pueda dar oríjen a un derecho; tal es el caso de la prescripcion extraordinaria de que habla el artículo 2,510, i aun en este caso (...) viene a ser una confirmacion de la doctrina que sostengo ántes que un argumento en su contra, porque exige circunstancias especiales indicadas en parte en el artículo 2,505 (...) *Entenderemos, por consiguiente, el artículo 925 como una disposicion dictada para legislar en aquellos casos en que, tratándose de la posesion de los derechos, no hubiere título inscrito, o habiéndolo, no haya durado un año la inscripcion, i para los casos en que se trate de la posesion del suelo i no haya igualmente título inscrito o éste tenga menos de un año de duracion*”.¹³⁸

procederá a desarrollar en extenso: “Únicamente deja que desear, a mi juicio, *en cuanto no reconoce que la inscripción dé la posesión ficticia de la cosa, posesión que equivale a la posesión real*”.

¹³⁷ Ibid., pp. 11-13. Pero, ¿con qué fin el legislador se propuso instaurar este régimen posesorio? Según Rivera: “lo que verdaderamente se ha propuesto el Lejislador *al conceder esa posesion ficticia equivalente a la posesion real de la cosa al que hace la inscripcion*, es dar una seguridad de que nadie nos podrá quitar la propiedad de nuestras cosas miéntras no cancelemos la inscripcion, i esta seguridad es al mismo tiempo un estímulo para que todos inscriban los títulos de sus bienes (...)”

¹³⁸ Ibid., pp. 14-16. ¿Puede, en suma, prescribir un derecho inscrito? Rivera reconoce que “Entre los argumentos principales i de mayor importancia de los que sostienen que la inscripcion no da la posesion de la cosa sino únicamente la posesion del derecho, el de la prescripcion es uno de los mas fuertes a primera vista. La prescripcion de un inmueble cuyo título está inscrito seria completamente imposible, dicen, aceptando la doctrina de que la inscripcion da la posesion de la cosa, porque para prescribir es necesario poseer i esa doctrina dice que nadie puede poseer si que se cancele la inscripcion. I resultaría, agregan, que el artículo 2505 no tendría nunca aplicación”.

¿Y respecto de las decisiones judiciales en esta materia? Se supone, siguiendo la teoría de la posesión legal o ficticia, que en los juicios posesorios puede alegarse el título inscrito para probar la posesión del derecho o del hecho, sin que requiera aplicarse el artículo 925 y tener que probar, además, la posesión del suelo. Sin embargo *“la práctica de los tribunales es (...) no admitir la prueba de la inscripción por sí sola cuando se debate el hecho de la posesión, lo cual, a mi juicio, es una errónea aplicación de la ley; una interpretación inexacta que necesariamente tendrá que desaparecer”*. A juzgar por esta opinión, Rivera sigue también en este punto a la doctrina mayoritaria de su época. Junto con citar los artículos 2506 y 2507, sostiene que es imposible la posesión de otra persona que que no sea el que ha inscrito su título, y faltando aquella, falta entonces un requisito indispensable para que opere la prescripción.

De la prescripción extraordinaria, se plantea el caso de si puede proceder este modo de adquirir por parte de quien detenta la cosa con título de mera tenencia. Propone la siguiente explicación: este artículo en su regla 3ª es el único caso en que el lapso de tiempo muda la mera tenencia en posesión. Con esto,

“(...) quedaría demostrado que es posible la prescripción adquisitiva de un derecho inscrito, pues, la prescripción extraordinaria no exige en ningún caso posesión. Si la exigiera, los derechos inscritos serían completamente imprescriptibles. Podemos contestar, pues, que el artículo 2505 no queda sin aplicación”.¹³⁹

En suma, Rivera se muestra en este tema como un ecléctico. Admite la aplicación del artículo 2510, pero solamente para el caso de que detente quien tiene un título de mera tenencia y siempre que el inmueble sobre el que ejerce el respectivo derecho no se encuentre inscrito. De esta manera, se salva la contradicción entre los artículos 924 y 925, y entre los artículos 2505 y 2510.

¹³⁹ Ibid., p. 19.

También en 1897, VÍCTOR M. VERGARA publica sus *Breves observaciones acerca de la prescripción* (Santiago: Imprenta San Buenaventura, 23 pp.) Como advertimos antes, a varias décadas de promulgado el Código, y a pocos de comenzar el siglo XX, las memorias de prueba todavía abordan el problema inicialmente desde una perspectiva filosófica. Así, Vergara plantea la antigua cuestión sobre el fundamento de la prescripción, esto es, si está legitimada por la ley civil o la natural. No deseando recurrir a argumentos extensos, se limita a considerar que "(...) la prescripción trae del derecho natural su fundamento ó razón de ser, es evidente", pero "(...) su real existencia se la da la ley positiva".¹⁴⁰

Pero además, ¿qué función desempeña la prescripción en la sociedad? No deja de ser llamativo el hecho de que este modo de adquirir encuentra su justificación, más que en la seguridad o estabilidad jurídicas, en el trabajo continuado con el que se aprovechan los rendimientos del objeto, el cual no se especifica si debe ser mueble o inmueble, pero puede inferirse del contexto que se está refiriendo a los bienes raíces:

"(...) parece contraria á la equidad natural que no permite se despoje á nadie de sus bienes en contra de su voluntad ó sin su noticia, ni que uno se enriquezca con la pérdida de otro (...); pero (...) también es de derecho natural que el dominio de las propiedades no debe quedar por largo tiempo incierto é inseguro. Además, ¿qué cosa más conforme á la justicia y á la razón, que el hombre negligente pierda la posesión de una cosa que pudo reclamar en tiempo oportuno y que ha pasado

¹⁴⁰ VERGARA, Víctor M., *Breves observaciones sobre la prescripción*, pp. 5-6. De hecho, su exposición sobre los requisitos de la prescripción está basada en su idea de esta como una institución de naturaleza dual, esto es, tanto civil como natural. "(...) Entre estas condiciones hay una que se funda en la naturaleza de las cosas y que la ley positiva no puede eximir: ella es la buena fe del poseedor. Por la prescripción se priva á un individuo de un bien que le pertenece para hacerlo servir á otro en consideración de la utilidad de todos. Esta utilidad común se consulta cuando la privación impuesta al dueño, cede en provecho del hombre de bien, al propio tiempo se le ataca cuando cede en provecho del ímprobo. Si se favoreciese con la prescripción al poseedor de mala fe, sería autorizar y alentar el robo, autorizar y alentar la violencia, el fraude, la omisión en el cumplimiento de las obligaciones. *Hay circunstancias de que por el bien público no conviene permitir la inquisición de la buena ó mala fe, como es la de un larguísimo trascurso del tiempo; pero esto parece que sólo pudiera aplicarse en el fuero externo; en el interno, la mala fe es para la prescripción un obstáculo insuperable (...)*" El fuero interno o externo del prescribiente como un factor que determina la calidad de su posesión y, por consiguiente, la posibilidad de que pueda o no llegar a adquirir por usucapión (independientemente del período de tiempo que ello tome) es propia del derecho canónico, que a juzgar por las expresiones de Vergara éste no parece desconocer.

á otro que le dará tal vez el mérito que por ignorancia ó por pereza no fue capaz de darle? Es por consiguiente, muy justa la adquisición de la propiedad á título de la prescripción, porque con tal garantía, el hombre laborioso y activo se entrega gustoso al cultivo de sus propiedades, sin que le asalte el temor de verse desposeído de ellas”.¹⁴¹

Para Vergara, la prescripción extraordinaria no es, por lo demás, ilícita o inmoral.¹⁴² Al contrario, es necesaria también dentro del contexto de la posesión inscrita, pues auxilia a quienes deben justificar sus derechos en caso de que los documentos que les sirven de título lleguen a destruirse o extraviarse. Sin embargo, aun cuando esta clase de prescripción pueda obedecer a motivos eminentemente prácticos, no parece que este memorista considerara su justificación moral más allá de los casos contemplados en el sistema registral. En efecto, no deja llamar la atención que, considerando la explicación desde la perspectiva económica, filosófica y social hace este autor de la prescripción (incluso de aquella que contiene en su origen un núcleo de ilicitud) llegue a mostrarse tan restrictivo con el alcance del artículo 2510:

“El Código nos dice que las cosas que no han podido adquirirse por la prescripción ordinaria, pueden serlo por la extraordinaria. Para adquirir por esta clase de prescripción, no es necesario título alguno y se presume en ella la buena fe. De modo que para la prescripción extraordinaria solo se exige la tenencia de la cosa con ánimo de dueño, por un lapso de treinta años. *Esto debe entenderse sin perjuicio del privilegio de que goza el poseedor inscrito; mientras la inscripción no se cancele, el*

¹⁴¹ Ibid., pp. 6-7. Aunque Vergara no lo cita expresamente, un cotejo textual entre su memoria y la de Adolfo Calderón, que ya hemos estudiado más arriba, refleja que recurrió al trabajo de este para al menos una parte de la introducción. La expresión “Es por consiguiente, muy justa la adquisición de la propiedad á título de la prescripción, porque con tal garantía, el hombre laborioso y activo se entrega gustoso al cultivo de sus propiedades, sin que le asalte el temor de verse desposeído de ellas” aparece en *Necesidad i justicia de la prescripcion en jeneral*, publicada en 1866.

¹⁴² Ibid., p. 7. “No puede dudarse de la legitimidad de la prescripción; y aun cuando se emplee como medio de adquirir bienes que no nos pertenecen en realidad, nada tiene de peligrosa, porque la ley rodea estas adquisiciones de tales requisitos que no hay temor de que pueda ampararse el despojo: el trascurso del tiempo, la falta de posesión, *la ausencia de todo acto del dueño sobre la cosa prescrita, hacen suponer con razón que éste carece de todo derecho sobre ella; y la ley presume que el verdadero dominio se encuentra en quien ostensiblemente le ejerce con actos exteriores*, y cuando el trascurso de un largo período de tiempo hacen desaparecer el tiempo de que surja repentinamente quien invoque mejor derecho que el poseedor, la ley ampara á éste definitivamente, lo declara dueño de la cosa prescrita é impide que en los sucesivos se hagan averiguaciones sobre derechos injustificadamente abandonados”.

*poseedor inscrito no pierde su posesión, ni el hecho de apoderarse de la cosa que tiene título inscrito, confiere posesión al usurpador o actual tenedor”.*¹⁴³

Podemos comprobar la existencia de una tercera memoria de prueba publicada en Santiago el mismo año que las dos anteriores, la de BELISARIO BETANCUR R., y que lleva por título *Memoria sobre la prescripción adquisitiva* (Santiago: Imprenta Cervantes, 1897. 49 pp.) Se trata de una exposición compleja, en la que se abordan varios problemas sobre esta institución jurídica de una manera bastante laxa respecto de las disposiciones del Código y en donde abundan las referencias a la doctrina extranjera, en particular autores franceses. Merece, por tanto, un examen detenido.

Hemos señalado, ya en varias ocasiones, que los memoristas suelen ser bastante receptivos a la hora de admitir y defender la prescripción adquisitiva en la legislación, ya sea por motivos económicos, filosóficos o sociales. No es algo de lo que nosotros, en la actualidad, nos sustraigamos, aunque el fin que le reconocemos a dicha institución sea fundamentalmente procurar la seguridad jurídica. Desde ese punto de vista, Betancur no es la excepción, y hasta se podría decir que en su caso es bastante notorio. Veamos, por ejemplo, qué nos dice de los motivos que han llevado a los legisladores a implementar la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los códigos:

¹⁴³ Ibid., pp. 15-17. La regla 3ª del 2510, a juicio de Vergara, no es exacta, pues “(...) nos dice que el mero tenedor puede prescribir en treinta años (...) La verdad es que un título de mera tenencia se opone á la prescripción, porque el mero tenedor no posee, y sin la posesión no es posible prescripción adquisitiva alguna(...) Mas que presumir mala fe, en el tenedor de la cosa, el título de mera tenencia importa la prueba de la posesión agena, ó del ánimo del señor ó dueño: tal sería, v. gr., el caso del arrendatario. Si el que se pretende dueño no ha podido probar su dominio, es porque le ha faltado la posesión (la tenencia con ánimo de señor ó dueño), no ha hecho acto alguno de dominio. Al contrario, el que alega la prescripción, tenía la posesión de la cosa, ha hecho acto de dominio y no ha reconocido dominio en otra persona. Aquí aparece clara la doctrina: que el que alega la prescripción, prueba haber poseído. Por consiguiente, no ha sido mero tenedor, sino que por el contrario, él tenía la posesión de la cosa. Como se ve (...) hay una contradicción manifiesta en esta tercera regla”.

“Se dice, en efecto, que las mas altas consideraciones de interes social i la imperiosa necesidad de las cosas han decidido a los legisladores a consagrar, cuando un estado de cosas ha durado largo tiempo, aun aquellas usurpaciones mas injustas. *Así supongamos que el poseedor de un campo que voi a reivindicar tuviera la osadía de contestarme: es verdad que yo jamas he tenido justo título para poseer este bien de que yo me he apoderado de mala fe, sabiendo perfectamente que le pertenece a otro; pero hace cuarenta, cincuenta o sesenta años que lo cultivo i que lo tengo en propiedad, por este solo hecho me pertenece, hai prescripcion.* Este lenguaje, por mas atrevido que pueda parecer, será, sin embargo, coronado por el éxito i el usurpador será declarado propietario, a pesar de su confesión, por el hecho de haber poseido como dueño mas de treinta años”.¹⁴⁴

Este memorista se aproxima de una manera bastante oblicua al problema de la prescripción extraordinaria. Primero, se hace cargo del artículo 716:

“La mera tenencia jamas habilita para prescribir, porque ella no constituye posesion alguna, por mas que dure largo tiempo siempre permanecerá la misma, segun lo establece el artículo 716 (...) El usufructuario, el usuario i todos los demas que son meros tenedores, carecen de título para poder prescribir a *ménos que reunan los requisitos enumerados en el artículo citado* (el 2510)”

Como podemos ver, aunque no lo dice expresamente, se adivina su disconformidad con la redacción de la disposición mencionada. En un intento por armonizarla, nos ofrece la siguiente explicación. Para él, siempre que el mero tenedor de una cosa se da por dueño de ella, tiene a su favor la presuncion de la ley mientras que el verdadero dueño no establezca lo contrario. ¿Qué quiere decir esto? La ley protege un estado de cosas que ante el público aparece real, pues de otra manera todos los poseedores permancerían amenazados y ciertamente se producirían graves trastornos por la dificultad que habría en distinguir la verdadera

¹⁴⁴ BETANCUR R., Belisario, *Memoria sobre la prescripción adquisitiva*, pp. 13-14. En verdad, como él mismo revela, Betancur se hace parte de las expresiones de Mercadé, a quien cita solamente por el apellido, sin indicar alguna obra en particular. Se refiere, no obstante, a VÍCTOR MERCADÉ (1810-1854) y muy probalemente a su *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, que en realidad es el título que tomó su obra *Éléments du droit civil français* (publicada en París en 1842, en 3 volúmenes) en su quinta edición, publicada entre 1858 y 1859 en nueve volúmenes. De él Betancur hace la siguiente mención: “Sin duda, agrega el mismo autor, es triste tener que recurrir a tales medios de defensa; pero es necesario que así sea. No se puede cuando un derecho ha permanecido olvidado durante cuarenta, cincuenta años o mas, darle todavía efecto para introducir por todas partes la perturbación. Es preciso que despues de un tiempo bastante largo las posesiones mas viciosas terminen por hacerse lejítimas”.

posesion de la que no lo es. Al establecer el legislador la presunción a favor del poseedor, fue únicamente para el caso que no hubiera otros antecedentes de donde deducir una consecuencia distinta. Así, por ejemplo, si un arrendatario que tiene la cosa en lugar y a nombre del propietario se diera por dueño y pudiera establecerse que aquel ha estado gozando a título de arrendatario, presume la ley en este caso que este estado ha continuado hasta el momento en que la posesion se disputa.¹⁴⁵ La ley, en definitiva, castiga al dueño negligente: se requiere que el propietario ejecute constantemente actos posesorios, si es que posee a nombre propio, o que manifieste sus derechos como dueño, si es que otro detenta en su nombre, con el fin de desvirtuar la presunción de posesión a la que hacen referencia los artículos 716 y 2510.¹⁴⁶

Finalmente, veamos cómo aborda la prescripción extraordinaria contra título inscrito, la que por cierto admite, pero de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 2505. De esta disposición dice:

*“(...) es demasiado terminante, i son mui claras las reglas que establece. Exige en primer lugar para poder prescribir contra título inscrito, otro título inscrito (...) Nos parece que es absolutamente imposible poder interpretar este artículo de otro modo que el que aparece a primera vista al estudiar su tenor literal (...)”.*¹⁴⁷

¹⁴⁵ Ibid., p. 28.

¹⁴⁶ Ibid., p. 31-32. Pero Betancourt se muestra prudente al admitir eficacia prescriptiva a cualquier acto posesorio. Por eso dedica un comentario especial al 2499: “Justa ha sido la disposicion citada al no conferir posesion por la omision de actos de mera facultad i por la mera tolerancia. No porque uno deje de gozar una cosa o tolere que otro ejecute actos que no le reportan perjuicio, va alguien a adquirir por esto posesion (...) La posesion es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño i sin él no se concibe. Al que solamente ve que su vecino permanece en la inacción, sin ejecutar por su parte acto alguno no puede jamás la lei atribuirle posesion. La posesion se adquiere con el alma i con el cuerpo, es decir que es necesario (...) que se ejecuten hechos positivos de aquellos a que da derecho el dominio, v. gr. Cortar maderas, sembrar u otros actos semejantes.”

Por lo visto, la expresión de la norma le parece, con razón, vaga e imprecisa: “No ha sido bastante clara la lei en este punto: se ha limitado a decir que “la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesion, no dan fundamento a prescripcion alguna” El no reportar gravamen de un acto es algo mui vago, depende de muchas circunstancias. Lo que a uno puede perjudicar, puede suceder mui bien que a otro no le reporte perjuicio alguno. *Es, pues, necesario determinar cuál es el límite de la mera tolerancia, pasado el cual pueda adquirirse una posesion que sirva para prescribir*”. La discusión acerca de esta situacion la aborda entre las páginas 32 y 34.

¹⁴⁷ Ibid., p. 42. “Los que interpretan de un modo absoluto la disposicion del inciso 2° del artículo 2510, sin reconocer las condiciones que el artículo 2505 ha establecido para prescribir contra título inscrito, consideran como posesion la simple tenencia material de una cosa i olvidan que jamás puede

Claramente, se muestra como un adherente a la teoría de la posesión inscrita, y de ello no debemos sorprendernos. Sí resulta más interesante para nuestro trabajo el que haya mencionado la existencia de una interpretación contraria, de la que no sabemos quiénes la sostenían, aunque sí en qué consistía: “El artículo 2505 trata de la prescripción adquisitiva, i el 2506 dice que “la prescripción adquisitiva es ordinaria o extraordinaria” *Pero, a pesar de esto, hai quienes sostienen que la disposición del primero de estos artículos (...) se refiere únicamente a la prescripción ordinaria.*” No estima que esta opinión tenga fundamentos sólidos, pues solamente está apoyada en el numerando 1° del artículo 2510,

“(...) pero esta disposición no se opone en lo establecido en el artículo 2505, i si hai oposición entre una i otra, *lo que creemos tampoco existe, seria el caso de averiguar qué disposición debe prevalecer.* El artículo 2510, al decir que para la prescripción extraordinaria no se necesita título algún, no ha distinguido a qué clase de bienes i derechos se refiere, *mientras que el 2505 se ha referido únicamente a los bienes raíces i derechos reales inscritos, por lo cual esta disposición es especial i debe prevalecer sobre la anterior*”.¹⁴⁸

Betancourt sostiene, por lo demás, que la distinción en rigor doctrinaria entre inmuebles inscritos y no inscritos se encuentra en realidad expresamente reconocida en el Código Esto trae como consecuencia la aplicación de reglas distintas para los segundos, fundamentalmente en lo que respecta a las que regulan

adquirirse posesión de un inmueble que está inscrito”. Más adelante (pp. 47 y 48) continúa con su crítica a la doctrina, en cualquier caso minoritaria, que aceptaba la prescripción contra título inscrito: “(...) Si se acepta la interpretación, de los que dicen, que la disposición del artículo 2505 se refiere únicamente a la prescripción ordinaria, es necesario convenir que lo dispuesto en este artículo no tiene objeto alguno, puesto que los bienes raíces inscritos quedan en la misma condición para adquirirlos por prescripción que los que no lo están i por último que todas las disposiciones tendientes a proteger a los poseedores inscritos son completamente ilusorias”

¹⁴⁸ Ibid., pp. 42-45. “Dijimos que no encontrábamos oposición entre la disposición del artículo 2505 i la del 2510 (...) Para la prescripción adquisitiva se necesita posesión i en los bienes raíces o derechos reales que están inscritos, la posesión la tiene aquel a cuyo favor figura la inscripción. No importa que el poseedor inscrito no goce, o que deje gozar a otro, su condición de poseedor no varía absolutamente en lo más mínimo, porque está protegido por numerosas disposiciones además de las del artículo 2505 que nos ocupa”. A continuación, cita y explica los artículos 728 y 924. De modo totalmente inequívoco, dice del segundo que más que una regla probatoria es una verdadera presunción de derecho a favor de la posesión inscrita, puesto que rechaza toda otra prueba con que se pretende establecer lo contrario de lo que aparece en el título inscrito.

la prueba de la posesión.¹⁴⁹ La distinción tiene tal grado de importancia, que bien puede decirse que por ello está en el Código: “*No se puede equiparar la posesion inscrita a la que no lo está sin desentenderse por completo de todas las disposiciones referentes a la posesion inscrita que hacen notar las inmensas ventajas que la una tiene sobre la otra*” (procede aquí a citar los artículos 729, 728 y 730, en las páginas 46 y 47).

Destacamos a continuación la memoria de GUSTAVO SCHELE R., *La prescripción extraordinaria* (Valparaíso: Imprenta Gillet, 1904. 19 pp.) No estamos en presencia de un trabajo que se destaque por su extensión, pero compensa sobradamente aquello al destinar la mayoría de sus páginas a tratar especialmente la anotada contradicción entre los artículos 2505 y 2510. Luego de transcribir literalmente estos artículos, Schele expone como sigue, estudiando los argumentos que sustentan la primacía de una disposición por sobre la otra:

“Sostienen algunos que el artículo 2505 prevalece sobre el 2510 y, por consiguiente, para prescribir extraordinariamente una propiedad cuyo título ha sido inscrito, se necesita otro título inscrito en la misma forma. Se fundan para sostener esto que el primero de ellos se refiere a la *prescripcion adquisitiva*, sin hacer distincion entre la ordinaria y la extraordinaria; y como el artículo siguiente (2506) divide esta prescripcion en esas dos clases, significa dicen, que esa regla se aplica en todo caso. *La opinion contraria sostiene que no es necesario título alguno para prescribir extraordinariamente, aun cuando se trate de bienes raices con título inscrito, opinion que nos parece mas conforme con el espíritu general de la lejislacion a este respecto*”.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Ibid., pp. 45-46. “Contemplando forzosamente nuestro Código dos clases de posesion, la inscrita i la que no lo está, no pudo menos al tratar de la prueba de la posesion que distinguir entre una i otra i establecer distintos medios de prueba para cada una de ellas (...) este artículo (se refiere al 925), al tratar de la prueba de la posesion, se refiere indudablemente a la posesion que no está inscrita (...) Los que creen que la disposicion del artículo 2505 se refiere únicamente a la prescripcion ordinaria, sostienen que la posesion debe probarse siempre con arreglo al artículo 925 (...) Sin hacer diferencia alguna entre la posesion inscrita i la que no lo está, por mas que nuestro Código la ha establecido en mas de uno de sus artículos.”

¹⁵⁰ SCHELE R., Gustavo, *La prescripción extraordinaria*, pp. 9-10.

Una lectura siquiera superficial del pasaje transcrito deja en claro que nos encontramos con una tesis que en su época debió parecer sin duda provocadora: la prescripción adquisitiva extraordinaria opera incluso en contra de un título previamente inscrito. Por tanto, el memorista se aparta de la opinión mayoritaria, lo que no quiere decir que admita esta posibilidad sin algún tipo de justificación, la que desarrolla en la segunda mitad de su trabajo, y que nosotros presentaremos a continuación de manera resumida.¹⁵¹

En términos generales, el autor acepta la validez de la premisa fundamental que sostiene la doctrina mayoritaria, que no es otra que la concordancia entre el artículo 724 con el 2505, que establece entonces la que podríamos llamar la regla cardinal en lo que respecta a la posesión de inmuebles. Sin embargo, en su opinión, se incurre en una grave omisión si no se considera atentamente los términos del artículo 716. A partir de dicho precepto, no puede menos que estimarse que la prescripción extraordinaria está fuera de las reglas generales de la posesión, pues como literalmente dice Schele, “*la mera tenencia con ánimo de señor o dueño la reemplaza*”. Por supuesto, este memorista está conciente de que una expresión así encierra una contradicción jurídica manifiesta, y debe entonces ser resuelta. En el fondo, lo que quiere decir es que la inscripción, por sí misma, no tiene la propiedad de excluir a los bienes raíces inscritos del comercio, y por tanto, pueden ser también adquiridos por la prescripción extraordinaria, que no exige título ni buena fe.¹⁵²

¹⁵¹ Ibid., p. 11. “Pero tratándose de la prescripción extraordinaria, según el artículo 2510, para adquirir el dominio de las cosas comerciables no se necesita título ni buena fé, o sea, ninguna de las condiciones esenciales de la posesión regular, según los artículos 702 y 708 del mismo Código. Despojada la posesión de estos atributos, queda reducida a la definición del artículo 700, es decir, a la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño (...) El poseedor no necesita título según esta definición, basta que retenga la cosa con ánimo de señor o dueño (...) Sin embargo el artículo 724 confirmado por el 2505 establece como requisito *sine qua non* que 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. Estas disposiciones constituyen la base de argumentación de los que sostienen la necesidad absoluta de título en el que pretende adquirir bienes raíces por medio de la prescripción extraordinaria.”

¹⁵² Ibid., p. 12.

Profundizando en esta idea, Schele advierte además que se debe tener en cuenta que la inscripción, en nuestro Código, tiene la naturaleza jurídica de una tradición, lo que es expresamente declarado en el *Mensaje*, y que ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente se extinguen por la prescripción competente. Por tanto, ¿cómo podrían conciliarse las disposiciones de los artículos 2505 y 2510, si la mayoría de los autores entienden que contra un título inscrito no tiene lugar la prescripción extraordinaria de los bienes raíces?

Ahora bien, para resolver la contradicción que existe entre los artículos 2505 y 2510, Schele opta por una interpretación basada en el criterio de especialidad. Para este memorista, el primero de estos artículos establece la regla general sin distinciones (que contra un título inscrito no tiene lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces); pero es cierto también que la segunda disposición previene también en forma general y sin distinciones que el dominio de las cosas comerciables, que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria sin necesidad de presentar título ni acreditar buena fe, la cual se presume. Sin embargo, no le caben dudas: el 2510 es la norma especial y debe tener una aplicación preferente por sobre el 2505. Y aunque de todas maneras resultaría inútil intentar desconocer que el legislador ha querido darle una significación peculiar a la inscripción, según se aprecia en el *Mensaje* del Código¹⁵³, el mismo texto parece insinuar que no es aquel trámite el que pone un término definitivo a las querellas dominicales o posesorias, sino que este rol lo cumple la prescripción. En consecuencia, no puede prescindirse de ella:

¹⁵³ Ibid., p 13. "Se alega, por último, como razón decisiva en favor de la extensión que se pretende atribuir al artículo 2505 que la regla general en él establecida tiene por objeto radicar definitivamente el dominio del bien raíz en la persona que señala la inscripción; de manera que el poseedor inscrito no pueda jamás perder el dominio de la finca aun cuando la abandone y transcurra, por ejemplo, más de cien años en poder de un tercero que la ocupa como dueño, a menos que éste obtenga otro título inscrito y posea con él durante el tiempo de diez años. Si hubiéramos de guiarnos por la importancia que el Mensaje del Ejecutivo al Congreso, proponiendo la aprobación del Código Civil, atribuye en algunos de sus párrafos a la inscripción, como medio ineludible de verificar la tradición, podríamos creer que aquella es la interpretación más correcta del espíritu y de la letra del artículo 2505".

“Si aceptáramos la doctrina del artículo 2505, aplicado a la prescripción extraordinaria, quedaría excluida de ella, la parte mas valiosa de los bienes comerciales, cual es la propiedad raiz, base y fundamento de la propiedad mobiliaria. La prescripción no sería entonces uno de los modos de adquirir el dominio de todos los bienes que están en el comercio humano sino de un limitado número de ellos, pudiendo prescribirse los inmuebles solamente en virtud de otro título inscrito.”¹⁵⁴

En todo caso, nuestro memorista va todavía más allá en su justificación para el artículo 2510. La razón fundamental por la cual la prescripción adquisitiva extraordinaria se permite incluso en contra del título inscrito es que sirve como una suerte de último recurso en contra de los fraudes que se puedan fraguar de parte de terceros respecto de inmuebles que no se encuentren inscritos, o cuya inscripción imperfecta pueda generar legítimas dudas sobre la titularidad de quien lo detente:

“Con esta doctrina [se refiere a la que niega la posibilidad de poder adquirir por prescripción extraordinaria bienes raíces inscritos] se abriría la puerta al despojo fraudulento de todos los dueños de propiedades raíces cuyos títulos todavía no han sido inscritos porque no han pasado a otras manos. Si contra un título inscrito no puede invocarse el dominio constituido por la prescripción extraordinaria, o sea, por la posesión de treinta años, bastaría que dos personas se pudieran de acuerdo una para vender y otra para comprar esos predios y que inscribieran el título sin noticia del dueño para demandar en seguida la entrega de la propiedad, diciéndose también dueños a cualquier título anterior”.¹⁵⁵

En 1898, ALFREDO SILVA BARRA publicó *De los modos de adquirir i perder la posesión* (S.n., 30 pp.) Los primeros párrafos de esta memoria hablan del derecho a la posesión como el principal atributo del derecho de dominio, en razón de que, sin tener la cosa efectivamente en nuestro poder, no tendríamos la posibilidad de

¹⁵⁴ Ibid., p. 15.

¹⁵⁵ Ibid., p. 16. Ciertamente, no puede desconocerse que la opinión de Schele (que de todas maneras juzgamos correcta) adquiere mucha mayor gravedad en el contexto de su propia época, en la que no era infrecuente encontrarse con predios que, incluso al comenzar el siglo XX, no se encontraban inscritos: “El poseedor de 30 o 40 años o de tiempo inmemorial de un predio rústico o urbano que aun no ha sido inscrito, por no haber salido del poder de quien lo ocupaba desde antes de la vijencia del Código Civil, podría ser privado impunemente de él por terceros que fraguaran un título y lo inscribieran en el Registro del Conservador. El poseedor no podría hacer valer su posesión de mas de treinta años aun cuando fuera a título de heredero o de comprador de buena fé, no podría invocar la prescripción de treinta años como acción ni como excepción, por cuanto, según esta teoría, contra un título inscrito no tiene lugar la prescripción adquisitiva de los bienes raíces (cualquiera que sea el tiempo de posesión del prescribiente) sino en virtud de otro título inscrito”.

ejercer las demás atribuciones (uso, goce y disposición). Por ello es que a este autor le interesan principalmente los aspectos conceptuales de la posesión, como el distinguir entre esta, la tenencia y la mera tenencia, o afirmar que incluso puede haber posesión irregular de un crédito. Cuando llega a tratar los modos de adquirir la posesión, su opinión es terminante: la aprehensión material es fundamental, aunque no necesariamente en los términos exclusivos de apoderamiento o ejercicio de actos posesorios.¹⁵⁶ ¿Cómo es posible llegar a esta conclusión? Silva lo dice en términos expresos: la regla general de adquisición de la posesión en el Código es que se requiere la aprehensión material con ánimo de señor y dueño. Pero la excepción a esta regla es la que él llama 'teoría legal', es decir, la concordancia entre los artículos 724, 728 y 730. La explicación sobre el artículo 2510 está precedida de una referencia a los artículos 716 y 730:

“Ni aun por el lapso de tiempo [se pierde la posesión si alguien usurpa cuando tiene a nombre ajeno (...)] Por ejemplo, si se ha dado una finca en arriendo a mí, o a una persona de quien soi heredero, se me reputa siempre arrendatario, miéntras no interviene otro título (...).¹⁵⁷

La excepción del artículo 716 (la regla 3ª del artículo 2510) no es una desnaturalización de este principio. Aunque el 2510 autoriza la prescripción con un título de mera tenencia, el prescribiente debe probar que poseyó sin violencia o clandestinidad. Por ello, la excepción del 716 es solo aparente, y de hecho, confirma que el principio de que la mera tenencia no puede mudar en posesión por el lapso de tiempo es absoluto:

¹⁵⁶ SILVA BARRA, Alfredo, *De los modos de adquirir i perder la posesión*, pp. 14-15. A esta conclusión llega al estudiar las acciones posesorias en el Código, pues no existe en este cuerpo legal una *adspicendae possessionis*, esto es, una acción para adquirir la posesión, sino que solamente para conservar o recuperar la posesión.

¹⁵⁷ Ibid., p. 18. Para Silva Barra, la expresión “simple lapso de tiempo” del artículo 716 tiene un alcance tal que llega incluso a limitar la eficacia del artículo 2510: “*quiere decir, que nadie puede prescribir contra su propio título de mera tenencia: una arrendatario, comodatario, etc., aunque tenga por tiempo inmemorial la cosa en su poder, reconociendo el título de tal, no puede convertirse en poseedor i, por lo tanto, no puede pasar a ser dueño por prescripcion*”.

“Un arrendatario, por ejemplo, que entró en el goce de un fundo con el título de arrendamiento, mas tarde prescinde de dicho título i se titula poseedor, se ostenta sin clandestinidad ni interrupcion durante treinta años i sin que, por otra parte, el arrendador haya invocado su título de arrendador durante todo este tiempo, habrá sido poseedor: él no ha cambiado el título por el simple lapso de treinta años, sino que ha adquirido la posesion por los medios ostensibles que consigna nuestro ejemplo”.¹⁵⁸

¿Qué rol cumple, entonces, la inscripción? El artículo 686, en relación con el 724, lleva a concluir que ninguna propiedad raíz puede adquirirse sin la competente inscripción. Esta regla general tiene su excepción en los artículos 728 y 729, que hablan de los modos en que se adquiere la posesión de toda clase de bienes, estén inscritos o no, por lo que se deduce que el 724 solamente tiene aplicación tratándose de bienes raíces registrados. Ahora bien, Silva tiene una opinión moderada respecto de los efectos de la inscripción, pues estima que esta no tiene el valor absoluto de hacer que cualquier tipo de enajenación quede validada por este medio: tiene que existir alguna relación lógica entre el estado posesorio de quien enajena y de quien inscribe. La inscripción es, en consecuencia, complementaria a la tenencia y no constitutiva de esta, “(...) i, como acontece con toda solemnidad, sin ella la lei no reconoce, cuando la exige, efecto alguno al acto jurídico o contrato o la posesion en el caso que nos ocupamos”.¹⁵⁹

¿Y qué, entonces, de la posesión irregular? El artículo 729 la contempla incluso cuando media violencia o clandestinidad. Pero, hasta donde las expresiones de Silva nos permiten saber, la aplicación de este precepto era una cuestión controvertida cuando se trataba de bienes raíces no inscritos:

¹⁵⁸ Ídem.

¹⁵⁹ Ibid., p. 22. A modo de ejemplo, plantea el caso de que alguien vendiera los Tribunales de Justicia a un tercero, que por ser bienes fiscales seguramente no están inscritos, y dicho tercero inscribiera: “(...) no conferiría posesion alguna, porque esa persona, que no es el Fisco dueño i poseedor, no ha tenido ni tiene tenencia, o poder alguno material de disponer de la cosa. *La inscripcion no significaría otra cosa que un simple trámite inoficioso, porque ella no es supletoria de la tenencia (...)*”.

“Algunos creen que este art. 729 excluye a la adquisición de la posesión de los bienes raíces no inscritos por la entrega voluntaria, o sea, *que no se adquiere la posesión de bienes raíces no inscritos por la aprehensión material mediante la entrega voluntaria del poseedor, porque el artículo se refiere solamente a los casos de violencia o clandestinidad; pero ¿cómo se explicaría que interviniendo violencia o clandestinidad se adquiere la posesión i no se adquiere en el caso de que voluntariamente la entregara el poseedor. Basta enunciar esta opinión: sería un contrasentido*”.¹⁶⁰

Para Silva, en cualquier caso que falte la inscripción, simplemente hay posesión irregular, con independencia de cualquier vicio de que pueda o no adolecer la posesión material. Sus consideraciones finales acerca de la aplicación ‘de la teoría del Código’, como él la llama, las lleva a los casos que a nosotros más interesan: cuando el inmueble se encuentra inscrito. Se plantea, entonces, el caso más sencillo, en el que para resolverlo este memorista no hace otra cosa que aplicar irrestrictamente el artículo 2505:

“Consideremos a A poseedor inscrito, viene después D i se apodera de la casa en ausencia de A: D no adquiere la posesión, ni irregular, porque tiene el hecho, pero no la solemnidad”. En el caso propuesto por el autor, “*D no adquiere la casa ni por prescripción extraordinaria, porque no se adquiere por prescripción un inmueble cuyo título está inscrito; así lo dispone el artículo 2505*”.¹⁶¹

En el mismo año que Silva Barra, ERNESTO ZÚÑIGA P., publica su *Memoria sobre la prescripción*. (Santiago: Imprenta Cervantes, 1898. 39 pp.) Al igual que otros trabajos sobre este tema, en su parte introductoria expone sobre la justificación y utilidad de esta institución. En la *Memoria*, Zúñiga declara estar de acuerdo con que el origen de la propiedad está en el derecho natural, o más bien, en la apropiación de las cosas con el ánimo de ejercer actos de ingenio o de trabajo sobre ellas:

“El hombre colocado frente a frente de la materia y que siente necesidades que es fuerza satisfacer, en virtud del poder que tiene sobre ella, está facultado para apropiársela y para modificarla, arreglándola de tal manera, que venga a llenar sus exigencias. Encuentra un objeto que a nadie

¹⁶⁰ Ibid., p. 23.

¹⁶¹ Ibid., p. 24.

pertenece, sin dueño, lo que hace es apoderarse de él, ocuparlo. Se opera entonces un hecho que de individuo á individuo reviste la más grande y capital importancia”.¹⁶²

Es por ello que el autor consigna en términos muy generales la discusión filosófica sobre la conveniencia de mantener la prescripción, que en definitiva es un resguardo para el detentador diligente, aunque esta idea es conflictiva:

“El establecimiento de la prescripción ha sido atacado con energía por algunos escritores que llegan á decir, reconocerla, es una verdadera usurpación que se apoyaría siempre en una ocupación viciosa. Se fundan en el siguiente raciocinio: los derechos, dicen, son perpetuos y la propiedad es sagrada; luego el tiempo jamás podrá hacer que ellos se pierdan porque él no principian ni concluyen, ya que son eternos”.¹⁶³

¹⁶² ZÚÑIGA P., Ernesto, *Memoria sobre la prescripción*, pp. 4-5. “La cosa así tomada participa en cierto modo de la personalidad misma del que la ocupa: ella debe ser, por tal motivo, tan sagrada como éste, quien no podrá arrancársele sin violentar su libertad ni desposeerlo sin atacar temerariamente á su persona. El hombre es el sujeto de la propiedad; que no es legítima más que á condición de ejercitarse única y exclusivamente sobre las cosas. Pero el derecho que emana de la sola ocupación, no debe, todavía ser respetado, sino hasta que aquél haya aplicado á la materia su trabajo: cuando le comunique una parte de sí mismo dedicándole su industria, su inteligencia y su actividad. De todas las conquistas, como ha dicho un autor muy distinguido, esta es la más legítima, como que es el precio de su trabajo. Todo acto humano es voluntario; si hallamos un objeto abandonado lo ocupamos, es porque queremos. Ahora bien, para que nuestra determinación pueda ser respetada, es preciso exteriorizarla. ¿Y cómo mejor ponerla á la vista de todos, que entrando a trabajar el objeto ocupado?”

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 5-6. Parece, a juzgar por sus expresiones en la introducción de su *Memoria*, que Zúñiga quiso prevenirse que sus opiniones pudieran dar lugar a una justificación que avalara la prescripción contra título inscrito. Para ello, planteó la pregunta fundamental: “¿Cómo podemos ocupar con ánimo de señor y dueño una cosa que pertenece a otro?” Esto lo hizo con el fin de introducir hipótesis en las que un justo error de hecho impediría adquirir por otro modo que no fuera la prescripción, y se puede apreciar que está pensando, al menos en cierta medida, en las inscripciones que se realizan en el Registro del Conservador: “Se comprenderá, siguiendo el curso de las observaciones hechas, que al insertar los principios generales que ellas envuelven, vamos en busca de las razones que explican la justicia que acompaña al establecimiento de la prescripción en favor de los poseedores de buena fe -¿Cómo podemos ocupar con ánimo de señor y dueño una cosa que pertenece á otro? *Muy sencillo: basta una equivocación en los límites de dos propiedades, una confusión de nombres ó una falsa interpretación de un título para que se presente tal situación (...)* Nuestra equivocación en los casos señalados se traduce por las pretensiones que manifestamos dándonos a conocer como propietario de los objetos ocupados (...) Creyéndonos, entonces, por no haberse formado cuestión sobre el particular, dueños absolutos de la cosa, damos comienzo al trabajo que la adelantará haciéndola más valedera y productiva. Y es él quien le imprime ese sello especial y característico, que más que ninguno merece consideraciones y es digo de respeto.” La cita en p. 8.

Zúñiga no está de acuerdo con esta opinión, y aunque una gran parte de su discurso, como él mismo nos advierte, tiene cabida solamente respecto de la prescripción ordinaria, el fundamento de su postura se refiere también a la extraordinaria: la idea de que el dominio, como derecho, tiene un deber correlativo, el que para el caso que nos ocupa es el de advertirle al poseedor de la situación irregular en la que se encuentra. Si el propietario guarda silencio por todo el espacio de tiempo que debe transcurrir para que se verifique la prescripción (especialmente prolongado en el caso de la treintenal), se presume lógicamente que renuncia a sus derechos. Por ello, la prescripción no solamente es una garantía de dominio para el poseedor que trabaja el inmueble, sino que a la vez es una sanción para el propietario que no ha hecho valer su correspondiente acción en debido momento, y a quien no puede menos que considerarse como desidioso:

“¿Entretanto, qué ha hecho el propietario negligente? Guardar un silencio tan prolongado como culpable, causa única del error explicable del que posee le objeto cuyo dominio se discute (...) Dijimos que un derecho envuelve siempre la condición precisa de un deber. En el caso que contemplamos, el demandante, que era el propietario, estaba obligado á abrir los ojos al poseedor, haciéndole ver el error en que vivía.---*No lo hizo, lo dejó, por el contrario, consumir todas sus fuerza en esa tierra que ahora pretende reivindicar matándole quizás su porvenir*”.¹⁶⁴

Ya sobre la prescripción extraordinaria, Zúñiga aborda su justificación en el entendido de que la posesión que la presupone tiene su origen en la ilicitud o, por lo menos, en la irregularidad. Lo mismo que en la prescripción ordinaria, la forma de legitimar la pérdida del dominio de un individuo para que pase a manos de otro es, primeramente, el trabajo continuado:

¹⁶⁴ Ibid., p. 8. Zúñiga no de ja de hacerse cargo de la objeción más usual: “Pero se objeta, el propietario nominal ha dejado pasar el tiempo sin reclamar su derecho en virtud de haberlo ignorado; no es justo entonces que pierda el dominio de sus tierras. Contestamos:--esa ignorancia tiene su origen en una incuria reprobable y lo debido á sus propios hechos no es excusable; luego, lo lógico es que responda de ellos. Además - ¿podría la ley, dispensadora de la justicia, permitir que el negligente viniera á disputar la victoria á aquel que ha trabajado la propiedad aplicándole todas sus fuerzas vivas y que ha soportado el peso del día, creyendo que para ello tenía en su favor una causa que no admitía discusión?”. La cita en p. 9.

“El poseedor de mala como el de buena fe (algunos llaman á aquel usurpador) lo primero que hace es trabajar la cosa ilegalmente ocupada para sí dar á su posesión apariencias de derecho. También aquí, del mismo modo que en la prescripción ordinaria, el verdadero dueño, guardando un silencio incomprensible, asemeja abandonar su dominio (...) Actividad y progreso representa el poseedor, y el propietario inercia y decadencia”.

Sin embargo, nos advierte al mismo tiempo que las labores realizadas por el poseedor vicioso no bastan para dotarlo de una completa protección jurídica: es necesario además tener en consideración el interés social, que en el caso de la prescripción no es otro que procurar la estabilidad patrimonial.¹⁶⁵

En el análisis estrictamente legal, Zúñiga plantea una de las cuestiones relevantes para nuestro trabajo: si es que, de acuerdo con el artículo 2510, puede haber prescripción mediando título de mera tenencia. Su respuesta es afirmativa, pero condicionada al correcto sentido que, se supone, debe darse a los números 1 y 2 del inciso 3º del artículo mencionado, por el que se está adquiriendo como poseedor y no como mero tenedor:

“Establecido el título de mera tenencia, a prescripción se hace completamente imposible en favor de la persona que pretende asilarse en ella, porque aquí quedaría en descubierto que jamás había poseído. Siempre dominando el principio capital en esta materia: sin posesión no puede haber prescripción. De manera que, propiamente, el título de mera tenencia no es bastante para prescribir, *sino que es la posesión que se supone la ley en el ocupante cuando el que se pretende dueño no ha podido probar que en los últimos treinta años se le haya reconocido expresa o tácitamente su dominio, lo que lo autoriza para alegar la prescripción*. No puede entonces decirse que el mero

¹⁶⁵ Ibid., pp. 10-11. “Sin embargo, esto que tiende á manifestar la legitimidad de la posesión y que hace á la opinión pública hasta olvidar el vicio primitivo con que dio comienzo, no es todavía un motivo suficiente para sostener que es justo se autorice la anulación del derecho violado ¿A dónde ir entonces en busca de ese grave y necesario incidente que habrá de operar el paso del hecho al derecho? – El análisis más paciente no lo presenta ante nuestra vista, y sin embargo es de necesidad tenerlo, porque, como dice Troplong: “del mismo modo que una planta salvaje permanecería siempre tal si la mano del hombre no se emplease en modificarla por medio de la cultura, así también el hecho violento ó lícito en su cuna no podrá llegar jamás á la legitimidad sin que intervenga un elemento nuevo que mezclándose con él lo transforme y lo purifique. *En efecto transcurridos treinta años (este es el plazo generalmente aceptado por todos los códigos), en medio del silencio del propietario y el trabajo siempre constante del poseedor, no es conveniente bajo ningún aspecto que la ley escrita permita que se pida cuenta á cada ciudadano del origen de su fortuna y condición*”.

tenedor haya ganado la cosa como mero tenedor; la ganó como poseedor que lo cree la ley, en mérito de no haberse podido demostrar aquella calidad”.¹⁶⁶

En Zúñiga podemos apreciar una vez más, lo mismo que en el caso de su contemporáneo Vergara, cómo es que a pesar de las esmeradas consideraciones filosóficas planteadas sobre la prescripción, el trabajo, la estabilidad patrimonial y el castigo jurídico y social a la negligencia del dueño silente, nada de ello tiene relevancia cuando se trata de un inmueble inscrito. Queda claro que en ese aspecto este memorista es representativo de la opinión mayoritaria de su época, la que en términos generales sigue siendo acrítica respecto de la posesión inscrita y que él reduce de una manera lacónica: “*Pero los derechos inscritos son imprescriptibles*”.¹⁶⁷

ROMILIO BURGOS publicó en 1899 su memoria titulada *De la posesión* (Concepción: Imprenta Española del Comercio, 51 pp.) De su contenido, nos interesan en particular sus observaciones sobre la posesión de los inmuebles. Sostiene, en ese aspecto, que la regla general de adquisición de la posesión es que se requiere tanto aprensión material como ánimo de señor y dueño, según el artículo 726. Pero esta regla no es absoluta, pues tiene sus excepciones en los artículos 722 (posesión legal de la herencia) y en el 724, en la forma que a continuación explica.

El principio fundamental es que nadie puede adquirir la posesión de los bienes raíces sino por medio de la inscripción. Sobre esta idea capital Burgos nos ofrece algunas precisiones. A su modo de ver, el artículo 724 no es una excepción en términos absolutos. Esto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 702: para obtener la posesión regular se requiere, entre otros requisitos, la tradición, si es que el título es traslativo de dominio; la tradición debe efectuarse por la inscripción en el Registro si se trata de inmuebles; si falta alguno de los requisitos del 702 la posesión

¹⁶⁶ Ibid., pp. 32-33.

¹⁶⁷ Ibid., p. 27.

será irregular, “(...) Luego, si tratándose de un bien raíz no hay tradición, esto es, no hay inscripción, la posesión no será regular sino irregular, pero, al fin y al cabo, es posesión”.¹⁶⁸ Sin embargo, aunque Burgos no niega el carácter efectivo de la posesión que puede ejercerse sobre un inmueble con prescindencia del título inscrito, no desea extremar esta postura, y la sujeta a la condición de que el inmueble no se encuentre previamente inscrito:

“No obstante de todo lo anterior, *no siempre se podrá adquirir la posesión, aunque sea irregular, de bienes raíces prescindiendo de la inscripción*, pues, según el art. 728 inc. 2.º [mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa á que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni pone fin á la posesión existente]; cesando la inscripción, entonces, sí se puede adquirir la posesión, pero es necesario que la inscripción cese por cancelación, sea por la voluntad de las partes, ó por una nueva inscripción (...)”.¹⁶⁹

El trabajo de Burgos entrega más aportes en su parte conclusiva. Para apreciarlos en toda su extensión, veamos cómo entiende el artículo 730, pues lo relaciona de cerca con el 2510. El artículo 730 es otra de las excepciones a la regla general establecida en el 726, pues confirma que la posesión inscrita es indestructible. Y el artículo 716 en su última parte no es, como su letra expresa, una excepción al principio de que el lapso de tiempo no puede mudar la tenencia en posesión: es efectivo que se remite a la regla 3ª del 2510, pero este artículo es, en

¹⁶⁸ BURGOS, Romilio, *De la posesión*, p. 26.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 27-28. En el trabajo de Burgos podemos apreciar, una vez más, que la cuestión sobre la posibilidad de prescribir contra título inscrito estaba en su época plenamente vigente, y que había quienes la sostenían: “Antes de seguir adelante conviene observar que en el art. 728 se encuentra el mejor argumento en contra de la doctrina sustentada, por más de uno, *de que puede ganarse el dominio de un inmueble inscrito por la prescripción extraordinaria*. Parécenos haber oído en apoyo de esa doctrina que la disposición del art. 2505 reza únicamente con la prescripción ordinaria (...) mientras que el art. 2510, que se refiere única y exclusivamente á la prescripción extraordinaria, dice en el número 1.º: [para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno] concluyéndose de aquí que si el art. 2510, que habla de la prescripción extraordinaria, no exige título alguno, el artículo que exige un título y en que no se habla particularizando ninguna prescripción, no puede menos de referirse única y exclusivamente á la prescripción ordinaria”. En contra de esta “errónea doctrina”, como la llama Burgos, debe acudir al artículo 728. En verdad, este memorista no se aparta aquí de la opinión mayoritaria: si el título está inscrito, no se adquiere ni se pone fin a la posesión mientras subsista la inscripción. Por tanto, como la prescripción descansa sobre la posesión, no prescribirá quien detente materialmente un inmueble previamente inscrito a nombre de otro. De esta manera, según Burgos, los artículos 2505 y 2510 no son contradictorios, conclusión a la que necesariamente llegan quienes sustentan la tesis de la prescripción contra título.

definitiva, una presunción de mala fe, y por tanto no dará lugar a la prescripción “(...) *á menos que ese título de mera tenencia se desvirtúe de tal modo que él desaparezca por completo y el prescribiente prescriba según las reglas generales (...)*”. No hay una explicación clara de lo que debe entenderse por un título desvirtuado, pero interpretando las expresiones de Burgos, ello ocurre cuando por todo el lapso de tiempo requerido para prescribir de manera extraordinaria no hubo por parte de quien la alega alguna forma expresa o tácita de reconocimiento de dominio ajeno.¹⁷⁰

También en la conclusión, Burgos nos ofrece un testimonio claro de la actitud adoptada por los Tribunales en los puntos que hemos destacado:

“Antes de terminar este capítulo creemos conveniente ocuparnos de una cuestión de trascendental importancia y que á menudo origina resoluciones contradictorias (...) *Nos referimos á la preferencia que debe darse á la posesión inscrita sobre la posesión material ó de hecho para probar la posesión que se exige cuando se entablan las acciones posesorias*”.

Esta cuestión es un corolario del problema anterior: así como la posesión material es el elemento controvertido para saber si es posible prescribir un inmueble inscrito, también lo es para determinar si quienes no están amparados por la inscripción pueden protegerse con las acciones posesorias. La posesión de la que hablan los artículos 916, 918 y 925 es tanto la regular como la irregular, pues la ley no ha distinguido. Pero ¿qué sentido tiene probar la posesión del inmueble en la forma establecida en el artículo 925 cuando, de acuerdo con el tenor literal del 724, dicha prueba mediante actos materiales quedaría subsumida siempre en la prueba de la posesión mediante inscripción? O, por el contrario, ¿siempre que se entablan acciones posesorias deberá justificarse la existencia de los actos requeridos por el artículo 925? Una vez más, con el fin de que el principio rector de la preferencia de la posesión inscrita por sobre la material no anule el principio simultáneo de que la

¹⁷⁰ Ibid., pp. 29-30. O, en otras palabras, que no se puede prescribir como tal con un título de mera tenencia. Todos los requisitos enlistados en el artículo 2510 transforman a la mera tenencia en la posesión irregular que permite adquirir por usucapión.

posesión tiene como elemento esencial la tenencia, es que Burgos se ve obligado a realizar la distinción entre inmuebles inscritos y no inscritos para determinar que el 924 se aplica a los primeros mientras que el 925 a los segundos.¹⁷¹

Un contemporáneo de Burgos, JUAN DE DIOS DONOSO BASCUÑÁN, publicó también en 1899 su *Breve estudio sobre la prescripción* (Santiago: Imprenta de San Buenaventura, 61 pp.) En la parte introductoria de su trabajo, se refiere al tópico usual que ya hemos visto en anteriores exposiciones: cuál es el origen de la propiedad y la naturaleza de la prescripción. Sobre la primera, Donoso reconoce que si bien el trabajo es lo que en definitiva le da valor a las cosas, no puede ser en términos absolutos el origen de la propiedad, pues el trabajo presupone una ocupación previa; entonces, la ocupación de las cosas sin dueño es el verdadero origen de la propiedad. Y sobre si la prescripción es una institución del derecho natural o del civil, estima por considerarla como parte del primero, en atención a que, considerada en abstracto, es útil y justa al consolidar la propiedad en manos de quien, con buena fe y largo tiempo, ha trabajado en el objeto que posee. Aunque, de todas maneras, es la ley positiva la que determina los requisitos para su procedencia, pero podría no sancionar los que el derecho natural requiere para la moralidad de la adquisición por este medio: “(...) puede una ley, apartándose de los principios estrictos de la justicia, sancionar un modo de adquirir injusto, puede establecer una verdadera usurpación”.¹⁷²

¹⁷¹ Ibid., pp. 32-34. “¿Necesitamos decir, entonces, que cuando esta posesión típica existe, confundiendo según el plan del Código su prueba con su propia existencia, es inoficioso y redundante todo otro medio de justificación? No, en nuestro sentir; y pensamos que la prueba de los actos positivos debe quedar reservada para los casos de posesión no inscrita. *Podría objetarse que habrá casos en que la posesión ficta o simbólica que produce la inscripción se halle en contradicción con el hecho y que el inmueble que, según la inscripción, se halla poseído por una persona esté en realidad ocupado por otra*; pero no vacilamos en sostener que esta hipótesis posible en el hecho, no lo es en el derecho. Según la teoría del Código la inscripción es posesión y es prueba de ella misma, y así como no es dudable suponer que dos personas tengan con ánimo de señor exclusivo una misma cosa, así no lo es que puedan coexistir en nuestro derecho el poseedor inscrito con otro poseedor material ó de hecho”. La cita en p. 34.

¹⁷² DONOSO BASCUÑÁN, Juan de Dios, *Breve estudio sobre la prescripción*, pp. 11-12. “Las leyes para que sean justas deben amoldar sus disposiciones á los principios inmutables de la ley natural, por eso la ley positiva no debe obrar arbitrariamente al elegir los requisitos de que debe estar revestida la prescripción, so pena de sancionar verdaderas injusticias- La ley natural en absoluto admite la prescripción como medio legítimo de adquirir el dominio, la ley positiva debe elegir los requisitos que deben acompañarla, tendiendo envista la calidad e las cosas ó su especie, su valor, si son muebles

La prescripción tiene un fundamento económico innegable, pues está basada de una u otra manera en el trabajo que el poseedor realiza sobre el inmueble, ya sea para darle a su detentación una apariencia de legitimidad y porque, además, tiene en mente multiplicar el caudal hereditario que dejará a sus descendientes¹⁷³ Pero, ¿podré en definitiva prescribir cuando mi posesión sea irregular? Llama la atención que Donoso se refiera a la legislación extranjera para responder a esta pregunta. En primer lugar, recurre al artículo 2219 del Código Civil francés para la definición de la prescripción, y para enumerar sus requisitos se remite al 2229 del mismo cuerpo legal. Luego, invoca de manera similar el derecho alemán, a propósito de la definición de la prescripción.¹⁷⁴ Respecto del derecho chileno, nos hace mirar con mayor detenimiento la clasificación de la posesión que no aparece expresamente en nuestro Código, pero que Donoso no duda en identificar:

“Además de las clasificaciones de la posesión en regular, irregular y viciosa que hace nuestro Derecho, existe otra división: la posesión legal ó civil, y la natural ó material. La primera se halla establecida en el artículo 688 del Código: se funda la posesión legal en una ficción de la ley (...) la segunda consiste en la toma de posesión que la constituye el hecho mismo de poseer, en la tenencia real y efectiva de la cosa que se posee, por lo que toma la denominación de natural ó material”.¹⁷⁵

ó inmuebles, el mayor ó menor tiempo de posesión que dependerá del grado de civilización del pueblo, de sus costumbres, del mayor ó menor conocimiento de sus derechos y obligaciones y como principal requisito debe exigir la buena fe en el poseedor y determinar con más ó menos precisión cuando se considera existir ó presumirse”.

¹⁷³ Ibid., pp. 12-14. “Se ha tachado de injusto este modo de adquirir, equiparándolo a la usurpación. La justicia de este modo de adquirir, se desprende de que debe sacrificarse la negligencia é imprevisión del particular al bien común de la sociedad, y el derecho de la ley para establecerlo nace del dominio eminente que tiene el Estado, no sólo para reglamentar la adquisición y goce de los bienes de los particulares, sino también de disponer de dichos bienes cuando así lo exige el bien público, la seguridad y conservación del Estado”. En fin, la prescripción tiene además un fundamento económico: “Cuando el hombre está seguro de que lo que le pertenece lo tendrá sin peligro de ser más tarde perturbado en su dominio, entonces pone todo el trabajo de su parte, aguzará su ingenio para ver modo de sacar el mayor provecho posible de sus esfuerzos, cuidando de no esterilizar la materia productiva y hará obras permanentes y de necesidad que, mediante el tiempo, acrecienten el valor la propiedad que más tarde hará pasar á sus herederos, principal estímulo de su labor”.

¹⁷⁴ Ibid., p. 18.

¹⁷⁵ Ibid., p. 24.

No encontramos en esta memoria una opinión clara sobre la armonización entre el artículo 2505 y el 2510 o sobre la preeminencia de uno por sobre el otro, pero a través de la lectura de ciertos párrafos puede estimarse que Donoso no descarta completamente que el 2510 termine por prevalecer, pero ello como consecuencia de la fuerza saneativa completa que tiene la prescripción treintenala, la que supone que, de una u otra manera, el tenedor del inmueble (empleando la expresión 'tenedor' en el sentido genérico para designar a "quien tiene") realizará actos que reflejen una intención de consolidar el dominio a través del tiempo:

"Cuando se prescribe un fundo hay de parte del dueño la omisión de trabajar ó de ejecutar actos de dueño y tácita permisión para que un tercero lo tenga como propietario de él ; pero esta omisión no concurre sola, pues hay además el acto de un tercero que tiene la cosa como señor y por un tiempo determinado con título o sin él (...) La omisión de los actos de que venimos tratando, no confieren posesión, dice la ley, ni dan fundamento á prescripción alguna, en términos absolutos; ni aún da cabida á la prescripción extraordinaria que establece el artículo 2,510 la cual, aunque no necesita posesión propiamente tal, debe haber por lo menos mera tenencia acompañada de ciertos requisitos, que, cumplidos, se convierten en verdadera posesión (...)"¹⁷⁶

Finalmente, para Donoso la prescripción extraordinaria no requiere tantos requisitos como la ordinaria, y de hecho, lo principal en ella es un requisito objetivo: el transcurso del tiempo, pues no se requiere título alguno e incluso tratándose del caso en que falte completamente el título adquisitivo, la buena fe se presume en el prescribiente.¹⁷⁷

CARLOS CRUZAT LEVÍN, en su memoria de prueba publicada en 1900, titulada sencillamente *La prescripción* (Santiago: Imprenta Buenaventura, 22 pp.) demuestra su adherencia, lo mismo que la vasta mayoría de sus contemporáneos, a la tesis del origen de la propiedad en el derecho natural, y a la idea de que el título último que justifica la titularidad de un individuo respecto a un determinado bien (particularmente un bien raíz) es el trabajo productivo que este ejerce sobre aquel.

¹⁷⁶ Ibid., p. 40.

¹⁷⁷ Ibid., p. 54.

Así, la prescripción es coherente con esta premisa, pues ya que los dos elementos que la fundan, tiempo continuado y posesión, implican o hacen presumir que quien detente el inmueble estará actuando de la misma manera en que lo haría el verdadero dueño, a quien se supone diligente.¹⁷⁸

Es muy probable que ese sea el motivo por el cual Cruzat destina la mayor parte de su memoria a proponer las razones económicas y sociales que justifican la prescripción, y por qué, al momento de concluirla, opina de manera favorable acerca del artículo 2510. En efecto

“El Código establece en el artículo 2510 que para adquirir por esta especie de prescripción no se requiere ni justo título ni buena fe. La ley viene sólo a sancionar un hecho en que está interesada la sociedad toda como es el goce pacífico de la cosa poseída en las condiciones expuestas. Si no se estableciera este principio se daría margen a un número tal de contiendas que anarquizaría completamente el orden establecido”.¹⁷⁹

En 1901, LUIS. E. SILVA B. presentó su memoria de prueba titulada *Breves observaciones sobre la prescripción* (Santiago: Imprenta y encuadernación El Globo, 36 pp.) Tal y como su título lo indica, el tema principal abordado es la prescripción adquisitiva, o más bien, algunas cuestiones puntuales sobre las que el autor desea llamar la atención. Una de ellas es la dimensión teleológica que reviste: en efecto, la usucapión se justifica económica y socialmente, pues otorga seguridad y certeza al que se entrega al trabajo y a la producción del bien que posee pero que todavía no domina; al mismo tiempo, tiene lo que podríamos llamar una dimensión

¹⁷⁸ CRUZAT LAVÍN, Carlos, *La prescripción*, pp. 3-9. “Nuestra legislación civil ha introducido la institución jurídica de la prescripción, por el interés general de la sociedad. Es una institución de orden público y que mira al bienestar de los ciudadanos que se verían amanezados constantemente en sus derechos de propiedad si esta institución no vienera a ampararlos” [la cita en p. 9]. No está de más resaltar las múltiples referencias a la doctrina extranjera que este memorista emplea para tratar los distintos aspectos de la prescripción, si bien las formula en términos generales. Así, hay una referencia a GABRIEL BAUDRY LACANTINIERE (1837-1913), autor de *Précis de droit civil* (con una 12^a ed. publicada entre 1920 y 1922), y de un *Traité théorique et pratique de droit civil* (3^a ed. de 1905-1909, en 29 volúmenes), a propósito del artículo 674 del *Code*, sobre las cosas imprescritibles; a ROBERT JOSEPH POTHIER (1699-1772), sobre la definición de la posesión; y a MARCEL PLANIOL (1853-1931), acerca de la suspensión de la prescripción entre cónyuges.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 19.

punitiva: quien no ha realizado ninguna clase de actividad útil sobre el objeto (especialmente alguna que reporte utilidad a la sociedad en su conjunto) no puede pretender que, transcurrido el prolongado lapso de tiempo contemplado en la ley para reclamar sobre su derecho, se despoje a quien, creyéndose legítimo dueño, ha demostrado interés en aprovechar y conservar la cosa, interés que el reivindicador no ha manifestado respecto de sí mismo.¹⁸⁰

Pero, advierte Silva, a pesar de las innegables ventajas que para los poseedores tiene la prescripción, existe un riesgo inherente, tanto para los individuos como para la comunidad: que por vía de ella se termine amparando a quien detenta el bien como usurpador. En dicho caso, el despojado no tendrá más remedio que aceptar que el ordenamiento jurídico traslade la titularidad del dominio al prescribiente, por mucho que su posesión sea consecuencia de la mala fe.¹⁸¹ Muy probablemente, lo anotado sea el motivo que lleva a Silva a pronunciarse sobre la prescripción adquisitiva extraordinaria. Por las razones que expone este memorista al principio de su trabajo, no podría desestimarla, pues cumple un rol fundamental de estabilización jurídica en la sociedad, pero al mismo tiempo no puede admitir la posibilidad de que proceda en el caso de quien detenta la cosa solamente esgrimiendo un título de mera tenencia.¹⁸² Por ello es que no cuestiona la

¹⁸⁰ SILVA B., Luis E., *Breves observaciones sobre la prescripción*, pp. 4-6.

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 9-10. En este punto cita de modo algo impreciso a CLAUDE-ÉTIENNE DELVINCOURT (1762-1831) Silva explica: “La voz de la conciencia (continúa este propósito un autor), que sin cesar les recordará a estos usurpadores sus deberes naturales, es la única garantía que tiene en semejante caso el que fue dueño de la cosa, o el acreedor que habia dejado correr contra él la prescripción. Lo mismo espresa Delvincourt (...) Pero todas estas consideraciones de orden moral, que son ciertísimas, han tenido que ceder ante aquellas otras razones jurídicas económicas i de conveniencia social que hemos apuntado”.

¹⁸² *Ibid.*, pp. 14-15. El autor se detiene en una breve reseña histórica, que anotamos: “La lejislacion española de las Partidas que siguió tan de cerca al Derecho Romano en muchas instituciones, estableció la prescripcion sustancialmente en la misma forma i con los mismos requisitos del Derecho Justiniano. Como éste, también estableció prescripciones de largo tiempo o extraordinarias, de treinta i cuarenta años, en las cuales no se atiende a la mala fé. Las leyes recopiladas no añadieron ni quitaron nada sustancial. Nuestro Código Civil, en su título de la prescripción, se ha inspirado principalmente en el Código francés i en la lejilacion española (...) Conforme a la teoría de nuestro Código en la posesion, la buena fe solo se requiere en el momento inicial de la posesion. No ha seguido en esto las teorías de muchos de los comentadores de las leyes españolas que, basándose principalmente en consideraciones mas bien de Derecho Canónico, querían exigir que la buena fé para prescribir durase desde el principio de la posesion hasta completar el tiempo de prescripcion”

irregularidad de la posesión en esta forma de prescripción, y además ofrece una interpretación del artículo 2510, respecto del cual señala:

“I hacemos notar esto [que no puede haber prescripción sin posesión], que parece fuera escusado decirlo, para poner de manifiesto que el caso que contempla como de excepción el artículo 2510 no es tal excepción. El se refiere a un mero tenedor que, no obstante su título de tal, ejerce en realidad actos posesorios sobre la cosa, dándose por señor de ella. Por consiguiente, no prescribe en calidad de mero tenedor sino de poseedor i no hay excepción a la regla”.¹⁸³

Y, sin embargo, a pesar del tono apologético con que Silva justifica la necesidad económica y social de la prescripción, niega rotundamente su procedencia contra título inscrito. Es significativo, en todo caso, que su negativa esté fundamentada en la premisa más básica presentada por él, esto es, que no procede porque no hay verdadera posesión material del inmueble al margen de la inscripción, al menos no en el contexto del sistema registral: la genuina posesión solamente puede ser adquirida mediante la actividad registral del Conservador de Bienes Raíces.¹⁸⁴

En 1903, EDUARDO MUNITA QUIROGA presentó una memoria titulada *Estudio sobre la posesión* (Chillán: Librería Americana, 23 pp.) Se trata de un trabajo breve, que comienza inmediatamente abordando la distinción entre la genuina posesión y la mera tenencia; por supuesto, esto no presenta ninguna novedad, pero como podremos ver, todo el desarrollo del trabajo se fundamenta en ello. Ahora bien, lo interesante de la manera en que lo aborda este memorista es que, aunque inicialmente se inclina por estimar la posesión como un hecho, termina concediendo que, a partir de las disposiciones del Código que regulan las acciones posesorias, tiene un carácter más jurídico que fáctico.¹⁸⁵ Respecto de la prescripción, Munita no vacila en mostrar desconfianza: reconoce que cumple una función estabilizadora, pero al mismo tiempo la califica como “*un título odioso*”.¹⁸⁶ En otras palabras, tanto

¹⁸³ Ibid., p. 17.

¹⁸⁴ Ibid., pp. 20-21.

¹⁸⁵ MUNITA QUIROGA, Eduardo, *Estudio sobre la posesión*, pp. 11-12.

¹⁸⁶ Ibid., pp. 12-13. “El procedimiento de la ley, que crea la acción posesoria, tiene por base el mismo fundamento de la prescripción; esto es, que no permanezca por mucho tiempo incierto el dominio de las cosas, y no como a primera vista pudiera pensarse en que el objeto de la ley hubiera sido

la posesión como la prescripción tienen un carácter utilitario, pero no constituyen el genuino propósito buscado por el legislador, para quien todos los títulos traslaticios de dominio debieran producir por sí mismos los efectos que les son propios:

“Todo esto nos demuestra *la falta de fundamento del derecho de posesión*, calificativo que solo le corresponde en virtud de la acción de que ya hemos hablado, acción que evidentemente es necesaria por las mismas razones que justifican la prescripción. *De otro modo, sería sumamente difícil probar dominio, o derecho sobre algo respecto del cual no existe título inscrito, sin fundarse en un hecho cercano que sirva de punto de partida y sea fácil de comprobar*”.¹⁸⁷

La última parte del *Estudio* se avoca a demostrar de la idea principal sustentada por su autor, a saber, que un derecho basado en la prescripción tiene siempre bases irregulares: “No tan favorable es la condición del poseedor irregular que además de serle necesario mayor número de años para prescribir, está expuesto a incurrir en la pena del usurpador, *yá que sin título alguno y talvez de mala fé toma la posesión de un derecho que le pertenece a otro*”. Concluye señalando lo siguiente:

“*Con el objeto de poner fin a éste trabajo diremos que la prescripción tanto ordinaria como extraordinaria carecen en absoluto de fundamento natural*, de modo que el mismo vicio debe adolecer el derecho que por medio de ella se adquiere y cuya causa es la posesión, que si bien no es capaz de engendrar naturalmente un derecho, sin embargo lo es civilmente con arreglo a nuestro Código”¹⁸⁸.

favorecer la prescripción, *que por el contrario le es mas bien un título odioso*. El legislador ha previsto el caso, en que una persona siendo dueño de algo, carezca de títulos suficientes con que acreditar el dominio que le corresponde, ya sea por haberse extraviado dichos títulos o por que no existen en su poder, cualesquiera que sea el motivo.- Con el objeto de evitar entónces estas incertidumbres de dominio, la ley autoriza el uso de la acción, cuyo fundamento es la posesión, por un lapso de tiempo que la misma ley indica (...). ”

¹⁸⁷ Ibid., p. 13.

¹⁸⁸ Ibid., pp. 22-23.

LUIS LEIVA CONCHA presentó en 1905 su trabajo *Breve estudio de la posesión* (Santiago: Imprenta de Enrique Blanchard-Chessi, 35 pp.) Cronológicamente más cercano a Trucco, nos encontramos aquí con una idea transversal en las memorias de prueba: la posesión como el complemento material indispensable del dominio.¹⁸⁹

Prescindiendo de la exposición acerca de sus naturalezas jurídicas distintivas, observemos lo que nos señala respecto de la clasificación de la posesión:

“(…) es de tres clases: regular, irregular y viciosa; ésta puede ser clandestina y violenta. En el derecho romano, español y francés antiguo se dividía la posesión en civil y natural. *La civil correspondía á nuestra posesión regular y se definía como ella; la natural á la posesión irregular y se definía también como ésta.* El código francés, como casi todos los códigos modernos, aceptó en el fondo esta división, pero se guardó muy bien de aceptar ó rechazar la terminología romana. Nuestro Código Civil (...) no pudo ménos que aceptar la división antigua, pero le cambió nombre, dándole los que acabamos de ver. Se juzgó con razón impropio llamar posesión natural á la que es anormal ante el derecho positivo”.¹⁹⁰

Además de lo dicho, esta memoria presenta como punto de interés el informarnos (si bien brevemente) de una discusión que se daba en la época en que se publicó: “Entre la posesión irregular y las viciosas hay algunas diferencias que conviene hacer notar. La primera habilita para adquirir el dominio por la prescripción extraordinaria; y para ejercitar las acciones posesorias. *Sabemos que hay quienes sostienen que es menester posesión regular para iniciar válidamente una acción posesoria (...).*” No sabemos sobre esto mucho más de lo que el mismo Leiva nos transmite, pero en un intento de reconstruir la discusión podemos pensar que algunos, seguramente haciendo una sinonimia entre la posesión regular y la

¹⁸⁹ LEIVA CONCHA, Luis, *Breve estudio de la posesión*, p. 6. “En efecto, la propiedad en sí misma no es más que algo abstracto, un título, un derecho; la posesión la hace descender de la región de las ideas y por medio del uso y goce de las cosas, haciendo de la propiedad algo real, ostensible y útil. [Cita a Troplong, *Droit Civil Expliqué*: La posesión no es más que la declaración, la promulgación á los ojos de todos del derecho de propiedad; ella conserva la propiedad, la hace útil, la pone en acción; pero ella no es más que el hecho por el cual se manifiesta el derecho]”.

¹⁹⁰ *Ibid.*, pp. 9-10. No sabemos si Leiva consultó las *Obras completas* de Bello (en su edición de 1881-1893), en las que aparece cómo estaba regulada la posesión en el *Proyecto de 1853*: en efecto, la clasificación original de la posesión, como vimos más arriba, era entre civil y natural y no entre regular e irregular.

posesión útil, como contrapuestas a la posesión viciosa, entendieron que a quien no le asiste la buena fe no puede defenderse por sí mismo mediante la interposición de acciones posesorias. A su parecer, esta opinión no se avenía a la letra de la norma:

*“Nos parece, en efecto, fuera de duda que el poseedor irregular puede entablar estas acciones, pues para ello el Código no exige más que la posesión tranquila y no interrumpida de un año completo. En consecuencia, no hace distinción entre el poseedor regular e irregular, cumpliendo así con el objeto que se tuvo a la vista para establecer acciones posesorias cual era impedir que la sociedad fuera presa del más fuerte y que los asociados se hicieran justicia por si mismos, resguardando á la posesión de cualquier atropello”.*¹⁹¹

Las distinciones de que se sirve Leiva para hablar sobre la adquisición de la posesión abarcan también a los bienes raíces:

*“Para resolver las distintas cuestiones, supondremos en actividad un sujeto capaz y una cosa susceptible de posesión. Esta puede ser material ó inmaterial; si material, puede ser mueble ó inmueble, y si es de la última clase, *habrá que atender á si está ó no inscrita*”. Para perder la posesión sobre los bienes no inscritos “es menester que se realice un acto contrario que nos prive de su goce exclusivo; lo que puede ocurrir de tres modos: por voluntad del poseedor, por causa de la cosa ó por hechos de terceros”. Por estos últimos “(...) perdemos también la posesión de las cosas, cuando otro se apodera de ellas con ánimo de dueño, y esto ocurre con todas las cosas no inscritas, aun cuando el tercero se las apropie con medios violentos ó clandestinos (art. 729) (...)”.*¹⁹²

Respecto de la antinomia entre los artículos 724 y 729, sigue en este punto a Fabres y concluye que la contradicción entre ambas disposiciones es solo aparente,

¹⁹¹ Ibid., pp. 15-16.

¹⁹² Ibid., pp. 22-24. Las expresiones de Leiva permiten concluir, en otras palabras, que puede admitirse la posesión viciosa sobre inmuebles y la posibilidad de prescribirlos, siempre que no estén inscritos: “Sobre un bien inscrito solo en virtud de otra inscripción se puede adquirir ó perder la posesión, así lo ordenan disposiciones claras y terminantes. Si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por la inscripción en el registro del Conservador, dice el art. 724, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio (...) *Como si todo esto no fuese bastante, empeñado el legislador en dar garantías á la posesión inscrita y haciendo contrastar sus ventajas con lo deleznable de la posesión no inscrita que cualquiera puede quitar (...)*” Nótese que incluso habla de lo ‘deleznable’ de la posesión no inscrita, muy en concordancia con su idea de que la posesión natural es ‘anormal’ para el derecho positivo.

pues la condición de regularidad en la posesión de los bienes raíces está determinada solamente por el artículo 724:

“Sabemos que hay varias clases de posesión: regular, irregular y viciosa; que la primera exige requisitos (justo título, buena fé y tradición), que pueden faltar en las otras, y cabalmente éstas se producen por la ausencia de uno ó más de ellos. Ahora bien, al exigir el art. 724 la tradición como requisito esencial para la posesión; no se ha de referir á toda clase de posesión, menos aún á las que no necesitan de este requisito sino á aquella que los ha de menester esencialmente para existir. Esta es sólo la posesión regular; luego, su adquisición es sólo la que nos veda el art. 724. *En consecuencia, desaparece la contradicción: apoderándose de un inmueble cuyo título no está inscrito adquirimos la posesión irregular; mas nó la regular, porque nos falta la tradición*”.¹⁹³

Finalmente, veamos el testimonio que nos deja este memorista sobre dos controversias mantenidas en su época, las que en verdad son dos aspectos del problema fundamental acerca del valor de la posesión material frente a la inscrita:

“Pero aun cuando todo esto está claramente expuesto, como lo acabamos de ver [que la posesión regular sobre inmuebles solamente se puede adquirir mediante título inscrito]; sin embargo, se ha suscitado en el foro y aún en la cátedra viva discusión alrededor de dos graves cuestiones, graves sobre todo por sus efectos; á saber: 1.º *si puede oponerse al poseedor inscrito una acción posesoria; y 2.º si se puede adquirir por la prescripción extraordinaria un inmueble inscrito*”.

Es de lamentar que, en abierto contraste con el interés demostrado al indicar los puntos a resolver, Leiva resuelva de manera tan rápida y terminante la negativa para ambas:

“(…) siendo imposible que alguien pueda adquirir posesión de un inmueble inscrito, porque ésta no termina jamás, ni principia, sino por la inscripción, su cancelación ó por otra nueva hecha en forma legal ó por decreto del Juez (arts. 686, 724, 728 y 730); *luego también es imposible toda acción posesoria ó prescripción contra el poseedor inscrito*”.¹⁹⁴

¹⁹³ Ibid., p. 26.

¹⁹⁴ Ibid., pp. 27-28. “Los partidarios de la acción posesoria alegan en su favor las disposiciones de los arts. 924 y 925, diciendo que es muy diversa la posesión inmaterial del derecho inscrito, del goce material del suelo: que siempre que se lesione la posesión abstracta la prueba es la inscripción (art. 924); y al revés, cuando se trate de la posesión del suelo, la prueba será la que determine el art. 925.- *Esta teoría que se funda sobre una artificiosa interpretación de los artículos citados tiene*

También en 1905, LUIS BARROS VALDÉS publicó *El registro de la propiedad* (Santiago: Imprenta, litografía i encuadernación Barcelona, 78 pp.) Barros tiene como nota particular el ser uno de los primeros memoristas que trató el Registro del Conservador como objeto de estudio. Por supuesto, más allá de eso existen otros puntos de interés. Por ejemplo, resalta la completitud del sistema implementado por el Código, destacando incluso lo adelantado que fue en su época en comparación a las legislaciones extranjeras:

“No en todos los países se ha dado al sistema la organización de conjunto i la unidad de propósitos que presenta la inscripción en la legislación de Chile. En jeneral, se ha acudido a la creación de oficinas de registro como medio de asegurar el crédito territorial i en forma incidental i accesoria del régimen hipotecario. *Nuestro Código ha abarcado el problema por completo i lo ha considerado bajo su doble aspecto (...)*”.¹⁹⁵

En gran medida, este trabajo reitera ideas planteadas con anterioridad por otros autores: la innovación que representó para el ordenamiento implementar el Registro y los beneficios económicos aparejados; el determinar que la tradición de los inmuebles se realizara de forma exclusiva a través de la inscripción de los títulos; y el hecho de que el legislador no quisiera establecer procedimientos compulsivos que forzaran a los poseedores de los inmuebles a inscribir, aunque sobre este último punto Barros opina que, al tiempo en que él presenta su memoria, sería conveniente adoptar medidas que terminaran con la posibilidad de que sobre un mismo bien raíz existiera dominio y posesión por parte de distintos titulares, simultáneamente.¹⁹⁶

además el inconveniente ya visto (que es absurdo entablar una acción posesoria sin tener posesión), el de suponer que la posesión abstracta, como se le llama a la más inscrita, no tiene más alcance que los libros del Conservador, no llegando nunca a turbar la posesión del suelo. Mas esto es ir en contra las más terminantes y claras disposiciones de la ley, que, como hemos visto, vincula el goce de la cosa a la posesión inscrita, única que puede existir; y es además desconocer el objeto que se propuso el Legislador al establecer el registro del Conservador (...). Destacamos en esta cita el uso de la expresión ‘abstracta’ aplicada a la posesión inscrita.

¹⁹⁵ BARROS VALDÉS, Luis, *El registro de la propiedad*, p. 37.

¹⁹⁶ Ibid., pp. 50-51. “Entre tanto, la posesión conferida por la inscripción deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente. La inscripción es la garantía solemne de la posesión, i mientras aquella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee, es un mero tenedor (...). El Código no quiso ir más allá a fin de evitar, como dice el mensaje, procedimientos compulsivos que habría sido menester emplear en la época de su adopción i en la inteligencia de que lógicamente el trascurso de los años habría de convertir la solemnidad de la inscripción en un título indisputable de propiedad, colocando

Barros Valdés realiza una muy breve concordancia entre los artículos 702, 724, 728, 730 y 2505, que lo lleva a concluir que solamente la posesión regular habilita para adquirir por prescripción. Pareciera ser que el artículo 2510 no representa para este memorista un problema, pues ni siquiera lo menciona. Una explicación para esto es considerar que, tratándose de inmuebles, la posesión será siempre regular; en este sentido, su postura es extrema, pues no se pronuncia siquiera sobre la posibilidad de que el inmueble, simplemente, no esté inscrito.¹⁹⁷

También otro contemporáneo a Trucco, JUAN JOSÉ VELOSO R., publicó en la ciudad de Concepción su memoria titulada *Breves consideraciones sobre la posesión* (Imprenta Penquista, 29 pp.), en 1906. Veloso, partiendo de la base que la posesión es un hecho revelador del dominio, señala que solamente se le puede reconocer la calidad de poseedor a quien tiene ánimo de señor y dueño, y es necesario además que dicha intención dominical se manifiesta mediante signos externos: las figuras contempladas en el artículo 714 del Código no son poseedores propiamente tales, y que dentro de los efectos de la posesión, indudablemente el que alcanza mayor realce es el de la prescripción:

“Por último, el hecho de la posesion es esencial para la prescripcion adquisitiva del dominio. Miéntas un individuo tenga solo la posesion de una cosa, su dominio es eventual i está siempre subordinado al mejor derecho que pueda alegar un tercero; *pero con el transcurso del tiempo la propiedad se convierte en definitiva en virtud de la prescripcion. La lei no quiere que el derecho eventual del*

los bienes raices inscritos al abrigo de todo ataque Creemos que habria ya conveniencia en sancionar aquel principio i mejorar nuestro réjimen dando a la inscripcion el carácter atributivo, absoluto e incontrastable de la propiedad que se encuentra consagrado en la lejislacion alemana”.

¹⁹⁷ Ibid., p. 52. Barros Valdés lleva la interpretación de la teoría de la posesión inscrita al extremo que hemos visto, tal vez porque al tratar del sistema registral quería manifestar con particular nitidez la calidad inexpugnable que tienen los bienes raíces cuando están dentro de él. Pero resulta perturbador que, incluso contraviniendo la opinión de la doctrina mayoritaria, niegue absolutamente cabida a la aplicación del artículo 2510, siquiera para los casos en que el inmueble no esté registrado. Cabría también la posibilidad de que Barros acepte una distinción entre la causa de posesión y la causa de prescripción (!): así, podemos poseer un inmueble de manera irregular, y hay causa de posesión, pero por esa misma irregularidad no podemos prescribir. Sin embargo, no hay más elementos que nos permitan llegar a esa conclusión en su nombre.

poseedor dure eternamente i, a fin de evitar que en lo futuro se vea amenazado en sus intereses, cree justo que la posesion se consolide con la propiedad despuyes de cierto espacio de tiempo”.¹⁹⁸

A partir de la premisa de que la intención domicial requiera de signos externos que la manifiestan, sin embargo, no se sigue que aquellos puedan suplir la falta de inscripción del título. Veloso niega, en consecuencia, la posesión sobre inmuebles cuando no se ha cumplido tal requisito:

“Pero no siempre hará presumir la tradicion de cosa la posesion a ciencia i paciencia del que se obligó a entregar esa cosa, pues tratándose de inmuebles para adquirir la posesion por título traslaticio de dominio es necesaria la inscripcion del título en el Registro del Conservador, ya que sin este requisito no hai tradicion de estos bienes segun el art. 686”.¹⁹⁹⁻²⁰⁰

Empero, llama la atención que, para el autor, el mecanismo que le da genuino sentido al Registro y al sistema posesorio sobre inmuebles establecido en el Código no es la inscripción del título, sino que la posesión efectiva de la herencia contemplada en el artículo 688.²⁰¹ Dos razones hay para ello: i) el legislador no

¹⁹⁸ VELOSO R., Juan José, *Breves consideraciones sobre la posesión*, p. 10. En términos generales, este autor no se aparta del esquema expositivo habitual sobre la materia, por lo que no se requieren mayores comentarios sobre la estructura de su obra. Sí resulta más útil destacar que, cuando trata de la posesión regular e irregular, cita la opinión de Jacinto Chacón sobre que en nuestro Código no se recoge la distinción del derecho romano entre posesión civil y natural, y que por tanto tiene más sentido concordar aquella clasificación con ésta (p. 11; y para la definición de título se sirve de Escriche: “Título es la causa remota en cuya virtud poseemos una cosa; i ademas el instrumento con que se acredita nuestro derecho”).

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 18.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 20. La exposición de este memorista se basa principalmente en el análisis normativo de del Registro del Conservador y la función económica y social que cumple: “Nuestro legisladores al trazar el plan del Código establecieron la institucion del Registro del Conservador a fin de poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, anotando todas las propiedades raices de la República, con sus cargas gravámenes e imposiciones que pesen sobre ellas i dispusieron que el Registro fuera público de manera que todos pudieran consultarlo para imponerse de quienes son los verdaderos dueños de las propiedades i de las limitaciones que tiene el dominio, facilitando así las transacciones e impidiendo los engaños”.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 21. “Para formar este Registro en poco tiempo habria sido necesario tomar medidas coercitivas para obligar a los dueños a presentarse ante el Conservador a inscribir sus propiedades i las cargas que pesaban sobre ellas; pero por considerar odiosas esas medidas se adoptó el temperamento de hacer obligatoria la inscripción de enajenaciones de bienes raices, incluso las transmisiones hereditarias de ellas, las adjudicaciones, i las constituciones de todo derecho real en ellas”. La idea de que el legislador contempló la posesión efectiva de la herencia como un medio indirecto para que en el largo plazo la mayoría de los inmuebles estuvieran inscritos aparece ya en Aguirre Vargas, según vimos.

contempló hacer mandatoria la inscripción, ni siquiera con posterioridad a la instalación del Conservador de Bienes Raíces; y ii) se entiende que en las enajenaciones o en los gravámenes los mismos interesados del negocio procurarían inscribir sus títulos con el fin de respaldar adecuadamente sus derechos. Pero en la sucesión por causa de muerte

*“(...) por el hecho de deferirse la herencia al heredero este se hace dueño de todas las propiedades comprendidas en ella sin necesidad de llevar a efecto inscripción alguna, i siendo así, el legislador previó que el heredero no había de presentarse al Conservador para justificar por él ha adquirido por herencia la propiedad tal i que, por lo tanto, se debe cambiar el nombre del que aparece como dueño, interrumpiendo con esto la historia de la mutación de la propiedad que se venía formando en el Registro”.*²⁰²

Con respecto a la manera en que se adquiere la posesión, el memorista estima al artículo 724 como una excepción al principio general de que debe ser mediante la aprehensión material y la intención de apropiársela. Pero aunque falte uno de los requisitos de la posesión regular (y la de inmuebles se adquiere necesariamente mediando el artículo 686 del Código) habrá posesión de todas maneras, aunque de carácter irregular. *“No siempre se podrá, sin embargo, adquirir posesión irregular de bienes raíces dejando a un lado la inscripción”*: se refiere específicamente al artículo 725 y al 728, pues si el inmueble está inscrito no puede haber siquiera posesión irregular. El artículo 730 es considerado por este autor también como una excepción a la regla general de adquisición contenida en el artículo 700; precisamente es a propósito del artículo 730 que Veloso se refiere al artículo 2510, en atención a lo dispuesto en el art. 716.²⁰³

²⁰² Ibid., p. 22. La discusión doctrinaria sobre la inscripción del decreto de posesión efectiva la trata en las páginas 23 y 24. Para que esta situación no viniera en frustrar los propósitos perseguidos con la implementación del Registro, *“(...) se ideó hacer obligatoria la inscripción de la transmisión hereditaria de los bienes raíces, pero como ya se había establecido que en la sucesión por causa de muerte se adquiere la herencia en el momento de deferirse, se sancionó la falta de inscripción inhabilitando al heredero para disponer de los inmuebles de la sucesión”*.

²⁰³ Ibid., pp. 28-29. La inteligencia que este memorista da al artículo 2510 es la siguiente: *“Sin embargo, lo que ese artículo quiere decir es que la mera tenencia hará presumir mala fé, a menos que el título de mera tenencia se desvirtue tanto que llegue a desaparecer i el tenedor prescribe entónces según las reglas generales. Si el que alega el dominio no puede probar que el prescribiente lo reconoció como dueño i al contrario este prueba las circunstancias del N.º 2 regla 3.ª, el título de*

La memoria de ALFREDO DEL VALLE VALENZUELA, *La tradición de inmuebles i el Registro del Conservador de Bienes Raíces*, que vió la luz en 1909 (Santiago: Imprenta Cervantes, 105 pp.) es un claro ejemplo de que, muy poco tiempo antes de que Trucco publicara su *Teoría*, el interés de los autores ya comenzaba a abarcar más allá de la posesión y la prescripción de inmuebles, dando cabida, como no podía ser de otra manera, a los estudios referidos específicamente a la tradición de los inmuebles y al funcionamiento del Conservador de Bienes Raíces.²⁰⁴ No nos deja dicho los problemas generales que pretendía abordar con su trabajo, pero puede apreciarse una preocupación por sintetizar de manera clara el modo en que opera la tradición de los derechos reales sobre inmuebles, según lo dispuesto en el Código,²⁰⁵ y las ventajas que dicho sistema supone, dentro de las cuales podemos destacar, tal y como lo hace el autor, la 3.^a:

“Con la inscripción, se determina de un modo fácil, seguro i exacto el hecho, el momento i las circunstancias que acompañan a la tradición, como también la identificación de la cosa entregada. *Esta ventaja es tan importante que basta para justificar el sistema; todas las demás formas de tradición, adolecen de inconvenientes en este sentido, pues permiten hacer la tradición de la misma cosa a varias personas, i es imposible determinar el momento fijo de ella*”.²⁰⁶

mera tenencia desaparece prescribe, como lo hemos dicho, de conformidad con las reglas jenerales, no porque el simple lapso de tiempo haya cambiado la mera tenencia en posesion”. Pero para nosotros no resulta claro qué quiso decir Veloso al señalar la circunstancia de que un título de mera tenencia se desvirtúe tanto ‘*que llegue a desaparecer*’. Lo que sí puede observarse sin problemas es que a este autor, como a otros de su época, el artículo 2510 resulta incómodo. De otra maneras, no podría entenderse porqué llegó a la conclusión de que, contrario al tenor literal del artículo 716, en verdad la regla 3.^a del artículo 2510 debe interpretarse como una desaparición del título de mera tenencia y que, por lo tanto, el prescribiente se hará dueño conforme a las reglas generales de la ordinaria y no de la extraordinaria. Una conclusión artificiosa, según puede verse, amén de que en ninguna parte este memorista menciona qué rol cumpliría, entonces, el artículo 2505.

²⁰⁴ VALLE VALENZUELA, Alfredo [del], *La tradición de inmuebles i el Registro del Conservador de Bienes Raíces*, p. 17. “La institucion del Registro Conservatorio, tal como existe en nuetsra patria, tiene un carácter múltiple que embarazaria el estudio de la materia misma de este trabajo. Por eso, sólo la veré en este momento en su carácter principal de foma de tradicion de los bienes raices i de los derechos reales constituidos en ellos, i a continuacion se hará el estudio completo de esta institucion”.

²⁰⁵ Ibid., p. 18.

²⁰⁶ Ibid., p. 19. Las restantes ventajas son enumeradas como sigue: “1.^a Se da mas solemnidad a este modo de adquirir tan frecuente i de tanta trascendencia. Esto puede influir para que se ejecute con mas deliberacion i cuidado. 2.^a Al hacer algo larga la tramitacion se precaven las sorpresas, i se hacen mas meditadas las mutaciones del dominio (...) 4.^a Gracias a la inscripción se puede tener en un momento la lista completa de poseedores de una propiedad, con determinacion del tiempo i fecha de las respectivas posesiones. Es esta constancia de grande utilidad para la prescripcion i para la

Además de ofrecer una síntesis del funcionamiento del Registro, para establecer con claridad la dualidad entre el título y el modo de adquirir, realiza también precisiones conceptuales con el fin de despejar algunas confusiones terminológicas, que de atendernos a las expresiones de este memorista, al parecer eran comunes en su época. Lo más importante es comprender al sistema registral de manera integral, o como Del Valle la llama, '*una institución completa*'. Es decir, considerando los antecedentes que el legislador tuvo a la vista para establecerlo, el sistema pudo haber sido implementado solamente para la tradición de los inmuebles, pero se decidió en última instancia a comprender en él todo lo referente a la propiedad raíz, incluyendo la constitución de los derechos reales.²⁰⁷

De hecho, el gran mérito del sistema es su tendencia a la completitud, pues en rigor lo adquirido por medio de la ocupación, la prescripción y la sucesión por causa de muerte

"(...) no pueden comprenderse en una institución que tenga el sólo carácter de servir de forma de tradición, i como por otra parte hai conveniencia de estender las ventajas de un registro público i solemne a todo lo referente a la propiedad raíz, *el lejislador amplió la institucion del Registro Conservatorio ordenando que se inscribieran tambien estos cambios del dominio i de los demas derechos transmisibles*".²⁰⁸

defensa de los derechos amenazados, lo que se ha visto comprobado a través de nuestra jurisprudencia".

²⁰⁷ Ibid., p. 19. "El lejislador, al crear el Registro Conservador de Bienes Ríces, pudo establecer solamente lo que dejo dicho: un modo de efectuar la tradición de derechos reales sobre los inmuebles; pero prefirió comprender en él todo lo referente a la propiedad raíz, creando una institución completa. *Esta ha dado origen a errores de derecho por las impropiedades del lenguaje usado por el lejislador, pero estos defectos, que no son del sistema, no disminuyen el mérito de esta sabia institución*. El papel que se ha visto desempeñar al Registro Conservatorio, podría llamarse "de constitución i tradición de derechos reales sobre inmuebles". La primera inscripción tendrá a veces el carácter de constitución; las posteriores, de tradición por acto entre vivos. Digo, a veces, porque derechos reales hai que se constituyen de otra manera, como el usufructo, que según el artículo 766 se constituye por testamento i por prescripción. *Constituido ya, la primera inscripción no tendrá el valor de constitución, pues un acto perfecto, no puede perfeccionarse mas*".

²⁰⁸ Ibid., pp. 20-21. Acá aparece una de las precisiones conceptuales que a Del Valle le interesa resaltar: "Pero, entiéndase bien, estas inscripciones no pueden tener el carácter de forma de tradición: lo que está constituido no necesita volver a constituirse; *derechos reales ya adquiridos, no necesitan otra forma de adquisición*". Se refiere, por ejemplo, a la inscripción del título de constitución de un usufructo respecto de un inmueble que nunca antes ha sido gravado. En rigor, no se está haciendo la tradición de nada, pues la constitución es, en este caso, originaria. De más está decir que aunque esta aclaración es un testimonio elocuente de la perspicacia del memorista, no nos permite

Queda suficientemente claro cuáles son las bondades del sistema registral. Pero una en especial debe ser destacada, el fortificar y regularizar la posesión, pues de aquí el memorista hace algunas observaciones interesantes, aunque expresadas de una manera un tanto confusa:

*“(...) La sola inscripción no da la propiedad al que la invoca. Ella solo tiene a lo mas el carácter de tradicion, i como tal transferirá los derechos o la situacion legal del tradente, es decir, la propiedad o la posesion. Pero la inscripción por sí sola es prueba de posesion. Se tiene, en consecuencia, que la inscripción es solo prueba de posesion, pero de tal naturaleza que es inatacable (...) Derívase de aquí también que el dueño que es poseedor inscrito, no pierde su dominio por ninguna prescripcion, porque la posesion inscrita se pierde por otra inscripción, que no puede hacerse estando vijente la primera”.*²⁰⁹

Lo opinado por el memorista requiere de alguna aclaración. Cuando dice que *‘la sola inscripción no da la propiedad al que la invoca’*, lo que se advierte es una crítica velada sobre la exageración de los efectos producidos por dicho trámite. Por ello nos recuerda que el artículo 682 del Código sujeta la eficacia de la tradición a que el tradente sea el verdadero dueño de la cosa que entrega; esto, que parece tan obvio en la letra de la ley, deja de serlo cuando se considera que existen inmuebles que no están ni nunca han estado inscritos: si la inscripción fuera la única garantía de dominio, entonces el dueño que desee enajenar el inmueble no registrado deberá previamente inscribir su título, con el solo fin de hacer la tradición plena. Puede ahora comprenderse mejor el esfuerzo que hace Del Valle por recordarnos en forma

hacernos una idea clara sobre si esta parte de su exposición está destinada a resolver algún problema real que se diera en la práctica cotidiana del Conservador de Bienes Raíces. Parece, más bien, que lo hace con la intención de resaltar las virtudes del sistema registral chileno: “Con este doble empleo el Registro (...) es utilísimo: todo lo referente a la historia de un inmueble, la constitucion del dominio en él, las desmembraciones i mutaciones que ha sufrido, los gravámenes que pesan sobre él, todo se conoce mediante el registro conservatorio (...) Los propósitos tenidos en mira por el lejislador al crear el Registro Conservatorio de Bienes Raices, i que ampliamente cumplió, fueron, pues: 1.º i principal. Establecer una forma única, exclusiva, solemne i pública de tradicion de los derechos reales sobre inmuebles. 2.º Dar publicidad a la propiedad raiz i a sus gravámenes, lo que consiguió ordenado inscripciones que no son ni constitucion de un derecho real, ni tradicion de ellos, como las de prescripcion, testamento, etc.”

²⁰⁹ Ibid., pp. 21-22. Más adelante (p. 51), Del Valle deja constancia de la doctrina que sostenía que la prescripción de treinta años saneaba la falta absoluta de título, siempre que hubiera posesión, la que se presume debía ser continua. Ello vendría a significar, al menos para él, un peligroso acercamiento a admitir la prescripción contra título inscrito. Aunque no se refiere a esa doctrina en extenso, nos queda claro por sus expresiones que no adhiere a ella.

breve y clara la dualidad contemplada en nuestro Código en lo que respecta a la adquisición de derechos reales en general, y a los derechos sobre inmuebles en particular.²¹⁰

Finalmente, sobre el reglamento del Conservador de Bienes Raíces, nos ofrece una brevísima nota histórica:

“Fue encomendada su ejecución a uno de los miembros más distinguidos de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, al miembro de la Corte de Apelaciones de Santiago don José Alejo Valenzuela. *No sé quien fue el que introdujo en nuestra legislación la innovación del Registro Conservatorio, pero la circunstancia de haberse encomendado la formación del referido reglamento al señor Valenzuela hácese pensar que fuera él el autor de la idea. Sea como fuere, la esmerada redacción, la sabiduría de sus disposiciones i la unidad i armonía del conjunto, hacen de este reglamento un digno complemento de nuestro majistral Código Civil*”.²¹¹

iv. Para una revisión crítica de la *Teoría de la posesión inscrita* de Humberto Trucco (1910)

En el capítulo que ahora damos por concluido, hemos ordenado y estudiado cronológicamente todas las memorias de prueba de que tenemos noticia y que trataron sobre la posesión y la prescripción de inmuebles en el contexto del sistema registral. Si se pudiera resumir el resultado de esta labor en una expresión breve, tendríamos que decir que Humberto Trucco nada nuevo inventó. Ni siquiera la denominación de ‘teoría de la posesión inscrita’ fue acuñada por él.

²¹⁰ Ídem. “*Pero la inscripción por sí sola es prueba de posesión. Se tiene, en consecuencia, que la inscripción es solo prueba de posesión, pero de tal naturaleza que es inatacable*” Como no señala si esto lo hace por la necesidad de criticar alguna tendencia de la época, tendremos que suponer que lo que desea es poner algún freno a la opinión de aquellos que sostenían que al distinguir el Código entre posesión de los derechos y posesión del suelo (artículos 924 y 925, respectivamente) se permitiría con la prueba de la segunda controvertir a la primera.

²¹¹ Ibid., p. 23. JOSÉ ALEJO VALENZUELA (1816-1879) fue Ministro de Corte en La Serena (1849) antes de ser de la de Santiago (1852); con posterioridad lo fue de la Corte Suprema (1858 hasta su fallecimiento). Desempeñó además cargos en el Congreso (diputado por Chillán entre 1852 y 1855 y por Petorca, entre 1855 y 1855) y en la administración pública (fue intendente por Coquimbo en 1851, por Santiago en 1853 y Consejero de Estado en 1861). DE RAMÓN, Armando, *op. cit.* (n. 32), v. IV, pp. 224-225. Mencionemos que Barros Errázuriz adhiere a esta opinión sobre la autoría del Reglamento, en su *Curso de Derecho Civil* (2ª ed.), p. 159.

Ahora bien, aunque ocuparnos de la persona de Trucco como jurista y de su obra no son los objetivos principales de esta memoria, no parece que excedamos sus límites al plantear, en algunos puntos breves, una mirada crítica sobre la *Teoría*, con el fin de ofrecer una conclusión preliminar. Esto se justifica plenamente si tomamos en cuenta la manera en que inspiró, incluso en vida de su autor, tantos trabajos sobre la materia.²¹² Y si bien el juicio emitido más arriba parece terminante, no se piense que desmerecemos el contenido o la forma del famoso artículo: por el contrario, son precisamente estos dos factores los que determinaron la calurosa acogida que tuvo en la doctrina y en la jurisprudencia. Enunciémoslos.

i.- Como puede concluirse al examinar el número de las memorias de prueba publicadas entre 1890 y 1910, Trucco estaba lejos de ser el primero o el único en abordar la posesión de los inmuebles en el sistema registral. Pero el suyo es un artículo breve, de 20 páginas. Si bien la publicación de 1910 en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* no es otra cosa que su propia memoria de prueba, la extensión es básicamente la misma.²¹³ Esto no es un mero detalle, pues tomando en cuenta que entre sus contemporáneos lo usual era exponer en un número mucho mayor de páginas, su trabajo aparecía por ello más accesible. Probablemente esto fue deliberado, pues su estructura acusa un esquema sencillo.

Esta estructura de que hablamos puede apreciarse en la forma que aborda su conocida sentencia, de que la inscripción “*es requisito, prueba y garantía de la posesión*”. En cada una de estos elementos se limita a consignar, en el cuerpo del texto, las disposiciones correspondientes: así, para ‘requisito’, cita los artículos 724, 728, 730, 924 y 2505; para ‘prueba’, el 924; y para ‘garantía’, el 2505. Los comentarios particulares, en razón de su extensión, están reservados para las notas al pie. De esa manera, la concordancia se hacía mucho más inteligible para el lector que requería conocer la justificación normativa precisa para sostener juicios posesorios o alegaciones de prescripción, por ejemplo.

²¹² Vid. nota 1.

²¹³ TRUCCO FRANZANI, Humberto, “Teoría de la posesión inscrita en el Código Civil chileno”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 8, año VII, p. 131.

ii.- En relación al punto anterior, se advierte como Trucco prescinde de toda introducción filosófica e histórica sobre la posesión y la prescripción. Cuestiones tales como el origen de la propiedad, la justificación social y económica de la usucapión, o si la posesión es un hecho o un derecho, no las contempla bajo ningún punto de vista. Recordemos que plantear estos tópicos y ofrecer posibles respuestas era la forma usual con que los memoristas solían introducir los temas abordados en sus trabajos. Ello podía resultar abrumador para quienes los consultaran con el objetivo de procurarse argumentos de carácter forenses. Mas, en la *Teoría* estas cuestiones filosóficas aparecen reemplazadas por el mínimo indispensable de clasificaciones y distinciones: Trucco emplea únicamente la que distingue entre inmuebles inscritos y no inscritos, la que sabemos fue planteada en el siglo xix; así también, mantiene en número limitado los ejemplos, ilustrados por medio de casos hipotéticos. Incluso la referencia a la jurisprudencia judicial la hace de manera muy general²¹⁴.

No hay, por lo demás, citas o referencias a autores o legislación extranjeras. Trucco se limita a apoyar algunas de sus afirmaciones en la opinión de juristas chilenos, lo que para los lectores que no estuvieran familiarizados con la doctrina francesa en boga, por ejemplo, o no tuvieran a su disposición los códigos foráneos, era garantía suficiente de rigurosidad, amén de que tales juristas eran bien conocidos tanto por abogados como por los jueces: así, cita a José Clemente Fabres, Carlos Aguirre Vargas, Luis Claro Solar y a Tomás Ramírez Frías.

iii.- Finalmente, debemos considerar el prestigio que alcanzó Humberto Trucco en el medio jurídico nacional, ya como profesor, ya como magistrado. Recordemos que llegó a ser presidente de la Corte Suprema en dos períodos, entre 1934-1937 y entre 1944-1950. No nos debería sorprender que la autoridad que llegó a tener veinte años después de que publicó su *Teoría* haya dotado a ésta, en forma retroactiva (si se nos permite esta manera de decir) de una gravedad adicional.²¹⁵

²¹⁴ Ibid., p. 136, nota (1).

²¹⁵ Su notable desempeño en la judicatura aparece en forma prosopográfica en DE RAMÓN, Armando, *op. cit.* (n. 32), v. IV, p. 189.

CAPÍTULO III

LA POSESIÓN INSCRITA ENTRE 1857 Y 1910. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL.

En los capítulos anteriores pudimos estudiar en detalle, en primer término, el origen doctrinario de la teoría de la posesión inscrita, y luego, el desarrollo de sus postulados a través de las memorias de prueba. A través de estas fuentes ha quedado de manifiesto el entusiasmo con que fue adoptada y defendida por prácticamente todos los comentaristas del Código a partir de las *Instituciones* de José Clemente Fabres, y también por la mayoría de los memoristas, si bien algunos pocos de entre estos mostraron ideas contrarias a esta tendencia. Además, pudimos establecer que el elevado número de estos trabajos no es un mero dato curioso, sino que por el contrario, se trata de un testimonio elocuente que nos demuestra la existencia de varios problemas que habían sido planteados en las aulas ya desde la promulgación tanto del Código como del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, y que estaban referidos a exigencias prácticas que hasta la primera década del siglo XX no habían podido ser resueltos.

Muchas de estas cuestiones se intentaron resolver por medio de la armonización e interpretación de disposiciones discordantes, como vimos a propósito de los artículos 924 y 925 y entre los artículos 2505 y 2510. Este esfuerzo interpretativo se encaminó, especialmente, a solucionar tres problemas: i) si es que la 'posesión' de la que se habla en los artículos 924 y 925 es la misma y, por tanto, cuando se deducen acciones posesorias la que se refiere a los derechos inscritos no tiene preferencia sobre la que se refiere al suelo; ii) si el artículo 2505 tiene carácter especial o general, y en base a ello, determinar si es posible o no prescribir contra título inscrito; y iii) si el tenor literal del artículo 2510 permite prescribir con título de mera tenencia, o en verdad se trata de una posesión calificada. Ahora bien, estas preguntas aparecen constantemente en las fuentes que estudiamos anteriormente, y aunque las respuestas ofrecidas lo que hacen en verdad es reforzar la idea de la superioridad incontrastable de la posesión ficticia otorgada por la inscripción en el Registro, no es raro que aparezcan junto a referencias a veces muy generales (y

también un tanto oscuras) sobre quienes sostenían, por el contrario, una idea más bien material de la posesión sobre inmuebles.

Como hemos advertido con anterioridad, la manera apropiada de aproximarse a la explicación es a través de la jurisprudencia. Al estudiar los casos que fueron resueltos por las Cortes de Apelaciones y por la Corte Suprema, respecto de todos aquellos litigios en que se sustanciaron controversias derivadas de la posesión sobre inmuebles, podremos comprender que las críticas formuladas con mayor o menor acierto por los autores muchas veces se referían, precisamente, a las decisiones adoptadas por estos tribunales. Sin embargo, no podemos de una sola vez intentar su estudio sin antes establecer el contexto en que dichas sentencias se pronunciaron. Sobre la manera de entender la actividad jurisprudencial en nuestro país durante el siglo XIX nos referiremos en las primeras páginas de este capítulo, lo mismo que a la principal fuente para esta época, la *Gaceta de los Tribunales*, para continuar con una selección de sentencias en las que se sustanciaron los casos de interés.

i. Sobre la jurisprudencia en Chile hasta 1837²¹⁶

Una ley de 1778, recogida en la *Novísima Recopilación* (11, 16, 8) había prohibido la fundamentación de las sentencias, si bien la práctica de no motivar los fallos imperaba desde hacía tiempo en Castilla²¹⁷. Una situación similar ocurría en Indias, pues la práctica de fundamentar las sentencias no se vino a establecer sino hasta en tiempos de la República. Como era previsible, en dicha condición se constituyó un obstáculo grave para el desarrollo de una jurisprudencia judicial, pues para que esta pueda servir efectivamente como fuente de derecho, es de todo punto necesario expresar los motivos de las decisiones que conllevan, que son en realidad los únicos utilizables e invocables por otros jueces o juristas. De hecho las sentencias solían extenderse en la consideración de los hechos y su prueba, omitiendo argumentaciones de derecho.²¹⁸

La citada disposición de la *Novísima* estableció el criterio legal que en dicha materia rigió en Chile hasta que se dicta la constitución de 1822. En su artículo 219, dentro del título VII (*Del poder judicial*), capítulo IV (*De la administración de justicia*

²¹⁶ Para un estudio de la jurisprudencia como fuente del derecho en el período indiano, véase DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano* (2ª ed.), pp.189-190; nos remitimos además en la misma obra a las orientaciones bibliográficas ofrecidas por el autor a propósito del tema, pp. 366-367, en las que se destacan para el contexto general LEVAGGI, Abelardo, "La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano", en: *Revista de Historia del Derecho*, N° 6, 1978, pp. 45-74. Buenos Aires, Argentina: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1978, y también MEDRANO, Samuel W. "Problemas de la interpretación de la ley en el derecho indiano", en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 6, pp. 205-211. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1970. Para un estudio de la jurisprudencia como actividad de ponderación del *ius commune* en el período previo a la codificación, BRAVO LIRA, Bernardino, "Iudex, minister aequitatis. La integración del derecho antes y después de la codificación", en: EL MISMO, *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico*, pp. 323-359; EL MISMO, "Arbitrio judicial y legalismo. El juez frente al derecho antes y después de la codificación en Europa e Iberoamérica", en: *Revista de Historia del Derecho*, N° 28, pp. 7-22. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1991 (ahora en su *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico*, pp. 361-375). Para un estudio del funcionamiento propiamente tal de los tribunales indianos, consúltese por todos CORVALÁN MELÉNDEZ, Jorge; CASTILLO FERNÁNDEZ, Vicente, *Derecho procesal indiano* (Col. Memorias de Licenciados: Historia del Derecho, vol. 20, Santiago, 1951).

²¹⁷ Se ha indicado que la fecha correcta de la Real Cédula (expedida por Carlos III) es 1768, y que datarla con veinte años adicionales es una equivocación producto de una errata de la *Novísima*. MARILUZ URQUIJO, José María, "La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares", en: *Revista de Historia del Derecho*, N° 4, p. 143, nota 4. Buenos Aires, Argentina: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1976.

²¹⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador, op. cit.* (n. 17), v. I, pp. 54-55.

i de las garantías individuales), se leía: “*Toda sentencia civil i criminal debe ser motivada*”. Sin embargo, en la práctica esta norma no llegó a regir, pues solamente estableció el criterio superior sobre la materia, pero no se implementó la correspondiente ley procesal que fijara el alcance de dicha exigencia y la forma cómo los jueces debían darle cumplimiento. Con posterioridad, en 1836 el presidente Joaquín Prieto presentó al Congreso un proyecto de ley sobre fundamentación de sentencias²¹⁹, cuya tramitación quedó paralizada en la Cámara de Diputados debido al inicio de las hostilidades contra la Confederación Perú-Boliviana, pero que finalmente vio la luz al año siguiente, por medio de un decreto con fuerza de ley, que vino en derogar el principio recogido en la *Novísima*, al establecer “*Toda sentencia se fundará breve y sencillamente. El fundamento se reducirá a establecer la cuestión de derecho o hechos sobre que recae la sentencia, y a hacer referencia a las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras explicaciones*”.²²⁰

El efecto de esta ley fue importante, pues con ella se impone a los jueces nacionales por primera vez la obligación de motivar sus fallos: una ley complementaria a la anterior, dictada pocos días más tarde, nos da cuenta de esta circunstancia.²²¹ La dictación de esta ley, empero, ofreció varias dudas a la Corte Suprema, acerca de cómo debía aplicarse a una serie de situaciones que se daban frecuentemente en la práctica. En consecuencia, este tribunal elevó por oficio de 11 de febrero de 1837 una consulta de doce puntos al Ministerio del Interior, a la sazón dirigido por Diego Portales, en la que se piden aclaraciones. Portales dio traslado

²¹⁹ El texto del proyecto se publicó originalmente en *El Araucano* N° 325 de 25 de noviembre de 1836. También recogido en LETELIER, Valentín (comp.) *Sesiones de los cuerpos lejislativos de la República de Chile (1810-1845)*, tomo XXIV, p. 339 y ss.

²²⁰ El texto de este decreto con fuerza de ley puede está recogido en el *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno*, N° 7 (1841) p. 89. Bravo Lira apunta sobre la semejanza estilística manifiesta entre esta disposición y el artículo 1213 del Código de Comercio español de 1829: “Los tribunales de comercio fundarán todas las sentencias definitivas e interlocutorias que pronuncien. Los fundamentos se reducirán a establecer la cuestión de derecho o de hecho sobre que recae la sentencia, y hacer referencia a las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras exposiciones”. Vid. BRAVO LIRA, Bernardino, “Los comienzos de la codificación en Chile. La codificación procesal”, en: EL MISMO, *El juez entre el derecho y la ley en el mundo hispánico*, p. 531.

²²¹ *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno*, N° 7 (1841) p. 91. En ella se lee: “(...) *estos fundamentos se silenciaban hasta ahora en los tribunales patrios*”.

de ella al fiscal de la Corte Suprema, Mariano Egaña, a fin de pedir su parecer. El informe que emitió a modo de respuesta, fechado en 20 de febrero de aquel mismo año, fue hecho suyo por el Ejecutivo, y sancionado como ley el 1° de marzo, y en el cual se estableció “*sirva de regla a todos los juzgados y tribunales del Estado a quienes toca la observancia de la ley a que son referentes las consultas de la Corte Suprema de Justicia*”²²². La regulación de que hablamos subsistió hasta el 12 de septiembre de 1851, en que el gobierno de Manuel Montt promulgó la ley sobre acuerdos y fundamentación de sentencias, cuyo artículo 3 N° 3 disponía de la siguiente manera: “*Toda sentencia definitiva o interlocutoria de primera instancia i las revocatorias de otro Tribunal o Juzgado contendrán: N. 3: Los hechos i las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga fuerza de lei, i a falta de una i otra, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia*”.²²³

ii. La jurisprudencia en Chile después de 1837: la *Gaceta de los Tribunales*

Desde 1841 comienza a circular la *Gaceta de los Tribunales*, la que puede ser considerada con toda razón como la primera revista jurídica de Chile.²²⁴ Fundada en 1841 por *José Gabriel Palma* (1791-1869), y redactada por *Antonio García Reyes* (1817-1855) y *Antonio Varas* (1817-1886), sus páginas estaban destinadas a la publicación tanto de las sentencias de los tribunales de primera como de segunda

²²² *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno*, N° 7 (1841) pp. 90-101.

²²³ *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno*, N° 19 (1851) p. 524. Todo lo expuesto puede consultarse en Merello Arecco, Ítalo, “La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la clemencia judicial en materia penal”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 8, pp. 71-98. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1983.

²²⁴ Sobre la *Gaceta* apreciada como publicación de interés científico la bibliografía especializada es todavía escasa. Véase BRAHM GARCÍA, Enrique, “Los comienzos de la primera revista jurídica chilena: la “Gaceta de los Tribunales” entre 1841 y 1860”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 14, pp. 45-56. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1991; GUZMÁN PÁEZ, Rodrigo, “Índice de la revista “Gaceta de los Tribunales” 1841-1860”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 8, pp. 159-269. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1983. También: CARVAJAL, Patricio-Ignacio, “Discurso académico de lanzamiento de la Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política”, en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 3, N° 1, pp. 180-183. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2012.

instancia, así como a la de leyes y proyectos de tales, reglamentos, decretos y autoacordados, lo mismo que a la de artículos de doctrina y comentarios de sentencias. Desde 1860, sin embargo, la revista se limitó a la publicación exclusiva de sentencias. Su publicación fue la respuesta a las nuevas exigencias en que se hallaban los jueces, respecto de tener que fundar sus sentencias, y ello correspondía precisamente a la esperanza de que tales sentencias habrían de quedar incorporadas al sistema de fuentes del derecho nacional; para ello era indispensables darlas a conocer. Pero en la práctica estas expectativas quedaron frustradas, pues la fundamentación de las sentencias se limitó a la cita escueta de las leyes aplicables, sin mayores razonamientos ni argumentaciones, y con escaso recurso a las otras fuentes permitidas por la segunda ley de fundamentación de las sentencias, como eran las motivaciones sustentadas por otros fallos o por los autores en sus opiniones, o el derecho romano considerado también como doctrina.²²⁵ La explicación de este fenómeno debe atribuirse a la tradición proveniente de la época indiana: entonces los fallos no se fundaban en el derecho, pero sí en los hechos. Los jueces, en consecuencia, disponían de una tradición importante en este último sentido, pero carecían de una similar respecto de la motivación en derecho. Al verse novísimamente obligados a fundar jurídicamente sus fallos, no supieron más que recurrir a la mera cita de disposiciones, en parte también, es preciso reconocerlo, dirigidos por la propia primera ley sobre motivación que ordenaba fundar “*breve y sencillamente*” y que prohibía “*comentarios y otras explicaciones*”.

La *Gaceta de los Tribunales* fue incorporada a la *Ley Orgánica de Tribunales* de 15 de octubre de 1875, en su artículo 95 N° 3, en que se ordena que el voto y fundamento de los ministros que no opinen como la mayoría de la sala se publicarán en el referido periódico. Por decreto de 20 de noviembre de 1878, se dispone que el objeto principal de la referida *Gaceta* es el establecer la jurisprudencia práctica que se deduce de las sentencias pronunciadas en asuntos contenciosos. Su finalidad, en otras palabras, es hacer pública y dar a a conocer la práctica y los

²²⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador*, op. cit. (n. 17), v. I, pp. 97-99.

fundamentos que aparecen de las sentencias que se dictan para hacer conocidas las doctrinas las razones que sirven de base a los fallos, de manera que todos sepan las forma como deben aplicarse e interpretarse las leyes en los casos que se presenten.²²⁶ A partir de 1875, entonces, podemos comprobar la existencia de sentencias fundamentadas de manera más completa, si bien en la forma limitada que prescribió la ley.

Antes de proceder al comentario y estudio de las sentencias recogidas, es necesario realizar algunas observaciones con respecto al contenido y presentación de la *Gaceta*. Uno de los factores que debe tomarse en cuenta es que, a pesar de tratarse de una revista que en su concepción original tenía pretensiones científicas, terminó por convertirse en el instrumento oficial para la publicación de resoluciones judiciales. Y como ya vimos, si bien desde 1837 existía una ley que obligaba a los tribunales a fundamentar sus sentencias, consta que pocas veces se le daba cumplimiento. No se trataba de que los fallos no tuvieran justificación alguna, sino que más bien los jueces entendían que dicha imposición quedaba satisfecha basando la decisión alcanzada solamente en la normativa vigente. En consecuencia, pocas de las sentencias recopiladas en la *Gaceta* cuentan con lo que nosotros hoy en día consideraríamos una fundamentación completa y suficiente: muy pocas son las referencias a obras de autores, a otras sentencias, o a la doctrina y jurisprudencia extranjeras. Además, debe tomarse en consideración que si existieron criterios editoriales concretos para determinar cuáles sentencias iban a figurar en cada número, no los conocemos con certeza. De hecho, muchas de las “sentencias” publicadas corresponden, en realidad, a resoluciones de carácter rutinario, y no demuestran ningún tipo de reflexión. Es efectivo que cada volumen de esta publicación consigna un índice de materias, pero dado el elevadísimo número de sentencias y resoluciones que se registraban, estos índices se mostraban limitados y, en ocasiones, confusos.

²²⁶ HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “Contribución al estudio del principio y práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 7, pp. 168-169. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1982.

Lo anterior nos lleva al punto que nos interesa destacar: ya que la indización de la *Gaceta* era deficiente, por los motivos que señalamos, varios fueron los abogados (quienes al parecer eran los más interesados en contar con un catálogo manejable y ordenado de sentencias relevantes) que se dedicaron a la tarea de proveer índices de materias tratadas y también recopilaciones, ya fuera para el uso de los estudiantes o en el ejercicio de la profesión. Ejemplos de estas obras tenemos en JUAN DE DIOS PLAZA y su *Índice jeneral de la Gaceta de los Tribunales*, publicado en Santiago en 1890 y que contó con 5 volúmenes, de los cuales los dos primeros abarcaron sentencias pronunciadas entre 1841 y 1890. Por su parte, JOSÉ RAMÓN RAVEST (1850-1902) publicó en 1892 su *Diccionario de la jurisprudencia de las cortes de justicia de la República de Chile*, cuya elaboración se basó fundamentalmente en las sentencias recogidas en la *Gaceta* entre 1878 y 1887. Además, el prolífico abogado de Valparaíso, SEVERO VIDAL SCHROËDER († c.1895), realizó un *Índice alfabético de cuestiones resueltas por nuestros tribunales*, recopilando varios datos de fallos relevantes de las Cortes de Apelaciones y Suprema entre 1857 y 1864. También contamos con EULOJIO PIÑERA, y su obra *La jurisprudencia civil. Repertorio de las sentencias en que se ha aplicado el código civil chileno desde que comenzó a rejir en 1.º de enero de 1857 hasta noviembre último*, publicada en 1879. A todas ellas hemos recurrido con el fin de guiarnos en la labor de seleccionar sentencias representativas, dentro del amplísimo conjunto ofrecido por la *Gaceta* para el periodo al que hemos circunscrito nuestro trabajo.

iii. Estudio de las sentencias

Las sentencias en las que se decidieron controversias sobre dominio, posesión y prescripción extraordinaria de inmuebles son numerosas, y varias de ellas corresponden a litigios desarrollados antes de la entrada en vigencia del Código. Por ello existen, como es lógico, diferencias en lo que respecta a la normativa aplicada por los tribunales antes y después de 1857, y este es un hecho que los jueces advierten en más de una ocasión. Ciertamente, no todos los conflictos decían relación directa con los asuntos indicados, pero no era infrecuente que los togados

terminaran resolviendo cuestiones sobre capellanías, censos, mayorazgos y otras figuras jurídicas al mismo tiempo que se pronunciaban sobre la procedencia de la prescripción de treinta años. Sin embargo, esto de ninguna manera es un obstáculo para destacar, en los fallos que presentaremos a lo largo de este subcapítulo, la notoria tendencia de la jurisprudencia por entender la posesión sobre inmuebles como una cuestión material, ya fuera para los efectos de la prescripción adquisitiva, como sucedía a menudo, ya fuera como el supuesto fundamental para intentar con éxito acciones posesorias. Se advierte además la valoración probatoria que los tribunales daban al título y a la inscripción del mismo en aquellos casos en que su presentación se contraponía a la posesión o tenencia efectiva que era demostrada por aquellos quienes querían aprovecharse de la prescripción extraordinaria. En consecuencia, no todas las sentencias se refieren específicamente a la aplicación de los artículos 700, 925 y 2510 del Código, o a las disposiciones del derecho de la época anterior equivalente a dichos artículos, pero todas ellas ofrecen en alguna medida elementos para determinar el alcance que los magistrados les daban a cada uno. Pasemos ahora a examinarlas con detenimiento.

Precisamente, un claro ejemplo de lo que hemos dicho es la sentencia recaída en el caso *Doña Juana Navajate i compartes contra los Ministros de la Tesorería sobre entrega de un sitio*²²⁷, que data de 1848 y que por tanto se decidió con las

²²⁷ *Gaceta de los Tribunales*, N° 336, año 1848, sentencia N° 1050. También, como ejemplo de la jurisprudencia sobre esta materia antes de entrar en vigencia el Código, tenemos la sentencia que recayó en *Don José María Castro con la Municipalidad de Quillota sobre propiedad del cerro de Mallaca* (*Gaceta de los Tribunales*, N° 181, año 1845, sentencia N° 700). Aquí, se argumentó por el demandante un supuesto despojo efectuado por la parte demandada, y que fue legitimado por ésta basándose en la Partida 3, título 28, ley 9, en el entendido de que ésta disposición le concede a las municipalidades o ciudades el dominio sobre todos los montes, dehesas y similares que se encuentren en su jurisdicción. El tribunal de primera instancia estimó que no era procedente la defensa de la Municipalidad quillotana en atención que “[Considerando 5° (...) por parte de esta no se a probado haberle pertenecido ni pertenecerle el dominio de el, e otorgados o qe se la demanda; ni el que lo aya poseido con los requisitos necesarios para prescribir”]; a dicha conclusión arriba al estimar que en el presente caso “[Considerando 6°] (...) la lei 9 tít 28 part. 3.ª no es aplicable (...) pues por ella no se concede, como se pretende, a las Municipalidades o Ciudades el dominio de todos los montes, desas, etc. qe estén en la jurisdiccion de ellas, sino qe es solo referente al uso qe el comun puede hacer de aquellos qe son establecidos para pro comunal de cada Ciudad o Villa, o Castillo, u otro lugar; i ya se ha dicho qe la demandada no a probado pertenecerle lo qe se la demanda”.

Opinamos que lo interesante de este caso es que aparece expresamente la idea de la “posesión inmemorial” como fundamento de las alegaciones de prescripción extraordinaria y que, como

normas contenidas en las *Siete Partidas*. En ésta, la Corte Suprema tuvo que pronunciarse acerca del reclamo de la propiedad de un inmueble. No se especifica si fue a causa de haberse entablado una acción reivindicatoria, pero sí queda claro que los demandados interpusieron excepción de prescripción (considerando 4°). La controversia se resolvió teniendo en cuenta que los demandados nunca tuvieron una verdadera posesión del inmueble, pues lo detentaban en razón de un secuestro, por lo menos desde el año 1818. La Corte consideró que a raíz de ello el Fisco

(...) “no a poseído [pues ha mantenido en secuestro el sitio], en cuyo evento no tiene lugar la prescripción ordinaria de diez i veinte años de que habla la ley 18 título. 29 parte. 7.ª: [Considerando 5°] que tampoco puede haber la prescripción de 30 años conforme a la ley 21 título. i parte. citada., que se invoca por la parte fiscal, por no haber transcurrido ese periodo, aun cuando se computase desde el 19 de febrero de 1817 (...) pues solo han corrido 29 años, seis meses, nueve días hasta la fecha de la demanda (...)”

De este fallo es necesario hacer notar que, aunque la Corte no lo establece expresamente, sí aplica un criterio diferenciador. En el considerando 4° niega la posibilidad de la prescripción ordinaria por falta de título apto, pues el secuestro lleva implícito el reconocimiento del dominio ajeno. Pero en el considerando 5° dice que no hay lugar para la prescripción extraordinaria, no por la falta de un título que justifique el dominio, sino porque a la fecha no se había cumplido el plazo de treinta años. Esto es un antecedente a tomar en cuenta, ya que el tribunal no se está pronunciando sobre la eficacia o la validez del título posesorio; es más, al establecer con tanta precisión el tiempo transcurrido (“29 años, seis meses, nueve días hasta la

veremos más adelante, se convertiría en un argumento recurrente por parte de quienes la alegaban, incluso décadas después de la promulgación del Código. Ciertamente, en este caso en particular el tribunal estableció la mala fe de la Municipalidad, en atención al despojo que hiciera en 1821: “[Considerando 8.°] que ni aun prescripción de servidumbre ha habido por parte del pueblo mencionado; por que se a dicho por su representante a f. 34 vta. que el uso que han echo i acen los vecinos de Qillota, del cerro mencionado es sacar tierra i piedra para sus edificios: cuya servidumbre es de las que en derecho se llaman discontinuas que para adquirir las por prescripción es necesario, según la ley 15 título. 31 parte. 3.ª poseerlas por tiempo inmemorial, lo que no a sucedido en el presente caso; porque según los escritos de datos no hubo buena fe por parte de la Municipalidad en la posesión que del mencionado cerro tomó el año de 1821; i por que la citada posesión la tomó de propia autoridad i por fuerza, por cuyo motivo es de ningún valor para los efectos de la prescripción, según lo dispuesto en la ley 10 título. 30 parte. 3.ª” La Corte de Santiago, sin formular consideraciones distintas a las expresadas en el fallo de primera instancia, confirmó la sentencia apelada.

fecha de la demanda...”) permite suponer razonablemente que el litigio pudo haber favorecido a los demandados, si éstos hubieran poseído por treinta años o más.

.....En otro caso, *Doña Carmen Vidal con el monasterio de Agustinas, sobre derecho a unos bienes*²²⁸, decidido conforme a las normas vigentes de la época, la Corte de Santiago absolvió a la parte demandada, luego de que en primera instancia el Monasterio de las Agustinas resultara condenado a la restitución de un inmueble que había sido de propiedad de los padres de la demandante misma y de Petronila Vidal, hermana de aquella, quien en 1799 había hecho profesión de fe y realizado los votos respectivos. La demandante argumentó que, siendo su hermana monja profesa a la fecha de la partición de los bienes de los padres comunes, ésta no podía heredar, de acuerdo a lo que disponía a este respecto el senadoconsulto de 27 de noviembre de 1821, sobre restitución de la dote de las religiosas a sus herederos después de la muerte de aquellas.²²⁹

El tribunal de primera instancia desestimó la aplicación de dicho senadoconsulto, pero admitió que sor Petronila Vidal había hecho renuncia total de sus bienes presentes y futuros, en particular de los efectivamente tenía al momento de profesar; dicha renuncia se había hecho con el consentimiento del padre, adquiriendo las características de una dote, que ascendía a los mil pesos de la época (considerandos 1° y 2°). Ahora bien, el senadoconsulto al que se refirió el Monasterio no podía versar sobre aquellos bienes que aún no habían sido adquiridos por Petronila Vidal (y que en definitiva nunca pudieron serlo), pues obstaba la muerte civil aparejada a la profesión religiosa: en pocas palabras, el tribunal se está refiriendo a los bienes que pudieran corresponderle más tarde a

²²⁸ *Gaceta de los Tribunales*, N° 1041, año 1862, sentencia N° 1294; destacada en PLAZA, Juan de Dios, *Índice general de la Gaceta de los Tribunales*, v. I, p. 215.

²²⁹ VALDÉS, Cristóbal, *Colección de las leyes y decretos del Gobierno*, p. 330. El síndico del monasterio demandado contestó que la renuncia hecha el 22 de junio de 1799 por quien pasó en adelante ser conocida como sor Petronila había cumplido con todos los requisitos legales, y que el citado senadoconsulto de 1821 no era aplicable al caso, porque dicha renuncia había sido anterior y no podía dársele un efecto retroactivo, ni revocar los derechos adquiridos.

título de herencia, por el fallecimiento de sus padres (se cita en este punto la prohibición de la “lei 17, tít. 20, lib. 10 de la Nov. Recop.”).²³⁰

Nótese que en la breve reflexión manifestada por la Corte de Santiago se terminó prefiriendo la posesión del Convento por sobre la nulidad de la disposición que favorecía a éste, pues la parte demandada alegó la excepción de prescripción en segunda instancia. De hecho, la Corte se sirvió de la argumentación de primera instancia, específicamente de la renuncia patrimonial (llamémosla así), realizada por la difunta en el momento en que hizo profesión de fe, y de que al fallecer su padre se le consideró como heredera y como parte de la división de los bienes del causante (considerandos 1° y 2° de la sentencia de segunda instancia); pero en los considerandos 3° y 4° se lee:

“(…) que desde esa fecha, 1842, la monja i el convento demandado empezaron a poseer con buena fé i justo título los bienes adjudicados, habiendo continuado dicho convento en pacífica posesion hasta la fecha de la demanda; i 4.º que ha transcurrido el tiempo suficiente para la prescripcion ordinaria, escepcion que se ha alegado en segunda instancia: conforme a la leyes 1.a, tít. 24, i 18, tít. 29, part. 3.ª, se absuelve al monasterio de Agustinas de la demanda (…)”

Ciertamente, la Corte estimó que los requisitos de la prescripción ordinaria se cumplían en el caso, y de la misma manera desestima la presunción de usufructo a la que había llegado el tribunal de primera instancia. En pocas palabras, los ministros terminaron por hacer prevalecer la posesión de los bienes por parte del Monasterio por encima de cualquier alegación de nulidad.²³¹

²³⁰ Curiosamente, el tribunal reconoce que al momento de hacerse la partición de los bienes hereditarios, sor Petronila también participó, pero no le pareció de los antecedentes aportados que los demás herederos consintieran en que el Convento, a nombre y a representación de la monja, adquiriera en dominio el dinero y el inmueble que enteraron la hijuela respectiva, por lo que más bien cabe una presunción de usufructo sobre dicho bienes (considerando 4°); por tanto, el Convento debía restituir el inmueble, pero no los frutos.

²³¹ Véase también *Don Rafael Vergara con don José Dolores Ramirez, sobre entrega de una casa* (*Gaceta de los Tribunales*, N° 1633, año 1873, sentencia N° 2374, de la Corte de Apelaciones de Santiago; destacada en PIÑERA, Euljio, *La jurisprudencia civil. Repertorio de las sentencias...*, p. 202, a propósito de la aplicación del artículo 2505) En este caso, el demandante fundó su dominio sobre el inmueble disputado en escritura pública de donación de 22 de noviembre de 1829, de la cual consta que José Manuel Cea, dueño entonces del inmueble, lo donó a Francisca Monardes, madre de María Medina y a la cual sucedió en el dominio como única heredera; pero en vida de la

En otro interesante caso de estudio, *Don Zenon Cortés con don José Santos Salas i otros, sobre reivindicación de un fundo*²³², los argumentos de las partes en primera instancia versaron específicamente acerca de la procedencia de la prescripción adquisitiva extraordinaria. El demandante reclamaba un inmueble exponiendo como sigue: en 1787, por medio de escritura pública, Alejandro del Castillo vinculó en la forma de capellanía, con el carácter de patronato de legos, un fundo de su propiedad. Castillo declaró en la escritura constitutiva que la vinculación

donataria (Francisca Monardes) se apoderó del sitio Micaela Covarrubias, abuela de Tomasa Soto, la demandada. El apoderado del marido de Tomasa Soto contestó la demanda pidiendo su absolución, por cuanto la demandada era dueña y poseedora con justo título del sitio en cuestión. Según el apoderado, en 3 de febrero de 1830, Francisca Monardes, con consentimiento de su marido, vendió a Micaela Covarrubias el sitio referido, como constaba de la escritura pública que se acompañó en juicio y que la demandada (Tomasa Soto) lo obtuvo por herencia como hija de Antonio Soto y nieta de Micaela Covarrubias. Agrega que *“ha fallecido hace como dos años doña Francisca Monardes, la vendedora del fundo, habiendo vivido como cuarenta años en el sitio colindante, i que durante este largo trascurso de tiempo, ha estado en tranquila posesion la señora Covarrúbias i su nieta, la actual propietaria”*.

La parte demandante sostuvo como principal argumento la nulidad de la escritura, fundada en que respecto de los testigos presenciales no se indica si están tachados o no (y que solamente uno de los firmó la escritura y no ambos), que no hay expresión de conformidad de las partes registrada por el notario y, sobre todo, que el marido de la vendedora no suscribió la escritura en prueba del consentimiento que prestó a su mujer para la celebración del contrato. Además, sostuvo en la réplica que la prescripción se interrumpió exactamente el 10 de noviembre de 1829, por haberse inscrito en tal fecha el título del demandante (la escritura de donación antes mencionada), de manera que aun contando el término desde la fecha indicada, *“faltan diez meses para completar los treinta años exigidos para la prescripcion extraordinaria, por cuanto la Covarrúbias no ha tenido título legal para poseer”*.

El tribunal de primera instancia y la Corte de Santiago en segunda estuvieron contestes en la absolución del demandado. Pronunciándose acerca de la nulidad de la escritura, el Juzgado de Valparaíso estimó que la falta de firma de los testigos presenciales del negocio e, incluso, la falta de inscripción del título en nada obstaban (según la manera en que este tribunal entendió “(...) la lei 1.^a, tit. 23, lib. 19 de la Nov. Recop., (...) la lei 54, tit. 18, part. 3^a (...) y la lei 22 tit. 1.^o, lib. 10 de la Nov. Recop.”, disposiciones citadas en los considerandos 1^o, 2^o y 3^o); con respecto a la prescripción, punto que a nosotros particularmente nos interesa, el tribunal consideró que “[Considerando 4.^o *Que han poseido mas de treinta años doña Tomasa Soto i sus causantes, el sitio que se trata de reivindicar por lo cual obsta a la demanda la prescripcion adquisitiva estraordinaria, aun presuponiendo nula la escritura de venta; i si bien, contra un título inscrito no puede tener lugar la prescripcion, debe entenderse del título que ha sido inscrito con las solemnidades legales, estando en posesion de la propiedad aquél a cuyo favor se otorgó la inscripcion; i en el caso actual, poseia desde muchos años ántes la parte demandada, debiendo tambien tenerse presente que la innovacion introducida por el art. 2505 del Código Civil, no puede alterar los efectos de la inscripcion iniciada en conformidad a la lejislacion anterior”*; y [Considerando 5.^o] *Que hai en favor de doña Tomasa Soto una posesion regular no interrumpida por más de veinte años, desde febrero de 1830, fecha de la escritura de f. 15, a enero de 1859 en que se registró en el conservador la escritura de donacion que es título de dominio invocado en la demanda.*” Para un criterio distinto, en el que la Corte hizo valer la inscripción por sobre el título que adolece de vicios de nulidad, nos podemos remitir a *Doña Francisca Sepúlveda con don Juan Antonio Burgos, sobre una donación* (*Gaceta de los Tribunales*, N° 1354, año 1868, sentencia 1089).

²³² *Gaceta de los Tribunales*, N° 1675, año 1874, sentencia 2506.

que hacía de sus bienes la establecía en beneficio de la familia de Domingo Cortés, a quien nombró primer patrón, debiendo sucederle en el goce de dicho vínculo su hijo Tadeo Cortés y sus descendientes legítimos con la condición de cumplir ciertas obligaciones. Castillo, además, dispuso que en defecto de legítimos descendientes de Domingo Cortés pasase el vínculo a sus parientes más cercanos, y que llegado el caso de la extinción de la familia Cortés pasase interinamente la fundación al convento de Santo Domingo de la ciudad de La Serena. El demandante denunció la vacancia del vínculo al fallecer Tadeo Cortés sin sucesión legítima, a fin de que se declarase su derecho a él como pariente más inmediato. En 1872 se le declaró patrón y capellán del fundo vinculado, y el título lo había hecho inscribir en el Conservador.

Los demandados, por su parte, se opusieron a la restitución del inmueble, argumentando que en 1811 había sido vendido por Tadeo Cortés a Pedro Salas, de quien aquellos derivaban su derecho en calidad de sucesores. Naturalmente, aunque los demandados presentan el título respectivo, no pueden alegar que poseen por la inscripción del mismo. En consecuencia, se basan en que a la fecha de la demanda han adquirido el dominio del fundo por la prescripción ordinaria, al haber tenido posesión pacífica y no interrumpida por más de diez años con justo título y buena fe; y si eso no bastara, alegan también que adquirieron por la extraordinaria, porque hacía más de sesenta años que Tadeo Cortés había enajenado el fundo al antecesor de los demandados. Finalmente, señalan que en la misma escritura de venta se enajenaba el inmueble en cuestión sin gravamen alguno, pues antes de 1811 el mismo Cortés había trasladado la capellanía a otra hacienda, denominada "Martínez".

El demandante, en la réplica, sostuvo la inadmisibilidad de la excepción de prescripción ordinaria y extraordinaria, por cuanto carecían de los requisitos legales. No podía alegarse la ordinaria, pues no había justo título: la escritura de venta de 15 de noviembre de 1811 debía ser considerada nula por cuanto la legislación que regía en esa época prohibía enajenar o gravar los bienes vinculados; por otra parte,

no había buena fe porque Pedro Salas, de quien derivaban los demandados sus derechos para prescribir, no había podido ignorar que el bien raíz que se le vendía estaba vinculado. En cuanto a la prescripción extraordinaria, el demandante señaló que con respecto de él ésta no debe comenzarse a contar sino desde el 20 de febrero de 1847, fecha en que falleció el último poseedor del vínculo (Tadeo Cortés).²³³

El tribunal de primera instancia, en consecuencia, no podía pronunciarse sobre la inscripción del título, ya que el fondo del asunto debía ser decidido conforme a la legislación pre-codificada, y por tanto

“[Considerando: 1.º] Que la presente cuestion debe resolverse con arreglo a lo establecido en las leyes vijentes ántes del Código civil (...)”. Los siguientes considerandos resolvieron la cuestión acerca de si se cumplían o no los requisitos de la prescripción. El tribunal concluyó que: “[Considerando 3.º] (...) desde la fecha que don Tadeo Cortés enajenó el fundo, materia del litijio, hasta la fecha de su fallecimiento que se verificó el 20 de febrero de 1847, segun confesion del demandante (...) transcurrieron mas de treinta años, i hasta la fecha en que se promovió este pleito pasaron mas de sesenta años, durante cuyo largo período de tiempo don Pedro Salas i sus sucesores han *poseido el fundo pacíficamente i sin pagar a nadie rédito alguno por razon del vínculo de que se ha hecho mérito, hechos que por otra parte no ha contradicho el demandante;* [Considerando 4.º] Que para que se adquiriera un bien raiz por la prescripcion estraordinria, *basta segun las enérgicas disposiciones de la lei 21, tít. 29, part. 3.ª,* que se haya poseido “treynnta años continudamente, o desde arriba, seyendo alguno ome tenedor de alguna sola, por qua manera quier que ocuese la tenencia que non le moviessen pleyto sobre ella en todo este tiempo, ganarla ya, maguer que el señor de ella gel adquisiesse demandar, dende adelante non seria temino de responderle sobre ella, amparádose por este tiempo” (destacados nuestros).

²³³ Porque de lo contrario “resultaría el absurdo de que le habia comenzado a correr una prescripcion desde ántes de haber nacido; que en consecuencia, contándose la prescripcion estraordinaria que se alega desde el 20 de febrero de 1847, resulta que falta mucho todavía para completarse los treinta años requeridos por la lei”. El demandante expone, finalmente, que aplicando a la cuestión que se ventila las disposiciones del Código Civil, se llega al mismo resultado a si se aplicaran las leyes vijentes con anterioridad.

En pocas palabras, el tribunal interpreta la disposición contenida en la Partida 3, título 29, ley 21 de una manera literal, y por tanto, lo fundamental no es la existencia de un título (“por qua manera quier que ocuese la tenencia”), sino que solamente si transcurrió el plazo de treinta años (“treynnta años continuadamente”) y no se interrumpió la posesión civilmente (“que non le moviessen pleyto sobre ella en todo este tiempo”). Siendo este el caso, el tribunal falló a favor de los demandados, y dio lugar a la invocación de prescripción extraordinaria (considerando 5°) Por su parte, la Corte de La Serena confirmó la sentencia, pero no se pronunció sobre dicha prescripción. No aparecen los motivos de esta omisión, pero puede suponerse que en el criterio de los ministros del tribunal de alzada había coincidencia en este punto con respecto a lo fallado en primera instancia y, por tanto, parecía excesivo volver sobre éste. Ello explicaría por qué la Corte, en cambio, se pronunció sobre el título, pero no sobre la compraventa de 1811, sino sobre la escritura de 1787 en la cual, según el demandante, constaba la imposición de la capellanía.²³⁴

En *Don Pedro Etcheparte con el fisco, sobre reivindicación*²³⁵, el demandante sostuvo su derecho de dominio en base a la prescripción adquisitiva extraordinaria por la cual, a su vez, adquirieron los anteriores dueños del predio. El título inmediato alegado en juicio, en cualquier caso, fue la escritura pública de compraventa otorgada en 1876 e inscrita en el conservador competente. Lo particular de este caso fue que los vendedores del inmueble (fundo “Lincullín”) eran indígenas, quienes “*eran los verdaderos dueños de él, tanto a título de herencia de sus antepasados como por haberlo adquirido a virtud de la prescripcion extraordinaria, pues que lo poseyeron por mas de cuarenta años pacíficamente i sin clandestinidad, sucediéndose en esta posesión de padres a hijos*”. Sin embargo, continúa el

²³⁴ “Serena, octubre 20 de 1874.--- Vistos: considerando: 1.° que no consta de autos que la escritura de imposición de la capellanía otorgada por Alejandro del Castillo en 3 de setiembre de 1787, compulsada a f.1 vta. del cuaderno agregado, haya sido oportuna i debidamente registrada, sin cuyo requisito la referida imposición queda sin efecto; i 2.° Que en consecuencia, don Zenon Cortés no puede reclamar por ese título el fundo a que se refiere la demanda de f. 1. Vistas las leyes 1.ª, tít. 14, part. 3.ª, 1.ª, 2.ª, i 3.ª, tít. 16 lib. 10 de la Nov. Recop., se confirma la sentencia apelada de 31 de agosto último, corriente a f.81, con costas del recurso. Devuélvanse ---Canto.---Rojas.---Casanova.---Proveido i firmado por la lltma. Corte de Apelaciones.--- Cuéllar.”

²³⁵ *Gaceta de los Tribunales*, N° 2021, año 1882, sentencia N° 1982.

demandante, en 1868 o 1869, el fisco empezó a poseer el terreno mencionado, desalojando de él a los indígenas que lo habitaban, por medio de las acciones militares llevadas a cabo en la Baja Frontera por parte de Cornelio Saavedra, en el contexto de la incorporación territorial de la Araucanía. En el momento de la demanda, la Municipalidad de Lebu usufructuaba el terreno “*a nombre de la nación*”, y los compradores tuvieron que abandonarlo, “*temiendo las amenazas del señor Saavedra, que los desalojaba de sus propiedades sin razón lejitima*”. El defensor fiscal desestimó la demanda, principalmente negando el dominio de los indígenas sobre los terrenos que habían sido vendidos a Etchepare, en razón de que

“2° (...) no tienen dominio alguno en las tierras de la Araucanía mientras no tengan su título de merced a nombre del Estado (...)” y que, en cualquier caso, *“3° Que aunque eso no fuera esencial, habrían perdido la posesión desde hace mas de doce años; i 4° Que no han reclamado jamas de esa posesion, i dado caso que tuvieran algún derecho a ella, la acción para hacerla valer habría prescrito por ser meramente posesoria...”*

El tribunal, en una decisión a lo menos peculiar, considera al mismo tiempo el título inscrito del demandante y la posesión de sus causantes sobre el terreno disputado, y termina por hacer prevalecer la segunda por sobre la primera:

“[Considerando 1°] Que el dominio reclamado por don Pedro Etchepare se funda inmediatamente en el instrumento público que acompaña en su escrito de demanda, instrumento otorgado a su favor el 12 de febrero de 1876 e inscrito en el registro del conservador el 23 de marzo del mismo año; [Considerando 2°] Que atendida la fresca data de su título, la prescripción extraordinaria alegada por Etchepare tiene que apoyarse precisamente en la posesión de sus causantes sobre el terreno disputado (...)”.

No puede negarse que el tribunal determinó finalmente la absolución del Fisco en la demanda, pero ello no fue debido a defectos en el título o en su inscripción, sino que a la falta de prueba de la posesión de los indígenas que habían vendido el terreno:

“[Considerando 3°] Que de la prueba testimonial rendida por el demandante al tenor de las preguntas 3.ª, 4.ª, i 5.ª de su interrogatorio de f. 10, *no resulta una posesión de treinta años necesaria para operar la prescripción mencionada, si se atiende a que hai que rebajar de esa posesion de los causantes de Etchepare todo el tiempo trascurrido desde 1869 hasta esta fecha, durante el cual, segun lo espresa el demandante y lo declaran sus testigos, el terreno en litijio ha sido poseido a nombre de la nación*; [Considerando 4°] Que si bien se ha justificado que tambien poseyeron el terreno los ascendientes de los indios que los trasfirieron al demandante, no se ha hecho constar el tiempo de esa posesion, ni el entroncamiento lejítimo de los vencedores, ni siquiera el consagrado por el art. 9° de la lei de 4 de agosto de 1874, con relación a aquellos antepasados o ascendientes”.

La Corte Suprema terminó por confirmar la sentencia, pero no sin resistencia.²³⁶ En efecto, dos de sus ministros no suscribieron en su totalidad el fallo, y procedieron a emitir votos de minoría. El primero, de Covarrubias, expuso en la forma que sigue:

“Considerando: que la lei de 13 de octubre de 1875, bajo cuyo imperios e celebró ese contrato, derogó en la parte norte del departamento de Cañete, hasta la ribera septentrional del rio Tirua, las prohibiciones de las leyes de 4 de diciembre de 1866 i 4 de agosto de 1874, i dejó sometida la venta de los terrenos indígenas a las prescripciones del decreto de 14 de marzo de 1853²³⁷;

Covarrubias determinó que los anteriores dueños del fundo cumplían a cabalidad los requisitos de la prescripción adquisitiva extraordinaria, especialmente aquellos referidos a la posesión y a la prueba de ésta mediante actos positivos,

²³⁶ Santiago, agosto 17 de 1882.- Vistos: se confirma la sentencia apelada de 2 de abril de 1877, corriente a f. 74. Esta resolución ha sido acordada contra voto del presidente Covarrubias i del ministro Cousiño, quienes han opinado que debe revocarse la sentencia apelada i entregarse al demandante los terrenos comprados, por las razones que consignan en el libro respectivo. Tómesese razón en la Contaduría Mayor i Tesorería de la provincia de Arauco. Publíquese i devuélvase.- *Covarrubias.- Reyes.- Bernáles.- Prats.- Cousiño.-* Proveido por la Excm. Corte Suprema.- *Infante.*

²³⁷ Y específicamente en relación a este punto, los siguientes considerandos continúan diciendo que “[Considerando: que según lo dispuesto en el mencionado decreto, toda compra de terrenos hecha a indígenas o de terrenos situados en territorio de indígenas, debe verificarse con la intervención del intendente de Arauco i del gobernador de indígenas del territorio respectivo que el intendente comisione especialmente para cada caso, a fin de asegurarse de que el indígena que vende presta libremente su consentimiento, de que el terreno que vende le pertenece realmente i de que sea pagado o asegurado debidamente el pago del precio convenido, debiendo además consultarse la venta al Gobierno si se trata de una estension de terreno de mas de mil cuadradas; Considerando: que por autorizacion especial del intendente de Arauco, se otorgó ante el gobernador del departamento de Cañete la escritura de venta a favor de don Pedro Etchepare, despues de haber recibido el gobernador una información para acreditar que los vendedores eran dueños del fundo Lincullin (...)].”

“[Considerando 5°]: que con la prueba rendida en la presente causa, al tenor de las preguntas del interrogatorio de f. 13, *ha justificado además el demandante que los indígenas vendedores i sus padres, poseyeron el fundo Lincullin por muchos años de una manera pacífica i no interrumpida, sembrando, poniendo animales i ejecutando los demás actos a que da derecho el dominio, hasta 1878, en que fueron desalojados de él por el ayudante mayor del jefe de la Baja Frontera, sin que por parte del fisco se haya rendido prueba en contrario que desvirtúe el mérito de aquella (...)*”.²³⁸

El segundo voto de minoría fue emitido por el ministro Cousiño, quien especifica que la ley que se aplicaba al caso no era la especial de enajenación de predios indígenas, sino la general.²³⁹ Sin embargo, para Cousiño lo relevante del caso no era la legislación aplicable, sino que más bien determinar en concreto si quienes habían enajenado el predio podían ellos mismos alegar la prescripción adquisitiva extraordinaria:

“(…) Que el demandante ha acreditado plenamente, con la prueba rendida i ratificada desde f. 122 a f. 157, *que los indígenas vendedores del predio lo han poseído pacíficamente i sin interrupción, ejerciendo actos de verdadero dominio, espresando algunos de los testigos que el tiempo de posesion es de diez, doce, quince i veinte i tantos años ántes de ser despojados violentamente de orden del señor intendente de Arauco; Que aun aplicando al tiempo anterior al contrato de febrero de 1876 las disposiciones de la lei de 4 de diciembre de 1866, su art. 7.º solo exige a los indígenas, como título bastante para considerarlos dueños de un terreno, la ocupacion efectiva i continuada durante un año; Que por parte del fisco no se ha presentado otro título que el de mera tenencia, tomada violentamente en 1868 de orden del señor intendente de Arauco, ni se ha probado que el terreno comprado por Etchepare sea valdío*”.

²³⁸ Finaliza el ministro Covarrubias diciendo que “Tomando además en consideración lo dispuesto en la lei 1.ª, tít. 14, part. 3.ª, en los arts. 14 i 15 de la lei de 13 de octubre de 1875, i en el art. 1.º del decreto supremo con fuerza de lei de fecha 14 de marzo de 1843, ha sido de opinión que debe revocarse la sentencia apelada i mandar entregar a Etchepare los terrenos que ha comprado.- Santiago, agosto de 1882.- *Covarrúbias*.”

²³⁹ “Que la lei de 13 de octubre de 1875, que creó la nueva provincia de Arauco, dispuso: “Art. 14. Las prohibiciones de la lei de 4 de diciembre de 1866 i las de 4 de agosto de 1874, quedan derogadas en el nuevo departamento de Lebu i en la parte norte del departamento de Cañete, comprendida hasta la ribera setentrional del río Tirué; Art. 15. La venta de los terrenos indígenas se hará conforme a las prescripciones del decreto de 14 de marzo de 1853”; Que desde la promulgación de la lei de 1875, el predio comprado por don Pedro Etchepare, situado en el departamento de Cañete al norte del río Tirué, dejó de pertenecer al territorio indígena, i la trasferencia de sus dominio quedó sujeta al imperio de las leyes jenerales de la República i exenta de las trabas que imponían las dos leyes especiales que se caba de citar; Que no siendo indígena el terreno en cuestion, su venta no estaria tampoco sometida a la intervenció gubernativa, ni a la consulta al Gobierno si su estension excediera de mil cuadradas (...)

Por supuesto, Cousiño no puede menos que reconocer la existencia de una ley especial, aunque finalmente estime que no procede para el caso, así como tampoco pasa por alto el hecho de que el Fisco esgrime solamente un título de mera tenencia. Pero, si observamos con atención, el razonamiento de este ministro es básicamente el mismo que venía sosteniéndose por décadas: la posesión del inmueble, cuando es el fundamento de la acción o de la excepción de prescripción (o de las querellas posesorias, como vimos en su momento) no puede ser otra que la del artículo 700, y además, la prueba de esta posesión son los actos materialmente ejercidos sobre el bien raíz, con independencia de títulos que se esgriman o incluso si ellos no existiesen.

En *Margarita Maroto v. de Borgoño con Anjel Lopez, sobre denuncia de obra nueva*²⁴⁰, la demandante realizó tal denuncia a raíz de lo que ella estimó como una inmisión ilegítima en terrenos de su propiedad. El demandado era un pescador que vivía y trabajaba en terrenos colindantes con los de la actora, y que aparentemente estaba levantando una edificación a 50 metros de la playa. La defensa del demandado fue aguda: señaló que poseía los terrenos hacía más de treinta años, sin oposición alguna, y que por lo tanto no se trataba de la tenencia u ocupación de la playa por pescadores, sino que derechamente de su dominio ganado por prescripción. Para probar de manera preliminar los dichos de su defensa, indicó que el terreno había sido cercado por él con una empalizada de alambres y ramas, además de haber plantado árboles que a la fecha de la demanda tenían más de veinte años.

En primera instancia el Juzgado falló a favor del demandado, basándose de manera fundamental en la posesión de largo tiempo (considerando 4°); las disposiciones citadas fueron "(...) las leyes 40 i 41, tít. 16, Part. 3.^a i arts. 930, 925, 2492 i 2510 del Código Civil". La Corte de Santiago confirmó la sentencia, y aunque los razonamientos expuestos por los ministros no se apartaron sustancialmente de los presentados en primera instancia, éstos vinieron a reforzar la idea esencial de

²⁴⁰ *Gaceta de los Tribunales*, N° 3127, año 1890, sentencia N° 2301.

que el demandado vencía con su prueba de posesión material a la inscripción presentada por la contraparte:

“[Considerando 1º] Que el demandado ha acreditado con mayor número de testigos que la demandante (...) que hacen no menos de cincuenta años que se encuentra en posesion tranquila del terreno en que levanta la obra denunciada por nueva, agregando a su posesion la de sus antecesores, *i que dicho terreno ha estado siempre cerrado o plantado con árboles frutales sin impedimento alguno*; [Considerando 2º] Que si bien con las certificaciones acompañadas en segunda instancia por parte de la señora Maroto se ha justificado que la hacienda de Carmen Bajo de su propiedad, se halla inscrita desde el año de 1860, en el Registro del Conservador del departamento de Quillota (...) *esta circunstancia no puede destruir el mérito de la prueba a que se refiere el considerando anterior, de la cual aparece que la posesion de Lopez era mui anterior a la inscripcion aludida*; [Considerando 3º] Que si esta inscripcion puede haber servido tal vez a la señora Maroto para interrumpir la prescripcion adquisitiva de Lopez sobre el terreno de que éste está en posesion, en mérito de lo dispuesto en el art. 2505 del Código Civil, *no es suficiente por sí sola i en el presente juicio para conferir a la demandante sin mas esclarecimiento la propiedad perfecta e indiscutible del mismo terreno*, máxime cuando ha entablado directamente accion de dominio ni alegado a su vez a su favor prescripcion alguna (...); [Considerando 4.º] *Que es tanto mas atendible esta observacion cuanto que la posesion justificada por Lopez se refiere en mucha parte a un periodo de tiempo que principió a correr ántes de la vijencia del Código Civil, en una época en que era desconocida la inscripcion como un medio de operar la tradicion de los bienes raíces (...)*”.²⁴¹

²⁴¹ Como en otros casos, en éste uno de los ministros, Leopoldo Urrutia, suscribió un voto especial. Aunque confirmó la sentencia, no aceptó todos los fundamentos propuestos por sus colegas. En concreto, Urrutia sostuvo que el fondo del asunto tenía necesariamente que ser resuelto atendiendo al dominio que los litigantes pretendían sobre el inmueble: “[Considerando 4.ª] Que en el caso del presente juicio, las partes lo han continuado por todos los trámites ordinarios, litigando el dominio que ámbas creen tener en el terreno que se disputan, i si es efectivo que la demandante ha pedido e su demanda que se ordene paralizar las construcciones que ha hecho Lopez, no es menos efectivo que ello proviene de que la señora Maroto se considera ella sola poseedora i propietaria exclusiva del terreno, circunstancias ámbas que ha negado el referido Lopez, quien sostiene, por el contrario, que tanto la posesion como el espresado derecho real le corresponden a él solamente; [Considerando 5.ª] *Que planteada en esta forma la litis no es posible resolverla, tomando en cuenta únicamente la posesion alegada con absoluta prescindencia del fundamento capital relativo al dominio del suelo disputado (...)*”. En conclusión, Urrutia estimó que, como en el caso no estaba claro quién de los dos era verdaderamente dueño del inmueble, era preferible quien hubiera demostrado posesión por más largo tiempo, en este caso, el demandado: “[Consideración 6.a] Que aparece de la prueba rendida por el demandado conforme al interrogatorio de f.37, que ha poseído por mas de treinta años el terreno en cuestion como duelo absoluto, por sí o por sus antecesores, en la forma que lo establece su referido interrogatorio; [Consideración 7.a] *I que la inscripcion del título de la demandante no puede menoscabar la prescripcion adquisitiva del derecho de Lopez, porque dicha inscripcion es posterior a los hechos que han producido aquel modo de adquirir el dominio de las cosas; i tambien porque dicha inscripcion no se refiere a inscripciones o cancelaciones*

En *Francisco Gallardo Villarroel con el Fisco, sobre declaración de prescripción*²⁴², el demandante pidió que se declarara su dominio sobre un predio, argumentando que ese terreno lo poseía hacía más de cuarenta años sin interrupción, y que había ejercido en él toda clase de trabajos, como cercados y plantaciones. Además, señaló que el título con el que justificaba el inicio de su posesión era una concesión del Gobierno español, pero que a la fecha de la demanda se había perdido. Por su parte, el Promotor que asumió la defensa señaló que los terrenos litigiosos a que se refería eran de propiedad del Fisco y que Gallardo, como muchos otros, ocupaba por mera tolerancia o por simples permisos. El tribunal de primera instancia falló a favor del demandante, pero al hacerlo no se pronunció sobre la inexistencia material del título de concesión (perdido, supuestamente, en un incendio). Lo más seguro es que para decidir se basó en los mismos argumentos presentados por el Promotor, para quien la inexistencia de dicho título no era lo fundamental de sus objeciones, sino que más bien la naturaleza del título actual por el que el demandante detentaba:

“(...) no se diese lugar a lo solicitado por Gallardo, porque el terreno cuyo dominio quería adquirir el demandante por prescripción extraordinaria era del dominio del Estado, quien según permiso lo había concedido para usufructuarlo al demandante. *Que la simple tolerancia del Estado para usar i gozar de los terrenos, no daba al mero tenedor posesión i ménos dominio i, por lo tanto, no se podía adquirir un terreno en esas condiciones por prescripción (...)*”.

El tribunal, al no considerar la ausencia o la ineficacia del título posesorio del demandante, concentra su atención en determinar si éste había cumplido o no con los requisitos de la prescripción extraordinaria. Esta circunstancia no es menor, pues en definitiva se desestima el título como elemento sustancial dentro del litigio y se enfatiza a la prueba de la posesión material sobre el inmueble:

anteriores en que hubiera intervenido el demandado o sus antecesores. --- Santiago, junio 26 de 1890.---L. Urrutia.”

²⁴² *Gaceta de los Tribunales*, N° 5135, año 1898, sentencia N° 355.

“[Considerando 1º] Que el demandante con las declaraciones de los testigos (...) ha probado posesión tranquila i no interrumpida durante mas de treinta años en el terreno deslindado en el escrito de demanda por actos propios i constitutivos de dominio...; [Considerando 2º] Que la presunción legal de dominio del estado a esos terrenos según el art. 590 del Código Civil queda desvirtuada con las probanzas rendidas (...) Precisamente, las normas aplicadas por el tribunal fueron “la lei 1.^a, tít. 14, Part. 3.^a i artículos 1698, 700, 925, 2492, 2501, 2510, 2511 i 2513 del Código Civil”. La Corte Suprema, por su parte, confirmó la sentencia.²⁴³

En un sentido muy similar, en *Juan Ramírez con Pedro Pablo Riveros, sobre terrenos*²⁴⁴, el tribunal no centró su atención en el título posesorio alegado, sino que en la posesión material o efectiva. En este caso, el actor señaló haber comprado de su propio padre un inmueble, y con respecto de quien agregó su posesión sobre el mismo, dando como resultado que había poseído más de cuarenta años a la fecha de la demanda. Al momento en que el conflicto se judicializó, el demandado había realizado ciertas “*dilijencias posesorias*” y otras actuaciones procesales no

²⁴³ Véase también “*D. Pedro Chacon Morales con don Ricardo E. Price, sobre derecho a un callejon*” (*Gaceta de los Tribunales*, N° 171, año 1845, sentencia N° 408). En este caso, se disputó el dominio sobre un callejón que funcionaba como límite entre inmuebles. El tribunal de primera instancia falló a favor del demandante, pues su contraparte no pudo probar ni por título ni por posesión material que tenía de derecho sobre el objeto litigioso. Aparentemente, al examinar el tribunal los títulos presentados por el demandante, concluyó que en los hechos el demandado se había internado en los terrenos disputados. Sin embargo, la Corte de Santiago revocó la sentencia, pues examinando los mismos títulos presentados en primera instancia concluyó que en ninguno de los documentos constaba quién tenía realmente derecho sobre el callejón. En consecuencia, terminó por hacer prevalecer la posesión del demandado, que al momento de la litis sumaba veinticinco años. Las sentencias como siguen: “[Primera instancia]: Santiago, marzo 27 de 1845- Vistos: considerando 1.º que para la prescripcion se necesita justo título i buena fé, a mas del tiempo que designan las leyes 21, tít. 29, partida 3.^a i 5.^a tít. 8.º lib. 11, Nov. Recop., tratándose de cosa raiz, 2.º que don Ricardo E. Priceno a justificado la derecha razón que debió preceder al tiempo de ocupar el callejon cuestionado, ni presentado la escritura de compra de su casa en que costava aber sido comprendido dicho callejon, ni poseido este todo el tiempo que reqieren las leyes anteriormente citadas; i 3.º que de la prueba aparece plenamente acreditado el echo de aberse internado el citado don Ricardo en los terrenos de Don Pedro Chacon i Morales, que le dan sus títulos testimoniados a f, 2 i f. 5: en conformidad de los fundamentos que anteceden, se declara pertenecer en propiedad a don Pedro Chacon i Morales el callejon disputado que ocupa actualmente don Ricardo E. Price- Carrasco- Ante mí, Yavar. [Segunda instancia] Santiago, 18 de junio de 1844- Vistos: Considerando 1.º que es comun el callejon de la disputa, destinado al desagüe de las dos calles que lo forma: 2.º que en los títulos de una i otra no se ace mención de qien deba poseerlo; i 3.º que está probado en autos aberlo poseido don Ricardo E. Price por veinticinco años entre presentes= Se absuelve de la demanda de f. 1, salvo el derecho de don Pedro Chacon i Morales para que use del él en cuanto a la internación que dice abersele echo en la parte del cerro. Se revoca la sentencia apelada de f. 50 i se devuelven- *Mancheño –Bernales –Alvarez*”.

²⁴⁴ *Gaceta de los Tribunales*, N° 5185, año 1898, sentencia N° 1155.

especificadas las cuales, aunque fueron objetadas por el demandante, dejaron de todas formas al demandado en posesión del inmueble.

La contraparte sostuvo que Gregorio Riveros, de quien era sucesor, había comprado el mismo inmueble, mediando escritura que era anterior a la presentada por el demandante: Ramírez esgrimió como prueba definitiva un título otorgado en 1892 (el del contrato de compraventa suscrito entre él y su padre), mientras que Riveros uno que databa de 1853; la fecha de dicho instrumento, según ambas partes, es el principal sustento para la alegación de la prescripción tanto ordinaria como extraordinaria. Para decidir la controversia, el tribunal consideró la antigüedad de ambos títulos, ciertamente, pero terminó privilegiando la posesión del demandante, como puede apreciarse a continuación (destacados nuestros):

“[Considerando 1º] Que con la prueba rendida al tenor del interrogatorio de f. 67, se ha comprobado que el demandante o su causante *estaba en posesión del terreno* materia de la demanda, cuando Pedro Pablo Riveros tomó posesión de él de orden judicial; [Considerando 2º] Que con la inspección personal (...) quedó mejor establecido que el terreno de la demanda es el mismo de que se apoderó el demandado, prevalido de la orden judicial de que se ha hecho referencia; [Considerando 3º] Que con la prueba rendida al tenor del interrogatorio citado de f. 67, *se comprueba que el demandante o antecesor tuvo la posesión como dueño del terreno en litis por mas de treinta años ántes de 1892, fecha en que se apoderó de él el demandado en la forma ya referida*; [Considerando 5º] Que dado caso que el terreno de la cuestión fuera el mismo a que se refiere la escritura compulsada a f. 24, vendido por Juan Bautista Moreno a Gregorio Riveros, tal venta habría podido entenderse sin perjuicio de los derechos del dueño que se habrían ejercitado en este juicio, *siendo que ademas la posesión ha sido ejercitada sin disputa hasta el año 92 por el antecesor del demandante, i la escritura del demandado es diciembre del 49. El título invocado por el demandante es del 45.*”

Resaltemos que el tribunal en ningún momento desestimó las gestiones judiciales llevadas a cabo por el demandado o el título posesorio alegado por éste, pero en definitiva tuvo más peso la posesión anterior de que ya gozaba el demandante, aunque fuera por agregación: lo importante para el tribunal fue la continuidad posesoria, lo que en los hechos efectivamente ocurrió, pues la posesión material del demandado no tenía la misma antigüedad que la del actor, aunque los

títulos esgrimidos fueran ambos datados como muy anteriores al litigio. Resultó perfectamente coherente para el tribunal de primera instancia y para la Corte de Apelaciones acoger la demanda y sentenciar de acuerdo a los artículos “(...) 1698, 700, 893, 895, 907, 2492, 2510 i 2511 del Código Civil”.

Bien podía ocurrir que los tribunales tuvieran que pronunciarse sobre la procedencia de la prescripción con respecto de bienes muebles. En tales supuestos, observaban con rigor el mismo principio que los guiaba cuando se trataba de inmuebles: la posesión se puede probar con prescindencia del título. Es lo que sucedió en *Don Domingo Gutierrez con sucesion de don Juan Domingo Dávila, sobre aguas*²⁴⁵, litigio en que la Corte de Santiago terminó por revocar la sentencia de primera instancia, en la cual el demandante alegó que sus contrapartes no cumplían con los requisitos de la prescripción ordinaria ni extraordinaria. En concreto, el demandante declaró haber comprado en 1849 dos regadores de agua del canal del Maipo, firmándose simultáneamente la correspondiente partida de cesión en los libros de la sociedad administradora, de conformidad con sus estatutos. Al ausentarse del país, Juan Domingo Dávila se apoderó de los regadores y, asumiendo la posición de gestor de negocios, comenzó a pagar los distintos gastos y expensas exigidas en los reglamentos societarios. A la muerte de Dávila, su sucesión (los demandados de este caso) continuó poseyendo los regadores, y sin que a la fecha de la demanda hubieran sido restituidos a Gutiérrez. La sucesión demandada, por su parte, contestó aduciendo que Dávila jamás se había apoderado de los dos regadores de agua, ni procedió tampoco como gestor de negocios ajenos: al contrario, los adquirió por compra que de ellos hizo al representante legal de la mujer del demandante, haciéndose la transferencia respectiva, según constaba en los libros de la sociedad, lo que se reafirmaba por haber declarado la junta general de accionistas que los dos regadores de agua registrados a nombre de Domingo Gutiérrez pertenecían, de hecho, a Juan Domingo Dávila. Los demandados hicieron valer también la excepción de prescripción, “*porque hacen*

²⁴⁵ *Gaceta de los Tribunales*, N° 1681, año 1874, sentencia N° 2959.

mas de quince años a que tanto ellos como su padre están en posesion tranquila de los dos regadores de agua con buena fé i justo titulo”.

El demandante en su escrito de réplica alegó que los demandados no habían tenido buena fe ni justo título para prescribir los dos regadores de agua, *“en cuyo caso no basta la prescripcion ordinaria para adquirir el dominio de los bienes muebles, sino la extraordinaria de treinta años, porque cuando faltan esos títulos la lei no hace distincion entre bienes muebles i raices para establecer la prescripcion extraordinaria con el objeto de adquirir el dominio de la cosas comerciales”.*

Como se indicó más arriba, el tribunal en primera instancia falló a favor de los demandados, fundamentalmente basándose en la declaración de la junta de accionistas.²⁴⁶ En lo que a nuestro tema interesa, el tribunal también estimó que la excepción de prescripción alegada por los demandados era procedente, pues

“[Considerando 3°]: debe considerarse a don Juan Domingo Dávila i despues a su sucesion en posesion de los dos regadores desde el 18 de abril de 1851, fecha en que pagó aquel las contribuciones atrasadas que debian esos regadores, i se ha continuado pagándolas desde ese entónces hasta que se entabló la demanda (...); [Considerando 4°] Que tanto el pago de esas contribuciones como los acuerdos de la junta hacen a Dávila i su sucesion poseedores de buena fé i con justo título, en cuyo caso basta el lapso de tiempo de tres años para prescribir las cosas muebles, como deben reputarse los dos regadores de agua, por no haber estado destinados al uso i cultivo de ningun fundo del demandante”.

Lo peculiar del caso está en que el tribunal explícitamente afirma que los demandados eran poseedores, pero en virtud de que habían pagado las contribuciones. A esta conclusión llegó, lo más probable, por asimilar dicho acto jurídico a uno de carácter material: parece, pues, que en este caso lo más

²⁴⁶ “Considerando: [Considerando 1°] Que don Domingo Gutierrez perdió todo derecho a los dos regadores de agua, desde que por la resolucion inserta en el certificado de f. 4 declaró la junta de accionistas del canal de Maipo que esos regadores pertenecían a don Juan Domingo Dávila, a virtud de no haber cumplido Guitierrez con los acuerdos de la junta, que corren en copia a f. 49 i 50; [Considerando 2°] Que en los acuerdos de aquella sociedad ligan a sus socios en todo lo relativo al goce, adquisicion i pérdida de sus derechos, como se deduce del decreto supremo inserto tambien en dicho certificado”.

importante para los jueces fue establecer de alguna manera la posesión real sobre el objeto disputado, como condición para dar curso a la alegación de prescripción extraordinaria. Sin embargo, la Corte de Santiago revocó la sentencia. También se pronunció, de una manera más detallada y técnica, sobre las atribuciones de la junta de accionistas de la sociedad, hallándolas excesivas²⁴⁷, pero en definitiva el núcleo de la argumentación fue que no se habían cumplido los requisitos de la prescripción adquisitiva extraordinaria. Nótese como la Corte resuelve primero la procedencia de la prescripción extraordinaria y luego, y solamente en forma de supuesto, la de la ordinaria (o 'regular', como de hecho la denomina)²⁴⁸. En este sentido, el considerando 4° es especialmente revelador, pues podemos inferir que la carencia de título no era el factor que incomodaba a la Corte de Santiago, sino el hecho de que no había transcurrido el plazo de treinta años:

“[Considerando 4°] Que desde la indicada fecha hasta el día en que se notificó la demanda a los herederos de Dávila, no ha transcurrido el término de treinta años que la lei exige para que se opere la prescripcion extraordinaria, bien sea de las cosas raices o muebles, puesto que no hace distincion, *i esta es la única prescripcion que podría favorecer a la sucesion demandada por haber carecido de título*”.²⁴⁹

²⁴⁷ “[Considerando 1°] Que no se ha justificado por la sucesion de don Juan D. Dávila que la junta general de accionistas de la sociedad del Canal de Maipo o su directorio, tengan por sus estatutos la facultad de privar a cualquiera de dichos accionistas del dominio de las aguas de que es propietario, i de adjudicarlas a un terreno, por no haber concurrido en un término dado al pago de los impuestos i gastos a que está obligado segun el reglamento respectivo, para el pleno goce de sus derechos; [Considerando 2°] Que el decreto supremo de 3 de marzo de 1832 copiado a f. 4 no hizo otra cosa que conferir a los directores del canal las facultades administrativas i económicas necesarias para resolver las cuestiones internas de igual naturaleza; i de ninguna manera puede darse al citado decreto el alcance de haber conferido tambien el directorio la autoridad de intervenir como juez en los negocios o cuestiones en que se trata de la propiedad de las aguas, aunque se promuevan entre los mismos accionistas, i en consecuencia, no pueden afectarles las resoluciones o acuerdos del directorio en materia de esta clase”.

²⁴⁸ “[Considerando 5°] Que aun suponiendo que se estime como título lejítimo para dar principio a la prescripcion regular, el registro que en los libros de la sociedad se hizo el 10 de enero de 1870, en favor de Dávila, de los regadores que hasta entonces permanecian registrados a nombre de don D. Gutierrez o el acuerdo de la junta directiva de 7 de noviembre de 1869 a que ese registro se refiere, i de que dan testimonio los documentos copiados a f. 4, *todavía no se habria completado el plazo de tres años requerido para la prescripcion ordinaria de bienes muebles, atendida la fecha de la notificacion de la demanda entablada por Gutierrez*”.

²⁴⁹ La Corte, de hecho, reconoce la utilidad de que los regadores de agua hayan pasado a Dávila y a sus sucesores, si bien de modo temporal: “[Considerando 6.°] Que resulta probado en autos que Gutierrez dejó de pagar a la sociedad del Canal las contribuciones a que estaban afectos los indicados regadores, i en este caso, el directorio, usando de las facultades económicas que le son anexas *i a fin de evitar los inconvenientes que pudieran sobrevenir por esa falta en la administracion*

En *Don Liborio Bravo con José Gregorio Bravo, sobre reivindicación de terrenos*²⁵⁰ podemos apreciar una vez más la predisposición jurisprudencial por hacer primar la posesión material al margen del título. El caso puede resumirse de la siguiente manera: siendo el demandante todavía menor de edad, falleció su padre, dejando éste algunos bienes, entre los cuales se encontraba un fundo que deslindaba, en parte, con terrenos que pertenecían a uno de sus hermanos mayores. Al momento de intentarse la división de los bienes hereditarios, este hermano mayor (José Gregorio Bravo) señaló que el fundo en cuestión se encontraba vinculado con una capellanía, y que por tanto le correspondía a él como el mayor de la familia. El resto de los herederos, quienes eran menores de edad, no pudieron hacer objeción a esa pretensión (y, al parecer, el representante legal de ellos no se encontró ni siquiera con la noticia de tal fundo). El hecho fue que ni en los inventarios ni en la partición se hizo mención de esa propiedad, la cual la cual quedó en poder de José Gregorio Bravo desde la muerte del padre. Eventualmente, el resto de los herederos cayeron en cuenta de que el hermano mayor no tenía título ni razón alguna para retener.

El demandado rechazó la acción alegando que

“el fundo denominado Capellanía, que es por el que se le demanda, desde tiempo inmemorial, es, como su mismo nombre los indica, una fundación capellánica patronata de legos mui antigua, i no ha pertenecido por consiguiente nunca a la sucesion de su padre. Todo lo que hubo fue que éste la recibió segun el orden de sucesion de su anterior poseedor. Por muerte de su padre pasó a él segun ese mismo orden de sucesion.” Remarcó especialmente que este era el motivo por el cual el

de los negocios internos de la sociedad, pudo ceder el goce de los indicados regadores a la persona que estaba dispuesta a satisfacer sus gravámenes, mientras Gutierrez no lo hiciese por su parte.” Por ello es que, en definitiva, la Corte reconoció la “posesión” de los demandados, pero no para efectos de la prescripción, sino que para que éstos pudieran obtener el pago de las impensas en que habían incurrido: “De conformidad con la lei 1ª, tít. 14, part. 3ª, i arts. 907, 2508, 2510 i 2511 del Código civil, i con el voto unánime del Tribunal, se declara que corresponden a don D. Gutierrez los dos regadores de agua cuya propiedad ha reclamado en el presente juicio con los frutos producidos solo desde la contestacion a la demanda, los que se avaluarán por un perito que las partes o en desacuerdo de ellas el juez nombre al efecto, debiendo Gutierrez abonar a la sucesion de Dávila los gastos que desde la referida fecha hubiese tenido que hacer en dichos regadores. Se revoca la sentencia de 22 de junio último, corriente a f. 112. Devuélvanse.- *Bernáles.- Várgas Fontecilla.- Ugarte Zenteno.- Abalos.-* Proveido por la Iltma. Corte de Apelaciones.- *Valdivieso.*”

²⁵⁰ *Gaceta de los Tribunales*, N° 1907, año 1880, sentencia N° 19.

demandante “no ha acompañado a su demanda, ni podrá presentar título ni prueba alguna para acreditar el hecho, porque es verdad le sería imposible acompañar alguna escritura, hijuela de particion o documento de cualquier naturaleza para probar que el fundo Capellanía perteneció a su señor padre don Francisco Bravo por cualquier título, ya sea donación, permuta, compra o herencia”.²⁵¹

El tribunal de primera instancia absolvió al demandado, pero no por razones que decían relación con la prescripción, sino que más bien con el contenido y validez de las disposiciones de distintos instrumentos, incluyendo actas testamentarias, y solamente de manera muy superficial se refiere al estado de posesión del inmueble.²⁵² Fue la Corte de Santiago la que, sin desconocer los antecedentes presentados a propósito de la existencia de la capellanía, se refirió especialmente a la prescripción, pues el demandado la alegó como excepción en segunda instancia. Al igual que en otros casos que expusimos, quienes entablaron la excepción sostuvieron que se habían cumplido no solamente los requisitos de la prescripción ordinaria sino que además los de la extraordinaria, con énfasis especial en el transcurso del tiempo: “Don José Gregorio Bravo sostiene: que favorece los derechos que discuten la escepcion de prescripcion en todas sus formas, esto es, no solo la ordinaria sino la estraordinaria de treinta o cuarenta años porque ha

²⁵¹ A mayor abundamiento, el demandado concluye exponiendo que “(...) i siendo asi, escusado le parece agregar que la demanda caduca por su base i que por lo tanto i siendo esto notorio para el demandante, pues aunque habla de su menor edad, esta no baja de cuarenta años i por lo tanto debió saber que no fue él, pues se encontraba ausente a la época de la muerte de su padre, quien tomó posesion de la capellanía, sino su hermano don Manuel Francisco Bravo, quien la traspasó accidentalmente al mismo demandante, del que la recibio él a quien correspondia como hijo mayor segun el título de la fundación, a su regreso de Copiapó. Pide en consecuencia, se le absuelva de la demanda con costas”.

²⁵² “Recibida la causa a prueba se rindió la que obra en autos. [Considerando 1°]: que del testamento que obra en compulsa a f. 79, consta que doña Ana Josefa Guzman mandó fundar por la cláusula 20, del quinto de sus bienes, una capellanía de legos, señalando desde luego por fundo principal que debia reconocer el aniversario, todo el valor de la isla; [Considerando 2°]: que por la cláusula 21 siguiente, dispuso que el capellan era obligado a decir doce misas resadas i dotada cada una a razón de dos pesos; [Considerando 3°]: que en esta misma cláusula se previene que los llamamientos a suceder en el patronato fuesen en este órden “en primer lugar sus hijos, nietos i descendientes lejítimos, prefiriendo siempre segun derecho, el mayor al menor, el varon a la hembra i el sacerdote al que no lo fuera”; [Considerando 4°]: que la efectividad de este documento se ve acreditada en el proceso con el certificado que obra a f. 137, el reconocimiento que de la capellanía mencionada hacen los herederos de don Francisco Bravo en el acuerdo tercero del acta f. 53, con la prueba producida al tenor del interrogatorio de f. 56 *i con la notoria posesion de don José Gregorio Bravo del fundo cuestionado* (...) Con arreglo a estos fundamentos i de acuerdo con lo dispuesto en la lei 1.^a, tít. 14, part. 3.^a, absuelvo de la demanda a don José Gregorio Bravo.- Cisternas.- Ascui.”

completado ese tiempo uniendo posesion del esponenete a la de sus antecesores". El demandante rechazó la excepción argumentando que *"la única prescripcion que podia alegarse es la de cuarenta años que es la establecida por la lei 1.^a, tít. 17, libro 10 de la Nov. Recop., no obstante para este caso cita el demandado el Código Civil, como si esta lejislacion reconociera la constitucion de vínculos"*. De forma muy concreta, la Corte terminó por confirmar la sentencia de primera instancia al determinar la continuidad de la posesión del demandado, la que en total sumaba más de cuarenta años.²⁵³

²⁵³ "[Considerando 3°]: que aparece tambien establecido al tenor de la 6.^a pregunta del mismo interrogatorio, que por muerte del referido don Francisco Bravo, tomó el fundo capellánico el hermano de éste don Manuel Francisco de quien pasó a don Liborio entregándolo sucesivamente al referido don José Gregorio luego que regresó; [Considerando 4°]: *que esta continuidad de posesion abraza una continuidad de tiempo de más de cuarenta años (...)* Con arreglo a estos fundamentos i a lo prevenido en las leyes 1.^a, tít. 17, libro 10 de la Nov. Recop., i arts. 25 de la lei de 7 de octubre de 1861, sobre efecto retroactivo de las lei, se declara haber lugar a la escepcion de prescripcion extraordinaria alegada por don José Gregorio Bravo i que, por consiguiente le obsta a la demanda f.- *Cisternas.- Ascui.* [Corte de Apelaciones]: Santiago, enero 9 de 1880.- Vistos: se confirman las dos sentencias apeladas de 27 de diciembre de 1877, i de 27 de octubre del año pasado, corriente la primera a f. 228 i la segunda a f. 289, con costas del recurso.- Publíquese i devuélvase.- *Silva.- Prats.- Abalos.- Errázuriz.-* Proveido por la ltma. Corte de Apelaciones.- *Cruz.*"

También véase *Gaceta de los Tribunales*, N° 1150, año 1864, sentencia N° 1280, en autos caratulados *Don Casimiro Bravo i otros con don José Anjel Rodriguez, sobre tercería* (destacada en VIDAL, Severo, *Índice alfabético de cuestiones resueltas por nuestros tribunales*, v. I, p. 305). La jurisprudencia se inclina a favorecer la posesión de largo tiempo cuando ésta refuerza a un título defectuoso o cuando es alegado por una de las partes pero no puede ser probado adecuadamente: "Don Andres Figueroa, en representacion de don Juan Casimiro i Eufracia Bravo interpone tercería de dominio para que se declare que sus representados tienen derecho a dos cuadras i varas del terreno embargado por ser hijos de Felix Cubillos, hermanos de don Tomas Cubillos, i éste padre de doña Carmen i doña Dolores Cubillos, a quienes ya se les ha declarado con derecho a igual porcion de terreno. Recibida la causa a prueba, se ha rendido por las partes la que corre en autos. [Considerando] que aunque el representante de la testamentaría de don Jacinto Cubillos no ha justificado plenamente la compra que este hizo a su hermano Felix del terreno demandado; sin embargo ha probado con tres testigos contestes que lo ha poseido mas de treinta años sin violencia, clandestinidad ni interrupcion; en esta virtud i con arreglo a la lei 1.^a, tit. 14, part. 3.^a, i arts. 2510 i 2511 del Código Civil, se declara: sin lugar la terceria de dominio interpuesta a f. 3—*Oportus*—Ante mí, *Valenzuela Castillo*. Santiago, 7 de julio de 1864.—Vistos: confírmase la sentencia apelada de f. 19, con costas del recurso. Devuélvase. —Proveido por los señores *Muxica—Bernales — Riesco Valenzuela Castillo*". Considérese también, a propósito de la posesión de largo tiempo, los casos en los que la jurisprudencia se apoya en ésta para determinar la procedencia de la prescripción adquisitiva cuando existían dudas acerca de la existencia misma del título; en *Don José Rozas con don Cipriano Uribe, sobre reivindicación de terrenos* (*Gaceta de los Tribunales*, N° 1094, año 1863, sentencia N° 1211) el Juzgado de Osorno en primera instancia y luego la Corte de Concepción terminaron por hacer prevalecer al demandado en virtud de que poseía el inmueble litigioso, en su calidad de heredero, por más de 10 años.

En *Don Juan Francisco Barrientos i otro con don Epitacio de la Guarda sobre querella de amparo*²⁵⁴ podemos apreciar sin ninguna duda que las Cortes entendían que la existencia de un título inscrito no era por sí mismo prueba suficiente de posesión sobre los inmuebles, sino que requería necesariamente estar acompañado de hechos positivos sobre el suelo. En la primera instancia de este litigio, el tribunal sentenció a favor de los demandantes, basándose en que éstos presentaron una escritura de compraventa inscrita en el Registro del Conservador en 1873. Esto bastó para que el tribunal considerara que “(...) *no obrando a favor de don Epitacio de la Guarda un título de superior naturaleza, cualesquiera que sean los fundamentos que alegue, no deben, segun lo dispone el art. 924 del Código Civil, considerársele para la posesion (...)*” (Considerando 1°).

Como puede verse, el Juzgado entendió que el artículo 924 tiene aplicación irrestricta cuando existe de por medio un título inscrito, interpretación nada novedosa tomando en cuenta que aquella era la opinión que, como vimos, era sostenida por la mayoría de autores y memoristas en esa época. Sin embargo, de manera notable, la Corte de Concepción revocó la sentencia, expresamente debido a que

“[Considerando 1.º] (...) los querellantes no han justificado haber poseído el terreno sobre que versa su querella el año completo que exige el art. 918 del Código Civil para que pueda instaurarse la acción deducida; [Considerando 2.º] Que lejos de eso, del expediente sobre lanzamiento seguido entre las mismas partes, consta que aun después de entablarse la querella, los demandantes no habían tomado posesión del terreno disputado; pues, con posterioridad han obtenido sobre eso la resolución que se halla pendiente en apelación”; aunque sin duda el argumento de mayor peso fue que [Considerando 3.º] (...) *tratándose de la posesión del suelo, ésta debe justificarse por hechos positivos, tales como los exige el art. 925 del Código citado, no bastando en tal caso la sola inscripción del título (...)*”²⁵⁵.

²⁵⁴ *Gaceta de los Tribunales*, N° 1719, año 1875, sentencia N° 2652.

²⁵⁵ También es ilustrativa la sentencia recaída en *Leandro Loyola i otro con Feliciano Muñoz, sobre despojo de agua* (*Gaceta de los Tribunales*, N° 977, año 1861, sentencia N° 762), en la que el Juzgado de Cauquenes declaró a lugar la querella basándose en la posesión ininterrumpida que habían tenido los desposeídos por más de veinticinco años. Posteriormente, en 1875, el mismo Juzgado se pronunció de igual forma en *Don Luciano Segura con Manuel Valenzuela sobre despojo* (*Gaceta de los Tribunales*, N° 1716, año 1875, sentencia N° 2451, destacada en PIÑERA, Euliojio, *op.*

No podemos descartar de antemano que la Corte hubiera llegado a confirmar la sentencia. Después de todo, el primer considerando hace mención de que el obstáculo elemental fue que al momento de intentarse la querrela no se había cumplido el tiempo requerido contado desde la inscripción (art. 918). Pero tómesese en cuenta el considerando segundo, en el que el tribunal no deja pasar la ocasión de apuntar que ninguna de las partes había tomado la posesión material del terreno disputado, por lo que puede suponerse que el resultado final habría sido diferente si el vencido hubiera podido demostrar una tenencia efectiva.

En un caso muy similar, tenemos *Don Anselmo Osorio con don Francisco i don Agustín Cáceres, sobre derecho a un terreno*²⁵⁶, pues también este litigio giró en torno a un inmueble vinculado. En palabras sumarias, el demandante reivindica basándose en que en 1815 se había constituido una capellanía por parte de Jerónimo Osorio (tío del demandante) y en la cual estaba estipulado que su patrono iba a ser Inés Osorio, hermana de éste, la que por ser soltera gozaría de la capellanía durante su vida y después sus demás hermanos que viviesen, prefiriéndose la sucesión del mayor. Fallecida el 3 de junio de 1865, se declaró como

cit.(n. 226), p. 60, sobre la aplicación de los artículos 924 y 925, con la siguiente doctrina: "(...) que el título inscrito no es excusa de rendir la prueba de los actos positivos de dominio, por no ser aplicable al caso el art. 924, desde que no se trata de discutir la posesion de un derecho real sino la del suelo)", en la que el mencionado tribunal y la Corte de Concepción estimaron que la inscripción no valía por sí sola para probar posesión sobre el terreno: "Cauquenes, agosto 6 de 1875.—Vistos: Luciano Segura se querrela de despojo contra Manuel Valenzuela, porque dice que en el mes de abril del presente año le ha despojado de doce cuerdas de terrenos que adquirió por la hijuela que corre a f.4, haciendo el referido Valenzuela siembras i cosechando la viña que tiene. Recibida la informacion con citacion de Valenzuela, ha quedado esta causa para resolverse. [Considerando único]: Que el querellante, si bien con la hijuela de que se ha hecho relacion, *inscrita en el registro del conservador, ha probado que adquirió la posesion legal del terreno, no ha justificado que haya tenido la posesion material del suelo por hechos positivos de aquellos a que solo dá derecho el dominio*. En conformidad a lo dispuesto en el art. 925 del Código Civil, se declara sin lugar la querrela, salvo el derecho del querellante para hacerlo valer en via ordinaria. Anótese i agréguese el papel competente, debiendo concederse apelacion si se interpusiere en tiempo i forma.—*Canto*. — *Rio*. --- -Concepcion, octubre 7 de 1875.—Vistos: se confirma la sentencia apelada de 6 de agosto último, corriente a f.12 vta., con costas del recurso. Devuélvase.—Esta sentencia fué acordada con el voto de los señores Rejente Risopatron i Ministro Astorga, habiendo disentido el señor Ministro Soto, que opinó por la revocatoria de dicha sentencia i fundó su voto.—*Riso*. —*Astorga*. —*Soto*.—Pronunciada por la ltima. Corte. —*Pedro L. Verdugo*."

²⁵⁶ *Gaceta de los Tribunales*, N° 1810, año 1877, sentencia N° 2666, de la Corte de Apelaciones de Santiago. Destacada en PIÑERA, Euljio, *op. cit.* (n. 226), p. 203, y en RISOPATRÓN, Carlos V., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia chilenas*, v. I, pp. 425-426.

patrono al hijo primogénito de Felipe Osorio, a quien pasaba la capellanía por sentencia de 2 de septiembre de 1873. Sin embargo, al momento en que entabla la demanda no pudo tomar posesión de los bienes capellánicos, pues estaban en poder de Agustín y Francisco Cáceres, quienes habían heredado de Paulino Antonio Cáceres el fundo *La Estrella*, en el cual se habían constituido cuarenta cuadras vinculadas. El causante, adujeron éstos, había comprado dicha extensión de terreno a la misma Inés Osorio, por escritura otorgada en abril de 1840. Ante esto, el demandante argumentó que la patrona, en ese momento, era simplemente usufructuaria y no tenía otros derechos que los que le otorgaba la fundación durante sus días. Por tanto, la supuesta venta era nula por recaer sobre un vínculo hereditario y el adquirente no pudo ignorar todas estas circunstancias desde que le era obligatorio saber el origen de los terrenos.

En concreto, los demandados rechazaron la acción intentada argumentando en base a la prescripción adquisitiva.²⁵⁷ Alegaron tener justo título, buena fe y posesión por más de treinta años, y además, que no obstaba a esto la circunstancia de que la vendedora no hubiera podido celebrar el contrato, puesto que, en realidad, la capellanía no se encontraba registrada, es decir, inscrita. La réplica consistió en denunciar que Inés Osorio y el comprador Paulino Antonio Cáceres estuvieron de mala fe al otorgar el contrato, pues no podían ignorar el derecho eventual de la vendedora a los expresados terrenos y porque no pudo registrarse el testamento, que por sí solo hacía de suficiente escritura de imposición, a causa de que el Registro de Hipotecas y Gravámenes no existió en la escribanía de San Fernando sino desde el 1º de octubre de 1840.

²⁵⁷ La defensa es complementada refiriéndola al título: “La compra que hizo a doña Ines no es nula por cuanto no se constituyó ni se ha constituido por escrito ni se tomó razón del vínculo en el libro de hipotecas a que se refiere la lei 1.ª, tit. 16, lib. 10 de la Nov. Recop., sin cuya circunstancia los esponentes como terceros poseedores no son obligados en razón de ese vínculo; a lo que se agrega que doña Ines Osorio solo creyó que los terrenos estaban afectos a un censo de ochenta pesos a favor de la parroquia del Rosario, lo que hizo presente al comprador, comprometiéndose a trasladar esa suma a otra propiedad, como en efecto lo hizo imponiendo el gravámen en terrenos de Monte Redondo.”

Como puede verse, fueron varios los factores que los jueces tanto de primera como de segunda instancia tuvieron que tomar en cuenta para determinar si, en definitiva, la falta de inscripción del testamento en el que constaba la capellanía y la nulidad de la compraventa prevalecerían frente a la alegación de prescripción. El Juzgado de San Fernando reconoció que la compraventa, por defectuosa que hubiera resultado, era sin embargo título apto para comenzar a poseer; es más, reconoce implícitamente que, con independencia del estado de conocimiento que tuvieran sobre el negocio Inés Osorio y Paulino Antonio Cáceres, los sucesores del segundo están de buena fe, pues el título que aducen no es de mera tenencia.²⁵⁸ E incluso si éstos hubieran estado, por el contrario, en situación de mera tenencia con respecto del inmueble (y, por tanto, de mala fe)

“[Considerando 3º] (...) los demandantes no han probado que en los últimos treinta años les haya reconocido expresa ni tácitamente su dominio i por el contrario, los Cáceres a la vez justifican haberlos poseído desde 1840 sin violencia, clandestinidad ni interrupción (...)”

El tribunal de primera instancia, en conclusión, sentenció a favor de los demandados, aplicando el artículo 2510 del Código. La Corte de Santiago confirmó la sentencia.

En relación al amparo posesorio sobre inmuebles, un fallo interesante es *Don Domingo de la Maza con don Santiago Guzman, sobre despojo*.²⁵⁹ El caso en sí tiene la particularidad de que el demandante fundó su reclamación en la que llamó expresamente “posesión legal” que justificaba tener sobre el inmueble, adquirida por la inscripción de la escritura respectiva y además “(...) citando en apoyo de la posesion adquirida, i en su concepto incontrovertible, los arts. 924, 724 i 728 del

²⁵⁸ “[Considerando 2º] Que cualesquiera que sean las apreciaciones que se hagan de dicha escritura, de ella se deduce que el comprador ha entendido poseer los terrenos, sin que obste la circunstancia de que no ignoraba que doña Ines Osorio solo tenia en ellos un derecho eventual por tratarse de bienes vinculados, por cuanto en la prescripcion extraordinaria se presume de derecho la buena fé, salvo la existencia de un título de mera tenencia, i al fundarse la capellanía no se cumplió con la lei 1.ª, lib. 10 de la Novísima Recopilación...”

²⁵⁹ *Gaceta de los Tribunales*, N° 1199, año 1865, sentencia N° 1181. Destacada en PIÑERA, Euliojio, *op. cit.* (n. 226), p. 60.

Código Civil". Por su parte, el demandado negó el querellante hubiera tenido posesión por sí o por la persona que le transmitió el dominio en el terreno que se le reclamaba, pues entró él a poseerlo en virtud de haberle transferido el dominio y la posesión los indígenas que, al parecer, habitaban en el inmueble con anterioridad al querellante, y "alega que la posesion fundada en la inscripcion del título presentado de contrario es insuficiente a menoscabar su derecho de poseedor real i efectivo". Para reafirmar este punto, se presentó en juicio "Nicolas Perez en representacion del indíjena Juan Calbueno o Trintre i otros, reclama amparo posesorio en el terreno que deslinda en la articulacion segunda, fundado en que la querella de don Domingo de la Maza perturba la posesion adquirida por sus representados, quienes son los verdaderos dueños del predio, amparando asi a don Santiago Guzman en la posesion que alega por habérsela transmitido ellos mismos aceptando como aceptan el memorial de contra-querella introducido por este".

Como puede observarse, no era este un caso sencillo para el tribunal, pues ambas partes reclamaban una posesión material sobre el inmueble. El razonamiento seguido fue el siguiente: el ejercicio de toda querella de despojo presupone una posesión actual, material y pacífica en el momento de la vía de hecho, "(...) o una posesion conforme a los términos indicados en el art. 700 del Código Civil" (considerando 1°); el querellante no justificó que tuviera la tenencia o posesión efectiva del terreno en el momento que afirmó haberse cometido el despojo (considerando 2°; acá los términos 'tenencia' y 'posesión efectiva' deben ser entendidos como sinónimos entre sí y con respecto de 'posesión material'); si bien es cierto que por la inscripción se adquiere la posesión de las cosas cuya tradición deba verificarse, precisamente, por la previa inscripción de título en el registro conservatorio, y que también lo es que la posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y goce del privilegio de no ser impugnada por prueba de contrario, si la inscripción ha durado un año completo,

“(...) tambien es cierto que estos derechos pueden dar oríjen al ejercicio de las acciones ordinarias de posesion, *no bastando la simple adquisicion de la posesion por inscripcion verificada para que pueda obstar a la querella de despojo que presupone un goze actual o la aprehension material de la cosa en el instante en que se verifica su despojo*” (considerando 3°);

El querellante presentó una escritura otorgada en 1858 y que, por sí misma, el tribunal no consideró apta para ser reconocida en las garantías de la inscripción, pues

“conforme al art. 696 del Código, la adquisicion de la posesion efectiva del respectivo derecho por medio de la inscripcion se refiere a los títulos que se otorguen *despues de la vijencia del reglamento del conservador, el cual principió a ser obligatorio desde el 1.º de enero de 1859*, obrando como razon de no ser bastante la posesion alegada la circunstancia de faltarle a la inscripcion el carácter de publicidad de que se revisten los títulos conferidos despues del reglamento, solemnidad constituida en garantia de los derechos de terceros que pueden ser vulnerados” (considerando 4°).²⁶⁰

De modo terminante, tenemos noticias de casos en los cuales las Cortes derechamente revocaron sentencias haciendo prevalecer el artículo 925 por sobre el 924. Fue lo que ocurrió en *Doña Anjela Miranda con don Melchor Leal, sobre amparo de posesion*.²⁶¹ En este litigio, la demandante presentó como principal apoyo de su reclamo un instrumento público de fecha no especificada, pero cuya inscripción databa de 31 de mayo de 1876. El demandado, sin desconocer el derecho de la querellante sobre una parte del fundo en disputa, advirtió sin embargo que dentro de ese inmueble se hallaban varias parcelas pertenecientes a diferentes personas, entre las cuales estaba la suya, adquirida por compra hecha ante la

²⁶⁰ Examínese con atención los considerandos restantes: “(...) 5.º que los indíjenas querellados han probado la posesion que invocan, la cual ha sido efectiva y pacífica por mas de un año completo, i ejerciendo los actos de dueño: 6.º que Guzman se halla amparado no solo por la posesion justificada de aquellos de quienes hubo el derecho que hace valer, sino tambien por la alta de prueba del querellante a quien incumbia el *onus probandi*. Conforme a estas consideraciones i a lo dispuesto en los arts. 921 i 925 del Código Civil, se declara: sin lugar a la querella de despojo interpuesta por don Domingo de la Maza i amparados los contra-querellantes en la posesion que han hecho valer, con costas en que se condena al querellante. Anótese.---Matus---Ante mí, Moreno.”

²⁶¹ *Gaceta de los Tribunales*, N° 1802, año 1877, sentencia N° 2041. Destacada en PIÑERA, Eulojio, *op. cit.* (n. 226), p. 60.

Intendencia de Arauco “con arreglo a lo prescrito en el Supremo Decreto de 30 de noviembre último”.

El Juzgado de Lebu entendió el caso como una confrontación entre el título inscrito y el que no tenía dicha calidad, y el resultado no podía ser otro que la preferencia del primero sobre el segundo, como lo demuestran los dos primeros considerandos:

“[Considerando 1°]: que doña Anjela Miranda ha justificado con la inscripción del título exhibido, que se halla en posesión por más de un año del terreno que es objeto de la acción entablada; [Considerando 2°]: *que según la prescripción terminante del art. 924 del Código Civil, la prueba de la posesión por medio de la inscripción es superior a cualesquiera otras (...)*”.²⁶²

Sin embargo, la Corte de Concepción revocó la sentencia, apoyándose en que “[Considerando 1°]: *Que la querellante no ha justificado que haya estado en posesión del terreno sobre que versa la querrela ejerciendo en él los actos positivos exigidos por el art. 925 del Código Civil;* [Considerando 2°]: Que aun en el caso de estimarse la inscripción como suficiente justificativo de los actos relacionados, habiéndose hecho la inscripción en 31 de mayo de 1876 i entablándose la querrela de 12 de abril último, no tendría la querellante el año completo de posesión que exige el art. 918 para instaurar acción posesoria.”

Del resultado final del litigio, no podemos sino lamentar que el Tribunal de Alzada no haya juzgado necesario explicarse sobre la ascendencia que el artículo 925 tuvo sobre el 924. Solamente nos queda concluir que, lo mismo que en otros casos, la

²⁶² El tribunal de primera instancia completa su sentencia de la siguiente manera: “[Considerando 3°]: que se halla también acreditada la posesión de la querellante por la confesión del mismo contendor consignada en su escrito de contra querrela i acta de f.; [Considerando 4°]: que se hallan justificados los actos de perturbación ejecutados por el querrelado; [Considerando 5°]: que la posesión establecida por este no alcanza a un año. Por tales fundamentos se declara que debe ampararse a doña Anjela Miranda en la posesión del terreno deslindado en su escrito de querrela, i se condena a don Melchor Leal en las costas daños i perjuicios. Anótese i devuélvase, debiendo agregarse el papel competente.—*Quezada del Río*.—*Saavedra*, secretario.”

Corte estimó que la inscripción del título no es prueba suficiente de posesión, si no está acompañada de actos materiales.²⁶³

La posesión continua e ininterrumpida era también el criterio determinante para preferir a quienes alegaran sus respectivos derechos esgrimiendo títulos reputados formalmente perfectos, pero que no habían sido debidamente inscritos en el Registro respectivo y, por tanto, no se había verificado la tradición. Ello lo podemos apreciar en un interesante caso, *Rafael Cano con Camino, Lacoste i Compañía sobre preferencia de título*.²⁶⁴ El demandante justificó la posesión que tenía sobre el fundo “La Rosa” por compra que de éste había hecho respecto de Manuel Alvarado, por escrituras de 17 y 26 de abril de 1888. Desde tal fecha, el actor había poseído

²⁶³ En un sentido muy similar, *Don Estéban Vasquez i otro con don José Miguel Várgas, sobre despojo* (*Gaceta de los Tribunales*, N° 1823, año 1878, sentencia N° 525, de la Corte de Apelaciones de Concepción; destacada en PLAZA, Juan de Dios, *op. cit.* (n. 223), v. I, p. 214) En este caso, los demandantes fundamentaron la querrela en la posesión que tenían hacía más de un año respecto a la fecha de la demanda, y en que habían ejercido actos de dominio sobre los terrenos. El demandado alegó que, producto de una ejecución que promovió, se embargó el terreno en cuestión y se lo adjudicó más de un año antes de la querrela, dándosele inmediatamente la posesión. Además, a esa posesión le sumó la existencia de un justo título, pues compró posteriormente el terreno, habiendo inscrito en el Registro del Conservador. El Juzgado de Chillán falló a favor de los querellantes (y más tarde la Corte de Concepción confirmó la sentencia) en base a que “[Considerando: 1.º] (...) los querellantes han justificado que desde mas de un año antes de la querrela estaban en posesion del terreno que reclaman; [Considerando 3.º] *Que aun cuando así no fuera, don José Miguel Várgas no ha justificado la posesion del suelo en la forma dispuesta por el art. 925 del Código Civil; Con arreglo a lo dispuesto en las leyes 32, tit. 16, part 3.ª i 2.ª, tit. 34, lib. 11 de la Nov. Recop. i art. 918, 921 i 926 del Código Civil, se declara que don José Miguel Vargas debe restituir a los querellantes los dos enunciados retazos de terreno*”.

Por el contrario, compárese esta sentencia con la que recayó en *Don José del Rosario Quesada con don Mariano R. Zañartu, sobre tercería de dominio* (*Gaceta de los Tribunales*, N° 1103, año 1863, sentencia N° 1693), litigio que se ventiló frente a los mismos Tribunales de primera y segunda instancia, y en las que el elemento determinante fue la inscripción y no la posesión material. Lo mismo puede advertirse en *Rafael Guzman con Moises Huidobro, sobre querrela de amparo*. (*Gaceta de los Tribunales*, N° 2170, año 1885, sentencia N° 3898, de la Corte de Apelaciones de Santiago; destacada en PLAZA, Juan de Dios, *op. cit.* (n. 223), v. I, p. 214). El Juzgado de Rancagua, en primera instancia, acogió la querrela de amparo basándose en la posesión de tiempo inmemorial del demandante, la que estimó acreditada mediando testigos. La Corte de Santiago, sin embargo, revocó la sentencia, pues el demandado presentó título inscrito en el que constaba que el terreno con respecto del cual se había producido el supuesto despojo era, en realidad, de su propiedad (considerando 1º); estando el título inscrito, según el artículo 924 del Código, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla. La sentencia revocatoria fue acordada con el voto a favor de los ministros Alfonso y Palma Guzmán, mientras que el ministro Barceló estimó la confirmación de la sentencia que declaraba ha lugar la querrela. No conocemos el contenido exacto de cada uno de los votos, pero se deja constancia en la sentencia que a juicio de Barceló no había posesión inscrita.

²⁶⁴ *Gaceta de los Tribunales*, N° 4719, año 1897, sentencia N° 691.

ininterrumpidamente por más de cinco años. Sin embargo, las escrituras no habían sido inscritas, aunque sí anotadas en el Registro del Conservador respectivo (por haberse opuesto a su inscripción un tercero, quien había trabado un litigio que a la fecha no había terminado, existiendo prohibición judicial para inscribir). Con fecha de 4 de julio de 1894, el mismo Manuel Alvarado otorgó en favor de Camino, Lacoste y Compañía dos escrituras de compraventa del mismo fundo “La Rosa”.

El demandante no tuvo conocimiento de dicha venta, pero alegó que debía ser preferido en la cosa vendida, por i) estar en posesión del terreno vendido, ii) ser su escritura más antigua y iii) estar anotada en el Repertorio (con arreglo a lo dispuesto en los arts. 1801, 1817, y 1819 del Código Civil). Los demandados, por su parte, reconocen que la escritura presentada por la contraparte es, en efecto, más antigua, pero rechazan el fondo de la acción alegando que las escrituras no están inscritas en el Registro del Conservador respectivo, sino que solamente anotadas. Por tanto, careciendo las escrituras acompañadas de este requisito indispensable, ellas son nulas y de ningún valor: la anotación de las escrituras acompañadas por el demandante en el Repertorio es un simple trámite que no les da valor legal alguno, si a ello no se agrega la inscripción en el Registro. La posesión en la que se encuentra el demandante resulta, en consecuencia “(...) *ficticia, por que la ha tomado con un título vicioso i no se lo ha dado el vendedor*”. Los demandados apelan, además, al art. 728 del Código citado, pues “(...) *mientras subsista la inscripción de un título de un mismo terreno, el que se apodera de la cosa vendida no adquiere la posesion de ella ni pone fin a la axistente i ésta la tenia su vendedor, posesion que ahora tienen los esponentes, por haber adquirido el terreno, como lo acreditan las escrituras que acompañan.*”

El tribunal de primera instancia reconoció, por una parte, la falta de inscripción de las escrituras, pero como deja ver a través de los considerandos 1° (“Que la venta de bienes raíces se reputa perfecta con el otorgamiento de escritura pública”) y 8° (“Que con esas escrituras públicas de venta Cano adquirió el dominio, aunque no la tradicion del fundo La Rosa, por no haberse inscrito sus títulos en el

Conservador, de bienes raíces”) lo que resultaba fundamental para que procediera la aplicación del artículo 1817 del Código no era la falta de idoneidad del título (obsérvese como el tribunal, erróneamente, estima al demandante como dueño a pesar de que, en verdad, no se le ha transferido por falta de inscripción) sino que si el actor se encontraba poseyendo el inmueble o no ([Considerando 4°]: “Que con la prueba rendida, al tenor del interrogatorio de foja 29, se acredita que el comprador Cano entró en posesión de la cosa vendida”). En atención a lo dispuesto “por lei 2.^a, tít. 16, Part. 3.^a i arts. 582, 588, 670, 675, 1801 i 1818 del Código Civil”, el tribunal falló en favor del demandante. Lo propio hizo la Corte de Concepción al confirmar la sentencia apelada, argumentando además que

*“(…) segun aparece de la cumpulsa de f. 26 vta., habia juicio pendiente sobre la propiedad del fundo La Rosa, a la época de la enajenacion hecha por don Manuel Alvarado a favor de los demandados Camino, Lacoste i Compañía, i por lo tanto la inscripcion de la escritura de venta de éstos carece de eficacia para dar a los segundos compradores preferencia sobre los primeros”.*²⁶⁵

²⁶⁵ Compárese el resultado de este caso con el que se llegó en *Don José Herrada i otros con don Julian Bascuñan, sobre reivindicacion de unos terrenos* (*Gaceta de los Tribunales*, N° 1701, año 1875, sentencia N° 1295, de la Corte de Apelaciones de Santiago; destacada en PLAZA, Juan de Dios, *op. cit.* (n. 223), v. I, p. 214 y en PIÑERA, Eulojio, *op. cit.* (n. 226), p. 45. La reivindicación se ejerció respecto de unos terrenos que estaban en poder del demandado mediando instrumento privado, quien los adquirió, además, del mismo que hizo la partición (en 1861) de los bienes hereditarios, entre los que estaba comprendido el terreno disputado, y quien había vendido sin mandato. El demandado, desde que se realizó la venta, había estado ocupando el terreno en cuestión, y estaba a la espera de suscribir la correspondiente escritura pública. Los demandantes pidieron que se declarara que el demandado “(...) 1.º Que éste está obligado a entregar a don Manuel Palma las nueve cuadras i un cuarto que le correspondieron en la particion de su padre don Juan Antonio Palma; 2.º Que debe restituir a don Lino Palma las nueve cuadras que le corresponden por el mismo título; 3.º Que asimismo devolver a los herederos de don Juan Antonio Palma las catorce cuadras de suelo que le vendió don Lorenzo Gainza; 4.º Que se condene al demandado a la restitucion de los frutos percibidos hasta el dia en que se haga la entrega de los terrenos que se demanda.”

El demandado, por su parte, alegó que la venta que le hizo el compromisario (Gainza) fue en remate público, con admisión de licitadores extraños y que, de hecho, había procedido Gainza con el consentimiento de todos los herederos y con autorización de Francisca Zúñiga, que era albacea, tenedora de bienes, tutora y curadora de sus hijos menores. Además, el demandado alegó haber poseído esos terrenos “(...con tiempo mas que suficiente para estinguir con la prescripcion cualquier vicio o defecto que hubiese habido en la venta ratificada tambien por todos los herederos (...)) i si en la venta se omitió algunas solemnidades, se han subsanado i legalizado por el trascurso de mas de diez año si por la prescripcion (...)” En la réplica se dijo respecto de la prescripción que, aunque Bascuñán hubiera tenido los diez años de posesión, carecía de justo título, pues el que presentó adolecía de nulidad, ya que para la venta de bienes raíces se requiere el otorgamiento de escritura pública: como el demandado debía saber de esta exigencia legal, no podía estar de buena fe. Y si llegara, acaso, a alegar que le beneficia la prescripción adquisitiva extraordinaria, ya que no tiene

Pasemos ahora a estudiar la sentencia recaída en *Don Juan Catrileo con don Fermin San Juan, sobre derecho a unos terrenos*.²⁶⁶ En este caso, el demandado se encontraba en posesión de un inmueble que, según sostuvo el actor, le pertenecía a él por concepto de herencia. Supuestamente el demandado se había apropiado de los terrenos sin que mediara título alguno, salvo el de arrendamiento, que tenía respecto de los antecesores del demandante (el poseedor no había pagado los cánones correspondientes durante los últimos diez a doce años al tiempo de la demanda). El demandado contestó que sí existía un título adquisitivo de dominio, pues

“(…) compró tres cuerdas de terreno a Juan Antonio Catrileo, como tres cuartos de cuerda a José Cuevas i cinco cuerdas tres cuartos a Mateo i Juan de Dios Catrileo, habiendo estado gozando de esos terrenos desde la fecha en que los adquirió”; de hecho, José Cuévas y Juan de Dios Catrileo le habían vendido sus derechos, mientras que respecto de los terrenos comprados a Juan Antonio Catrileo, existe la circunstancia de haber sido adquirido en una limitación privada, en la que prevaleció la oferta del demandado por haber sido superior a las demás i finalmente que todos los terrenos los ha comprado a buena fé, por su justo precio i poseíolos sin interrupción por más de quince años a vista y paciencia de los que ahora se titulan dueños”.

título ni se encuentra de buena fe, aquella no tiene lugar pues no ha poseído durante treinta años continuos.

El Juzgado de Rancagua, al referirse a los títulos presentados por el demandado, no los desestima inmediatamente: considera que hay presunciones graves fundadas en el tiempo en que aquel estuvo en posesión de los terrenos sin que hubiera reclamo por parte de los demandantes (considerandos 1º y 2º). Sin embargo, no puede negarse que la venta de bienes raíces no se reputa perfecta mientras no se ha otorgado por escritura pública, y dicha solemnidad no puede ser subsanada con otros medios probatorios, lo que dificulta sostener la defensa del demandado: “[Considerando 3.º: Que la venta de bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, i a falta de este instrumento no puede suplirle por otra prueba en los actos i contratos en que la ley requiere esa solemnidad; [Considerando 4.º] *Que aunque debe estimarse a don Julian Bascuñan como poseedor de buena fé, con todo, no tiene justo título para ganar la prescripción ordinaria por el medio de una posesión regular no interrumpida durante el tiempo que las leyes exigen*”.

El tribunal optó por acoger lo que, en rigor, se trataba de una querrela de despojo, y sentenció a favor de los demandantes, no dando lugar a la prescripción. La Corte de Santiago confirmó la sentencia: “(…) junio 18 de 1875. -- Vistos: con el voto unánime del Tribunal se confirma la sentencia apelada de 30 de octubre de 1874, corriente a f. 76, con declaración que los intereses legales que se mandan abonar por el precio, se liquidarán desde la fecha de la contestación de la demanda.-- Devuélvase. -- *Bernales.—Ugarte Zenteno.—Prats.—* Proveído por la última Corte de Apelaciones. -- *Valdivieso.*” Considérese también el estudio de un caso muy similar, *Don Jermán Ebner con don Tomás Rómulo Albarracín i otro, sobre tercería de dominio* (*Gaceta de los Tribunales*, N° 1845, año 1878, sentencia N° 3000, de la Corte de Apelaciones de Concepción, destacada en PIÑERA, Eulio, *op. cit.* (n. 226), p. 210).

²⁶⁶ *Gaceta de los Tribunales*, N° 1770, año 1876, sentencia N° 2666.

Los demandantes argumentaron por la carencia de valor legal de los documentos presentados, en razón de que no habían sido otorgados ante notario. El demandado sostuvo que esta última circunstancia no era necesaria para la validez de los contratos, atendiendo al tiempo se celebraron, y procedió a ofrecer pruebas sobre su autenticidad.

El Juzgado de Curicó, basándose en que los demandantes no negaron categóricamente haber otorgado los documentos presentados por el demandado (considerando 1°), que los testigos que habían suscrito el instrumento reconocieron sus firmas (considerando 3°) y que en la fecha en que aparecen suscritos esos documentos no era necesario el otorgamiento de escritura pública para perfeccionar el contrato de compraventa de bienes raíces (considerando 5°), no pudo menos que reconocer que el demandado sí tenía el título que le permitía alegar la prescripción. Por lo demás, respecto de ésta,

“[Considerando 6.º Que el demandado ha estado en posesion de los terrenos por mas de quince años, a vista i paciencia de los demandantes sin que éstos hayan justificado ningun acto que importe, de parte de aquel un reconocimiento del dominio que pretende”.

El tribunal apoyó su sentencia en las siguientes disposiciones: *“Conforme a lo dispuesto en la lei 1.ª, tít. 14, part. 3.ª, 1.ª i 3.ª, tít. 1.º, libro 10, Nov. Recop. i art. 700, inc. 2.º del Código Civil, se declara sin lugar la demanda entablada (...)”.* La Corte de Santiago confirmó la sentencia apelada.

El último caso que presentamos en este apartado es *Don Manuel García i compartes con doña Carmen Bravo i compartes, sobre reivindicación de terrenos.*²⁶⁷ En este juicio los demandantes expusieron como sigue: algunos años antes de que se trabara el litigio, Juan Francisco Gonzalez *“dió en empeño o anticrécis”* a Juan Francisco Soto, por la suma de ciento treinta pesos, unos terrenos situados en Chequenlemu, de extensión de quinientas cuadradas. Muerto Soto, quien era el

²⁶⁷ *Gaceta de los Tribunales*, N° 1758, año 1878, sentencia N° 1758, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

acreedor anticrético, lo heredó su mujer, Cornelia García, a quien sucedió Lucas Bravo y en seguida la viuda de éste, Victoria Pavéz, la cual al otorgar su testamento el 26 de enero de 1857, reconociendo el hecho, encargó a sus albaceas entregaran el terreno a sus legítimos dueños si éstos pagaban la suma adeudada. En virtud de estos antecedentes, demandaron con acción reivindicatoria en contra de Carmen Bravo, Zenón Campos e Isidro Barrera, quienes eran en ese momento los poseedores.²⁶⁸

El Juzgado de Curicó debía fallar tomando en cuenta todos los títulos presentados por las partes, tanto aquellos apropiados para justificar el dominio como también los de mera tenencia. Apreciando lo complejo de la cuestión a resolver, llama la atención que el tribunal fuera tan breve en sus razonamientos. En palabras sumarias, dio lugar a la excepción de prescripción alegada por el demandado en vista de que el título que primaba era la compraventa de 1861, por lo que en 1872 ya había transcurrido el plazo contemplado en el artículo 2508 del Código para la prescripción ordinaria (considerandos 1° y 2°); si ello no fuera suficiente

[Considerando 3.º]: *Que ademas con la prueba corriente a f. 60 han justificado los demandados que sus antecesores en dicho fundo, cuya posesion unen a la propia en virtud a la facilidad que les otorga el art. 717, disputaron tranquilamente de dicha posesion por un tiempo inmemorial; y [Considerando 4.º] Que tampoco se ha probado por el demandante que como debiera a virtud de lo preceptuado en el art. 1459, que interviniera engaño o dolo en el contrato de compra-venta, de que se hace mención”.*²⁶⁹

²⁶⁸ Dos de los demandados, Zenón Campos y Melitón González (el segundo por su mujer Carmen Bravo), rechazaron la acción expresando que, sin tomar en cuenta el valor que tenía la escritura de compraventa otorgada el 2 de noviembre de 1861 y de la tranquila posesión que siguió a esta compra, existía ya un largo trascurso de tiempo que les daba derecho a alegar, como lo hicieron, la excepción de prescripción extraordinaria. Posteriormente, absolviendo posiciones, el demandado Zenón Campos declaró haber tenido conciencia de que Manuel García y el resto de los demandantes eran en efecto herederos del terreno sobre el que se litigaba, aunque afirmó al mismo tiempo que la cantidad de terreno que se pretendían como dueños García y el resto no era aquella que indicaban en su demanda.

²⁶⁹ “En conformidad a las consideraciones y disposiciones legales citadas, i teniendo ademas presente lo dispuesto por los arts. 2507 i 2508 del Código Civil i leyes 32 i 40, tít. 16, part. 3.ª, se declara probada la escepcion de prescripcion, absolviéndose de la demanda a los reos de este juicio con escepcion de Zenon Campos, al que, a virtud de su confesion de f. 122 i conforme a lo dispuesto

La Corte de Santiago, sin embargo, desestimó la procedencia de la prescripción para el caso. A esta conclusión llegó al sopesar un antecedente que el tribunal de primera instancia, al parecer, no creyó que fuera determinante: la existencia de un contrato de anticresis suscrito en 1806 respecto de los terrenos disputados. El contrato debía durar doce años, al cabo de los cuales podía González exigir la devolución de sus tierras, pagando previamente el capital prestado y abonando las mejoras que en ellas hubiera hecho Soto.²⁷⁰ Los demandados, en su contestación, señalaron que estas mismas tierras fueron compradas el año de 1861 por Manuel Pavéz, primer marido de Carmen Bravo, a Pascuala y Antonia María Bravo, quienes las adquirieron por herencia de sus padres; y que tanto los vendedores como sus predecesores habían poseído sin perturbación las demás tierras durante varios años a título de dueños. En consecuencia, argumentaron, obstaba a la demanda la prescripción ordinaria y la extraordinaria.²⁷¹ La Corte, puede decirse con seguridad, tomó especialmente en consideración el hecho de que ninguno de los predecesores de Victoria Pavéz en la posesión de las tierras las tuvo a título de dueño, sino que de acreedores anticréticos, como se desprendía de la declaración que la misma

por la lei 2.^a, tít. 13, part. 3.^a, se le condena a la devolucion del terreno en que confiesa hallarse en ilegal posesion i la mitad de las costas de esta causa. Resérvanse conforme al auto de f. 130 las acciones o derechos que correspondan a los menores Carolina i Eloisa Pavez i los ausentes Pedro Antonio i Vicente Pavez, para que los hagan valer contra quien i en la via y forma que les convenga.- *Larrain Zañartu.-Espinosa.*”

²⁷⁰ La relación sumaria como sigue: muerto Soto, las tierras pasaron al poder de Cornelia García, por haber ella pagado a los herederos del causante lo que González debía a ésta. García falleció, y las tierras pasaron al poder de su heredero, Lucas Bravo, quien las poseyó con el mismo carácter con que Soto las había poseído primitivamente. Después de la muerte de Lucas Bravo las tierras pasaron a su madre y heredera, Victoria Pavéz, quien las poseyó con igual título, habiéndolo reconocido así públicamente. Pavéz declaró en su testamento todos estos hechos, y mandó a sus albaceas que si los hijos de Francisco González intentaban entrar en posesión de las tierras se entendiesen con ellos como mejor les pareciese. Los albaceas de Victoria Pavéz fueron Manuel Pavéz y Rosario Bravo, hijos de la testadora. El primero de ellos entró entonces a poseer los inmuebles, las cuales, por su muerte, pasaron a su viuda Carmen Bravo. Al momento de suscitarse litigio, los poseedores actuales de las tierras son Carmen Bravo, Zenón Campos e Isidro Barrera; contra ellos entabla el demandante su acción, pidiendo se les obligue a devolver las fincas, con restitución de los frutos, y protestando pagar, tan pronto como las tierras les sean entregadas, los ciento treinta pesos prestados por Juan Francisco Soto a Francisco González.

²⁷¹ Los demandados acompañaron también copia autorizada de una sentencia pronunciada en segunda instancia por el subdelegado José Santos Ugarte, con asesoría del abogado Gabriel Vidal, en un juicio seguido por José Pavéz, marido de Dominga García, uno de los actuales demandantes, con Manuel Pavéz sobre devolución de las mismas tierras objeto del litigio que estudiamos. Dicha sentencia absolvía a Manuel Pavéz, por lo que en contra de Dominga García los demandados opusieron especialmente la excepción de cosa juzgada. La Corte de Santiago la desestimó.

Pavéz hizo en su testamento. Específicamente respecto de la prescripción ordinaria, los demandantes dijeron que tampoco podía favorecer a la contraparte, porque Manuel Pavéz, de quien ellos derivaban su título, había comprado dolosamente las tierras.

La Corte, examinados los documentos presentados por las partes, fijó su atención, como ya hemos visto, en la cláusula sexta del testamento otorgado en 1857 por Victoria Pavéz, en la cual aparecía expreso reconocimiento de que los terrenos disputados

“[Considerando 1º] (...) fueron empeñados por don Francisco Gonzalez a Francisco Soto i por muerte de éste pasaron a doña Cornelia García, quien se los dejó por un legado a mi finado hijo Lucas Bravo, i no habiendo éste dejado sucesion lejítima, vinieron a mí por derecho i como puede ser que los hijos de Francisco Gonzalez intenten desempeñar el terreno, mando a mi albacea se entienda con ellos como mejor le perezere”.

Esta disposición, razonaron los ministros, no podía resultar desconocida para las herederas y su albacea, por lo que todos ellos procedieron de mala fe al celebrar la compraventa de dichos terrenos (considerando 2º). En consecuencia, no había posesión regular, pues éste era el único título en que los demandados invocaban para fundar la prescripción ordinaria (considerando 3º) Pero, ¿qué había de la extraordinaria? Apartándose del razonamiento del tribunal de primera instancia, la Corte entendió que debía pronunciarse necesariamente sobre el contrato de anticresis, ya que al ser un título de mera tenencia podía justificarse la procedencia del artículo 2510:

“[Considerando 4º]: Que segun lo prevenido por el inc. 4.º del art. 2510 del mismo Código, la existencia de un título de mera tenencia obsta para la prescripcion estraordinaria de treinta años i en el presente caso existe un título de esa clase, cual es la escritura de f. 1, que manifiesta que la posesion de estas tierras comenzó en Juan Francisco Soto a virtud de un contrato de anticrécis”.

Sin embargo, y esto resulta especialmente interesante, la Corte estimó finalmente que no podía darse lugar a la declaración de prescripción extraordinaria, aunque ello debido no a la existencia de un título de mera tenencia (pues se hubiera seguido el absurdo, entonces, de negar el presupuesto indispensable contemplado en el artículo 2510), sino porque a través del mismo título (el testamento de Pavez) los demandantes probaron que en los últimos treinta años se les había reconocido su dominio, y por lo tanto no podía darse aplicación a las reglas contempladas en el artículo mencionado (considerando 5º). El Tribunal de Alzada de Santiago, en consecuencia, revocó la sentencia apelada, por voto unánime.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta memoria, hemos presentado los resultados de una investigación cuyos propósitos principales siempre fueron demostrar, por una parte, que la teoría de la posesión inscrita tiene su origen ya en el siglo XIX, a poco de entrar en vigencia el Código Civil, y por otra, que experimentó un importante cambio en los poco menos de cincuenta años que median entre las *Instituciones* de José Clemente Fabres (1863) y la tesis de Humberto Trucco (1910). Podría decirse, sin caer en equivocación, que todo el trabajo que ahora damos por concluido tuvo como fin encontrar la explicación o motivos que llevaron al segundo de estos autores a declarar abiertamente que la jurisprudencia de las Cortes había ‘desnaturalizado’ el sistema registral implementado por Andrés Bello. Pero esta demostración no podía quedarse solamente en la doctrina, por mucho que la teoría tuviera su origen en ella. Era necesario dar cuenta, además, de otras dos fuentes, ambas igualmente relevantes: las memorias de prueba del periodo señalado y la jurisprudencia de los mismos tribunales que Trucco criticara. A través de ellas se refleja el problema histórico cardinal concerniente a la tenencia de los bienes raíces, que puede ser planteado en los siguientes términos: la implementación de un registro público no significó inmediatamente un cambio radical en la concepción más tradicional de la posesión, cuya genuina naturaleza siempre había sido entendida como facticia y material. Ciertamente, la implementación del Registro del Conservador de Bienes Raíces obedeció a propósitos de carácter económico, jurídico y social que el legislador buscaba cumplir con estas innovaciones, y es innegable que llamó la atención de los abogados, de los juristas y de los estudiantes de leyes, pero eso nunca llegó a radicalizar el cambio en tal medida que se pudiera pretender la inexistencia de una tensión entre la posesión real y la legal o derechamente ficticia que en definitiva vino a instituir la teoría de la posesión inscrita. Sobre esta base terminaremos esta memoria ofreciendo conclusiones más específicas.

- I. La primera conclusión a la que arribamos dice relación con la historia de la fijación de los artículos que dieron sustento a la teoría de la posesión inscrita, los cuales no recibieron una configuración acabada sino hasta 1854. Hasta 1853 muy poco había en el proyecto de Código sobre derechos reales, títulos traslaticios o garantías posesorias que dependieran en su eficacia de una inscripción: incluso la tradición de los inmuebles no era completamente ficticia, como lo terminó siendo en 1855. Si bien es cierto que Bello tenía desde mucho antes ideas sobre publicidad y regularización de títulos, estas estaban enfocadas con exclusividad para las hipotecas. Solamente en 1854, según se concluye después de examinado el *Proyecto inédito*, aparecen las disposiciones que permiten apreciar un modelo institucionalizado de transferencia y constitución de los derechos reales en general. La razón que explica la radical transformación que se aprecia entre el *Proyecto de 1853* en relación con el *Inédito* para nuestro tema fue, sin duda alguna, la influencia de Florencio García Goyena y de sus *Comentarios al Proyecto de Código Civil español* de 1851, la que resultó decisiva. Y en relación a esto, hemos demostrado asimismo que ninguno de los miembros de la Comisión Revisora, incluido Bello, conoció alguna fuente directa que les diera información cierta de como operaba el sistema registral de origen germánico, y que si encontramos referencias al así llamado ‘sistema Alemán’ o alguna expresión afín, como la que aparece en el *Mensaje* del Código (“La institución de que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios estados de Alemania...”) fue porque el mismo García Goyena empleó estos términos, cuando se refirió a las sucesivas reformas hipotecarias que habían experimentados las legislaciones de varios países englobados dentro de la cultura jurídica germánica a paritr de mediados del siglo XVIII, entre ellos Austria, Bavaria y Prusia. A su vez, quedó demostrado que García Goyena se inspiró en Antoine Saint-Joseph, y especialmente en sus *Concordances entre les lois hypothécaires étrangères et françaises*, para acuñar el término

‘principio de publicidad’, que comentaristas chilenos como Fabres y Chacón emplean posteriormente en sus propias obras. De todo esto queda testimonio tanto en los *Comentarios* como en el *Febrero*, trabajos de los que nos consta que Bello tuvo acceso y que consultó en la etapa final de redacción del Código.

- II. Una segunda conclusión puede ser formulada al tomar en cuenta un aspecto de carácter cronológico. Como se pudo apreciar en el capítulo II, hay un lapso de tiempo bastante prolongado entre las memorias de prueba relevantes para nuestro estudio publicadas antes del Código y las que vieron la luz con posterioridad a su entrada en vigencia: en otras palabras, tomando como límites los años 1866 y 1897, no hay trabajo alguno de esta especie que haya versado sobre posesión o prescripción adquisitiva aplicadas a los bienes raíces. Es cierto que en el mismo periodo la doctrina no permaneció inactiva; sin embargo, tómesese en cuenta que las obras de los comentaristas del Código obedecían a propósitos mayormente pedagógicos, y en ellas la teoría de la posesión inscrita o el funcionamiento del Conservador de Bienes Raíces eran temas abordados de manera general. Pues bien, en los poco más de treinta años del periodo que hemos indicado se observa un proceso de estabilización o maduración, si se quiere, de la teoría. Esto no quiere decir que ella fuese aceptada sin discusión: los memoristas de finales del siglo XIX declaran con sus trabajos sobre la existencia de una discordancia que, según pudimos apreciar, se daba principalmente entre la doctrina y la jurisprudencia. Los testimonios son elocuentes, y la cantidad de trabajos que se publicaron sobre el tema entre 1897 y 1910 se explica por la nutrida jurisprudencia recogida en la *Gaceta de los Tribunales*.
- III. Una tercera conclusión se refiere a la jurisprudencia de los tribunales. Las sentencias que fueron estudiadas en el capítulo III son representativas de un número elevadísimo de casos recogidos en la *Gaceta*. Ciertamente es que

no en todas ellas se encuentran decisiones que versen específicamente sobre la prescripción adquisitiva extraordinaria contra título inscrito, o si la posesión de que habla el artículo 924 tiene primacía por sobre la posesión eminentemente material recogida en el 925, pero todas comparten un elemento en común. Son propias del periodo en que las innovaciones implementadas por el Código Civil (y claramente la posesión inscrita es una de ellas) generaban cuestiones que los tribunales debían resolver ya fuera con el antiguo derecho pre-codificado o con el nuevo derecho civil legislado. En el periodo que se extendió entre 1857 y 1910, las Cortes tuvieron que resolver el principal problema generado por la nueva concepción simbólica de la posesión sobre inmuebles: ¿qué valor queda, entonces, para la de carácter material? ¿Deberá ser desestimada a pesar de estar acompañada efectivamente por actos de aquellos que los verdaderos dueños suelen ejecutar? Creemos que las sentencias que hemos comentado en este trabajo sirven a bien para demostrar que los tribunales no siempre decidieron que la posesión inscrita tenía una preeminencia automática por sobre la material y que, de hecho, en varias ocasiones se inclinaron a favor de la segunda, en la práctica negando o derechamente desconociendo la 'teoría de la posesión inscrita'. Naturalmente, también nos encontramos con litigios posesorios o reivindicatorios en los que el vencedor resultó ser quien esgrimió como principal argumento un título inscrito, pero lo que terminó por desconcertar a los autores y a los memoristas del periodo fue el carácter oscilatorio de las decisiones de los jueces, que podían acercarse, a juicio de ellos, a permitir la prescripción en contra de título inscrito, contradiciendo el sentido que la doctrina indicaba como el más acorde a los propósitos del legislador sobre procurar seguridad en la tenencia de los bienes raíces o del disfrute de los derechos reales constituidos sobre ellos.

IV. Finalmente, como cuarta conclusión nos referimos a la antigüedad de la teoría de la posesión inscrita. Ha quedado ya comprobado que esta se remonta a 1863, y que el primero en plantearla fue José Clemente Fabres. Es otras palabras, antecede en poco menos de 50 años el trabajo que habitualmente se ha considerado como elemental para explicar esta importante materia, la *Teoría de la posesión inscrita en el Código Civil chileno*, de Humberto Trucco Franzani. Y Fabres no fue el único: Aguirre Vargas, Chacón y Vera también se pronunciaron sobre ella, con énfasis distintos ya fuera en la posesión, en la prescripción adquisitiva o en el funcionamiento del Registro del Conservador de Bienes Raíces. Sin embargo, el propósito principal de los autores seguía siendo en gran medida pedagógico: la teoría de la posesión inscrita en la manera en que inicialmente fue tratada por la doctrina fue una concordancia destinada a estudiantes de derecho, en las cátedras en que se explicaba el contenido del, en ese entonces, reciente Código Civil. Pero hacia los años finales del siglo XIX, se había acumulado un caudal importante de sentencias sobre la materia, la que como vimos fue aprovechada sobre todo por los memoristas, quienes en sus trabajos acusan la existencia de opiniones jurisprudenciales contrarias a la teoría de la posesión inscrita, si bien en la mayoría de las ocasiones por medio de expresiones generales o inespecíficas. Humberto Trucco es parte de esa tendencia, como lo demuestra toda la serie de memoristas que trataron del tema. Aunque fue uno de varios, su aporte destacado fue terminar de inclinar la discusión hacia la primacía de la posesión inscrita, fundamentalmente con el propósito de limitar la posibilidad de aplicación del artículo 2510, por medio de un trabajo que, como vimos, presentó de forma ordenada los argumentos más recurrentes de la opinión mayoritaria, que sostenía la primacía del artículo 2505. No podía desconocer el elevado número de memorias de prueba que trataban sobre su tema, y en las que en casi todas ellas no se pone en duda que la posesión registral debía prevalecer por sobre la material. Comprendemos ahora de una manera clara el

sentido de la crítica de Trucco, dirigida contra la jurisprudencia, y podríamos incluso decir que es la principal motivación de su *Teoría*.

BIBLIOGRAFÍA

- I. Libros, artículos y memorias de prueba
 1. AGUIRRE VARGAS, Carlos. *Obras jurídicas*. Santiago: Impr. Gutenberg, 1891. 464 pp.
 2. ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio. *Tratado de los derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. 2 v.
 3. AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, “Introducción a Opúsculos jurídicos”, en: BELLO, Andrés, *Obras completas*, v. IX, pp. v-cxxxiii. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885.
 4. AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, “Introducción” [al *Proyecto de Código Civil de 1853*], en: BELLO, Andrés, *Obras completas*, v. XII, pp. v-vxiii. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1888.
 5. AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, “Introducción” [al *Proyecto Inédito de Código Civil*], en: BELLO, Andrés, *Obras completas*, v. XIII, pp. v-xliii. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1890.
 6. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, “La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 35, 2° semestre, pp. 429-435. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010.
 7. BARÓ PAZOS, Juan. *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*. Cantabria, Ed. de la Universidad, 1993. 323 pp.

8. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, “De la tradición y de su definición en el Código Civil chileno. A propósito del artículo 670”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 1, pp. 11-108. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, 2003.
9. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, “Juan Sala Bañuls (1731-1806) y el “Código Civil” de Chile (1855)”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 31, pp. 351-368. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009.
10. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Código Civil. Edición concordada con observaciones históricas, críticas, dogmáticas y jurisprudenciales*. Santiago: LegalPublishing, 2014. 2 v.
11. BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Curso de Derecho Civil* (2ª ed.). Santiago: Imprenta Cervantes, 1915. 286 pp.
12. BARROS VALDÉS, Luis. *El registro de la propiedad*. Santiago: Imprenta, litografía i encuadernación Barcelona, 1905. 78 pp.
13. BELLO, Andrés, “Hipotecas i privilejios”, en: *Obras completas*, v. IX, pp. 411-414. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885.
14. BELLO, Andrés, “Prelación de créditos”, en: *Obras completas*, v. IX, pp. 437-446. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885.
15. BELLO, Andrés, “Proyecto de Código Civil (1853)”, en: *Obras completas*, v. XII. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1888. 644 pp.
16. BELLO, Andrés, “Proyecto inédito de Código Civil”, en: *Obras completas*, v. XIII. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1890. 630 pp.

17. BELLO, Andrés, "Publicidad de los juicios", en: *Obras completas*, v. IX, pp. 1-7. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885.
18. BETANCUR R., Belisario. *Memoria sobre la prescripción adquisitiva*. Santiago: Imprenta Cervantes, 1897. 49 pp.
19. BRAHM GARCÍA, Enrique, "Los comienzos de la primera revista jurídica chilena: la "Gaceta de los Tribunales" entre 1841 y 1860", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 14, pp. 45-56. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1991.
20. BRAVO LIRA, Bernardino, "Arbitrio judicial y legalismo. El juez frente al derecho antes y después de la codificación en Europa e Iberoamérica", en: *Revista de Historia del Derecho*, N° 28, pp. 7-22. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1991.
21. BRAVO LIRA, Bernardino, "En busca de los orígenes del Registro Conservatorio en Chile. Bello y el ABGB", en: SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio, *Teoría general del derecho registral inmobiliario*. Santiago: Editorial Libromar, 2014, pp. 19-24.
22. BRAVO LIRA, Bernardino, "Estudios de derecho y cultura de abogados en Chile. 1758-1998", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 20, pp. 85-106. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1998.
23. BRAVO LIRA, Bernardino, "Iudex, minister aequitatis. La integración del derecho antes y después de la codificación", en: *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico*, pp. 323-359. Santiago: LegalPublishing, 2006.

24. BRAVO LIRA, Bernardino, “Los comienzos de la codificación en Chile: la codificación procesal”, en: *El juez entre el derecho y la ley en el mundo hispánico*, pp. 523-559. Santiago: LegalPublishing, 2006.
25. BRAVO LIRA, Bernardino, “Vigencia de las Partidas en Chile”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 10, pp. 43-105. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1985.
26. BURGOS, Romilio. *De la posesión*. Concepción: Imprenta Española del Comercio, 1899. 51 pp.
27. CALDERÓN, Alfonso, “Necesidad i justicia de la prescripcion en general, i cuestiones particulares en orden a la prescripcion de que trata el derecho comun i la Ordenanza de Minas del Perú”, en: *Anales de la Universidad de Chile*, N° 28, pp. 681-694. Santiago: Universidad de Chile, 1866.
28. CAPRILE BIERMANN, Bruno, “Por la reforma del sistema registral chileno, en: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (coordinador), *Estudios de derecho civil VII: Jornadas nacionales de derecho civil. Viña del Mar, 2011*, Santiago: Thomson Reuters, 2012, pp. 249-266.
29. CARVAJAL, Patricio-Ignacio, “Discurso académico de lanzamiento de la Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política”, en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 3, N° 1, pp. 179-188. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2012.
30. CASTÁN VÁZQUEZ, José María, “Los libros jurídicos españoles consultados por Vélez y Sarsfield”, en: *Estudios de homenaje al Dr. Guillermo A. Borda*. Buenos Aires: La Ley, 1984, pp. 73-83.

31. CHACÓN, Jacinto. *Exposición razonada y estudio comparativo del código civil chileno*. Valparaíso: Imprenta del Mercurio de Recadero S. Tornero, 1868-1882. 3 v.
32. CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Imp. El Imparcial; Establecimiento Poligráfico Roma; Editorial Cervantes; Editorial Nascimento, 1898-1944. 17 v.
33. CORBALÁN, Federico, "Memoria sobre la posesion", en: *Anales de la Universidad de Chile*, N° 4, quinta sección, pp. 431-444. Santiago: Universidad de Chile, 1847.
34. CORVALÁN MELÉNDEZ, Jorge; CASTILLO FERNÁNDEZ, Vicente. *Derecho procesal indiano* (Col. Memorias de Licenciados: Historia del Derecho, vol. 20). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1951. 424 pp.
35. CRUZ BARRIOS, Norman Francisco. *Curso de derecho notarial Antofagasta*: Talleres Gráficos de la Universidad del Norte, 1984. 642 pp.
36. CRUZAT LEVÍN, Carlos. *La prescripción*. Santiago: Imprenta Buenaventura, 1900. 22 pp.
37. DE RAMÓN, Armando. *Biografías de chilenos. Miembros de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. 1876-1973*. Santiago: Ediciones de la Universidad Católica, 1999. 4 v.
38. DÍAZ MIERES, Luis. *Derecho notarial chileno* (3ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1983. 361 pp.

39. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “La influencia de la doctrina francesa en el derecho chileno”, en: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 2, Serie Colección Derecho Privado, pp. 61-80. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2005.
40. DONOSO BASCUÑÁN, Juan de Dios. *Breve estudio sobre la prescripción*. Santiago: Imprenta de San Buenaventura, 1899. 61 pp.
41. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. *Manual de Historia del Derecho Indiano* (2ª ed.) México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998. 398 pp.
42. ELIZALDE, Miguel. *Concordancias de los artículos del código civil chileno entre sí con los artículos del código francés*. Santiago: Imprenta La Libertad, 1871. 584 pp.
43. FABRES, José Clemente, “Alegato pronunciado en el juicio seguido por la Compañía María con don Jorge B. Chace, ante la Iltrma, Corte de Apelaciones de Iquique”, en: *Obras completas* (vol. VI). Santiago: Impr. Cervantes; La Ilustración, 1908. 16 v.
44. FABRES, José Clemente. *Instituciones de derecho civil chileno*. Valparaíso: Imp. del Universo de G. Helfmann, 1863. 380 pp. (2ª edición, Santiago: Imp. y Librería Ercilla, 1893-1902. 2 v.)
45. GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica, 1851-1852. 4 v.
46. GARCÍA GOYENA, Florencio. *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*. Madrid: I. Roix, 1842. 9 v.

47. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, María del Refugio, “Notas para el estudio del proceso de Codificación en México (1821-1928)”, en: SÁNCHEZ- DÁVILA, Jorge A. (coord.), *Libro del Cincuentenario del Código civil*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1978, pp. 95-136.
48. GONZÁLEZ ECHEÑIQUE, Javier. *Los estudios jurídicos y la abogacía en el Reino de Chile*. Santiago: Editorial Universitaria, 1954. 369 pp.
49. GONZÁLEZ, Florentino. *Diccionario de derecho civil chileno: o exposición por orden alfabético de las disposiciones del código civil de Chile*. Valparaíso: Imprenta del Comercio, 1862. 468 pp.
50. GORDILLO CAÑAS, Antonio, “La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”, en *Anuario de derecho civil*, vol. 47, N° 2, pp 21-82. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1994.
51. GORMAZ, Valentín. *Repertorio de jurisprudencia teórica i práctica chilena durante los últimos 30 años*. Santiago: Imprenta Chilena, 1873. 307 pp.
52. GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El Código Civil de Chile y sus primeros intérpretes”, en: *Revista Chilena de Derecho*, pp. 81-88, vol. 19, N° 1. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, enero-abril de 1992.
53. GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La enseñanza del Derecho. Historia y perspectivas”, en: *Anales del Instituto de Chile*, vol. XXV, N° 2, pp. 273-382. Santiago: Instituto de Chile, 2005-2006.

54. GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas”, en: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 2, Serie Colección Derecho Privado, pp. 27-60. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2005.
55. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Andrés Bello codificador*. Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile, 1982. 2 v.
56. GUZMÁN PÁEZ, Rodrigo, “Índice de la revista “Gaceta de los Tribunales” 1841-1860”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 8, pp. 159-269. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1983.
57. HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “Contribución al estudio del principio y práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 7, pp. 131-173. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1982.
58. HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “El Mensaje del Código Civil y el concepto de Bello sobre la posesión”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 18, pp. 207-210. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1996.
59. HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo. *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*. Santiago: Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, 1983. 400 pp.
60. LATORRE, Enrique C. *Memorias y discursos universitarios sobre el Código Civil chileno*. Santiago: Imprenta de La Unión, 1888. 2 v.

61. LEIVA CONCHA, Luis. *Breve estudio de la posesión*. Santiago: Imprenta de Enrique Blanchard-Chessi, 1905. 35 pp.
62. LETELIER, Valentín (comp.) *Sesiones de los cuerpos legislativos de la República de Chile (1810-1845)*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional, 1887-1908. 37 v.
63. LEVAGGI, Abelardo, “La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano”, en: *Revista de Historia del Derecho*, N° 6, pp. 45-74. Buenos Aires, Argentina: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1978.
64. LIRA URQUIETA, Pedro. *El Código Civil chileno y su época*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1956. 105 pp.
65. MARILUZ URQUIJO, José María, “La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares”, en: *Revista de Historia del Derecho*, N° 4, pp. 141-159. Buenos Aires, Argentina: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1976.
66. MARTÍNEZ BAEZA, Sergio, “El derecho castellano-indiano en el *Código Civil de Bello*”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 20, pp. 355-368. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008.
67. MATUS, Pedro, “La posesion civil i sus efectos”, en: *Anales de la Universidad de Chile*, N° 16, pp. 151-158. Santiago: Universidad de Chile, 1858.
68. MEDRANO, Samuel W., “Problemas de la interpretación de la ley en el derecho indiano”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 6, pp. 205-211. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1970.

69. MERELLO ARECCO, Ítalo, “La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la clemencia judicial en materia penal”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 8, pp. 71-98. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1983.
70. MERY BERISSO, Rafael, “El *Código Civil* de la República de Chile y los Tribunales de Justicia. Un capítulo desconocido de la historia de su redacción”, en: *Anales de la Universidad de Chile*, N° 103, pp. 43-144. Santiago: Universidad de Chile, 1956.
71. MONTT RETIG, Agustín; SIMON JURY, Abraham. *Los estudios de derecho en Chile (1758-2008). La memoria como requisito* (Memoria de prueba de licenciatura). Santiago, 2008. 2 v.
72. MUNITA QUIROGA, Eduardo. *Estudio sobre la posesión*. Chillán: Librería Americana, 1903. 23 pp.
73. PEÑAILILLO, Daniel. *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 604 pp.
74. PÉREZ, Cesario, “Memoria sobre la Prescripción”, en: *Anales de la Universidad de Chile*, N° 9, pp. 311-318. Santiago: Universidad de Chile, 1852.
75. PESET REIG, Mariano, “Derecho romano y derecho real en las Universidades del siglo XVIII”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 45, pp. 273-340. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1975.

76. PIÑERA, Eulojio, *La jurisprudencia civil. Repertorio de las sentencias en que se ha aplicado el código civil chileno desde que comenzó a rejir en 1º de enero de 1857 hasta noviembre último*. Santiago: Imprenta de Ramón Varela, 1879. 2 v.
77. PLAZA, Juan de Dios. *Índice jeneral de la Gaceta de los Tribunales*. Santiago: Imprenta y encuadernación Chilena, 1890. 5 v.
78. RAVEST, José Ramón. *Diccionario de la jurisprudencia de las cortes de justicia de la República de Chile*. Santiago: Imprenta Barcelona, 1892-1893. 2 v.
79. REPÁRAZ PADRÓS, María, “García Goyena: biografía de un jurista liberal (una aportación al estudio de la historia de la codificación española)”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 66, pp. 689-828. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1996.
80. RISOPATRÓN, Carlos V. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia chilenas*. Santiago, Imprenta “Victoria”, de H. Izquierdo i ca., 1883. 2 v.
81. RIVERA VALENZUELA, Samuel. *Algo sobre posesión*. Santiago: Imprenta Cervantes, 1897. 20 pp.
82. RODRÍGUEZ ENNES, Luis, “Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 76, pp. 705-726. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2006.
83. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *De las posesiones inútiles en la legislación chilena* (2ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995. 227 pp.
84. SAINT-JOSEPH, Antoine. *Concordances entre les lois hypothécaires étrangères et françaises*. París: Videcoq, 1847. 562 pp.

85. SALAH ABUSLEME, María Agnes, “El D.L. N° 2.695. Naturaleza jurídica y funciones”, en: Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de derecho civil V: Jornadas nacionales de derecho civil. Concepción, 2009*, Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010.
86. SALINAS ARANEDA, Carlos, “El concepto de matrimonio del Código Civil de Chile: una lectura canónica”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 19, pp. 57-87. Valparaíso: Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, 1998.
87. SALINAS ARANEDA, Carlos, “Influencias hispanas en la regulación de las obligaciones naturales en el Código Civil de Chile”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 9, pp. 53-63. Valparaíso: Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, 1985.
88. SALINAS ARANEDA, Carlos, “Notas en torno a las actas de los proyectos del Código Civil chileno”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 1, pp. 33-41. Valparaíso: Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, 1977.
89. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Historia de la codificación civil en España*. Madrid: Establecimiento Tipográfico “Sucesores de Rivadeneira”, 1890. 127 pp.
90. SCHELE R., Gustavo. *La prescripción extraordinaria*. Valparaíso: Imprenta Gillet, 1904. 19 pp.
91. SILVA B., Luis E. *Breves observaciones sobre la prescripción*. Santiago: Imprenta y encuadernación El Globo, 1901. 36 pp.
92. SILVA BARRA, Alfredo. *De los modos de adquirir i perder la posesión*. Santiago: s.n., 1898. 30 pp.

93. SOZA RIED, María de los Ángeles, “La naturaleza jurídica de la tradición, ¿acto o hecho jurídico?”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N° 2, pp. 287-305. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003.
94. SOZA RIED, María de los Ángeles; RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, “Bases romanísticas para una interpretación histórica del sistema chileno de transferencia inmobiliaria”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 4, pp. 691-711. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001.
95. TREILHARD, Jean-Baptiste, “Manifestación de los motivos de la ley relativa á los privilegios e hipotecas, por el consejero de Estado Treilhard”, en: GARCÍA GOYENA, Florencio, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, v. IV, pp. 246-266. Madrid: I. Roix, 1842.
96. TRUCCO FRANZANI, Humberto, “Teoría de la posesión inscrita en el Código Civil chileno”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 8, año VII, pp. 131-150. Santiago: 1910.
97. VALDÉS, Cristóbal. *Colección de las leyes y decretos del Gobierno*. Santiago: Imprenta Chilena, 1846. 392 pp.
98. VALDIVIESO LOBOS, Leonardo Enrique. *Historia de la Cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Chile: textos, cátedras y catedráticos* (Memoria de prueba). Santiago, 2008. 2 v.
99. VALLE VALENZUELA, Alfredo [del]. *La tradición de inmuebles i el Registro del Conservador de Bienes Raíces*. Santiago: Imprenta Cervantes, 1909. 105 pp.
100. VELOSO R., Juan José. *Breves consideraciones sobre la posesión*. Concepción: Imprenta Penquista, 1906. 29 pp.
101. VERA, Robustiano. *Código civil civil de la república de Chile, comentado i explicado*. Santiago: Imprenta Gutenberg, 1892-1897. 7 v.

102. VERGARA, Víctor M. *Breves observaciones acerca de la prescripción*. Santiago: Imprenta San Buenaventura, 23 pp.
103. VIAL DEL RÍO, Víctor. *La Tradición y la Prescripción Adquisitiva como Modo de Adquirir el Dominio* (2ª ed.) Santiago: Eds. Universidad Católica de Chile, 2003. 208 pp.
104. VIDAL SCHROËDER, Severo. *Índice alfabético de cuestiones resueltas por nuestros tribunales*. Volumen I: Valparaíso: Imprenta de Chile, 1865; volumen II: Valparaíso: Imprenta Albion, de Cox y de Taylor, 1869.
105. ZÚÑIGA P., Ernesto. *Memoria sobre la prescripción*. Santiago: Imprenta Cervantes, 1898. 39 pp.

II. Fuentes jurisprudenciales²⁷²

Nº 171, año 1845, sentencia Nº 408, *D. Pedro Chacón Morales con don Ricardo E. Price, sobre derecho a un callejón*.

Nº 181, año 1845, sentencia Nº 700, *Don José María Castro con la Municipalidad de Quillota sobre propiedad del cerro de Mallaca*.

Nº 336, año 1848, sentencia Nº 1050, *Doña Juana Navajate i compartes contra los Ministros de la Tesorería sobre entrega de un sitio*.

Nº 977, año 1861, sentencia Nº 762, *Leandro Loyola i otro con Feliciano Muñoz, sobre despojo de agua*.

Nº 1041, año 1862, sentencia Nº 1294, *Doña Carmen Vidal con el monasterio de Agustinas, sobre derecho a unos bienes*.

²⁷² Todas las entradas que se siguen están referidas a la *Gaceta de los Tribunales*.

Nº 1094, año 1863, sentencia Nº 1211, *Don José Rozas con don Cipriano Uribe, sobre reivindicación de terrenos.*

Nº 1103, año 1863, sentencia Nº 1693, *Don José del Rosario Quesada con don Mariano R. Zañartu, sobre tercería de dominio.*

Nº 1150, año 1864, sentencia Nº 1280, *Don Casimiro Bravo i otros con don José Anjel Rodríguez, sobre tercería.*

Nº 1199, año 1865, sentencia Nº 1181, *Don Domingo de la Maza con don Santiago Guzmán, sobre despojo.*

Nº 1354, año 1868, sentencia Nº 1089, *Doña Francisca Sepúlveda con don Juan Antonio Burgos, sobre una donación.*

Nº 1633, año 1873, sentencia Nº 2374, *Don Rafael Vergara con don José Dolores Ramírez, sobre entrega de una casa.*

Nº 1675, año 1874, sentencia Nº 2506, *Don Zenón Cortés con don José Santos Salas i otros, sobre reivindicación de un fundo.*

Nº 1681, año 1874, sentencia Nº 2959, *Don Domingo Gutiérrez con sucesión de don Juan Domingo Dávila, sobre aguas.*

Nº 1701, año 1875, sentencia Nº 1295, *Don José Herrada i otros con don Julián Bascuñán, sobre reivindicación de unos terrenos.*

Nº 1716, año 1875, sentencia Nº 2451, *Don Luciano Segura con Manuel Valenzuela sobre despojo.*

Nº 1719, año 1875, sentencia Nº 2652, *Don Juan Francisco Barrientos i otro con don Epitacio de la Guarda sobre querrela de amparo.*

Nº 1758, año 1878, sentencia Nº 1758, *Don Manuel García i compartes con doña Carmen Bravo i compartes, sobre reivindicación de terrenos.*

Nº 1770, año 1876, sentencia Nº 2666, *Don Juan Catrileo con don Fermín San Juan, sobre derecho a unos terrenos.*

Nº 1802, año 1877, sentencia Nº 2041, *Doña Anjela Miranda con don Melchor Leal, sobre amparo de posesión.*

Nº 1810, año 1877, sentencia Nº 2666, *Don Anselmo Osorio con don Francisco i don Agustín Cáceres, sobre derecho a un terreno.*

Nº 1823, año 1878, sentencia Nº 525, *Don Esteban Vásquez i otro con don José Miguel Vargas, sobre despojo.*

Nº 1845, año 1878, sentencia Nº 3000, *Don Jermán Ebner con don Tomás Rómulo Albarracín i otro, sobre tercería de dominio.*

Nº 1907, año 1880, sentencia Nº 19, *Don Liborio Bravo con José Gregorio Bravo, sobre reivindicación de terrenos.*

Nº 2021, año 1882, sentencia Nº 1982, *Don Pedro Etcheparte con el fisco, sobre reivindicación.*

Nº 2170, año 1885, sentencia Nº 3898, *Rafael Guzman con Moises Huidobro, sobre querrela de amparo.*

N° 3127, año 1890, sentencia N° 2301, *Margarita Maroto v. de Borgoño con Anjel López, sobre denuncia de obra nueva.*

N° 5135, año 1898, sentencia N° 355, *Francisco Gallardo Villarroel con el Fisco, sobre declaración de prescripción.*

N° 5185, año 1898, sentencia N° 1155, *Juan Ramírez con Pedro Pablo Riveros, sobre terrenos.*

APÉNDICE

LEGISLACIÓN APLICADA EN LAS SENTENCIAS DEL CAPÍTULO III

Con el fin de facilitar el estudio de las sentencias ofrecidas en este trabajo, transcribimos las disposiciones aplicadas por los magistrados, y que en el cuerpo del texto procuramos conservar. Hemos empleado para estos efectos las *Siete Partidas*, concordadas con el resto de las fuentes de la legislación hispánica. Abreviaturas: Ord. de Alc. = *Ordenamiento de Alcalá*; N. R. = *Novísima Recopilación*; F. R. = *Fuero Real*; F. J. = *Fuero Juzgo*; L., ll. = ley, leyes; lib. = libro; tit. = título.

Partida 3, título 3, ley 8: “Como otorgan a las vegadas los Demandados lo que les demanda, poniendo defensiones ante si” Conocen a las vegadas los demandados, lo que les semandan en juyzio. Pero ponen luego defensiones ante si, que han pagado o fecho aquello que les demandan, o que los demandadores les fizieron pleito, que nunca gelo demandassen. E porende dezimos, que en tales razones como estas, o en otras semejantes dellas, que deue el Judgador dar plazo al demandado, a que prueue la defensión, que ouiere puesta ante si. E si la prouare, deuel dar por quito de la demanda, e fazer que el demandador peche las costas, que ouiesse fecho el demandado ene sta razon. E si al plazo que fuere puesto, non pudiere probar la defension, deuel dar por vencido de la demanda. E aun demas desto mandamos, que si el Judgador entendiere que el demendado maliciosamente puso ante si la defensión, para alongar el pleito, quel faga pechar las costas, e las misiones, que el demandador fizo, andando en aquel pleito, por razon de tal alongamiento” = Ley única, tít. 4, y única también tít. 8 del Ord. de Alc. – L. 1, tít. 8, lib. 3 de las Ordenanzas Reales. – L. 1, tít. 7, lib. 11 de la N. R.

Partida 3, título 14, ley 1: “Que cosa es Prueua, e quien la puede fazer” Prueua es aueriguamiento que se faze en juyzio, en razon de alguna cosa que es dubdosa. E naturalmente pertenece la prueua al demandador, quando la otra parte negare la

demanda, o la cosa, o el fecho, sobre la pregunta que se le faze. Ca si non lo prouasse, deuen dar por quito al demandado, de aquella cosa non fue prouada contra él: e non es tenuta la parte de prouar lo que niega, porque non lo pdoria fazer bien, assi como la cosa que non se puede mostrar, nin prouar segund natura. Otrosi las cosas que son negadas en juyzio, non la deuen, nin las pueden prouar auqellos que las niegan, si non en aquella manera que diremos adelante en las leyes deste Titulo” = LL. de los títulos 10, 11, 12 y 15, y L. 4, tít. 19, lib. 11 de la N. R.

Partida 3, título 16, ley 2: “Que los testigos deuen ser recibidos despues que el pleito fuere comença por demanda, e por respuesta” Los testigos non deuen ser ante recibidos, quel pleyto sea començado por demanda, e por respuesta; fueras ende sobre las cosas señaladas, que son de tal natura, que si ante non se recibiesse, podria ser que perderia el demandador, o el demandado su derecho. E esto seria, quando los testigos por quien ouiesse de prouar su intencion, fuessen viejos, o enfermos, de manera que temiessen que se moririan, ante que dixessen su testimonio, o si por aventura los testigos fuessen aparejados para yr en hueste, o en romeria, o en otro logar do ouiesse a fazer gran tardança, de guisa que fuessen en dubda su tornada. Ca en qualquier destes casos pueden recibir los testigos, maguer el pleyto non sea començado por respuesta. Empero el Judgador que ouiesse de recibir tales testigos, deuelo fazer saber ante, a aquel contra quien los recibe, si fuera en la tierra, que los venga ver quando juraren, si quisiere. E por si aventura non quisiere venir, o non fuesse en el lugar, non les deue dexar de recibir por esso el Judgador: mas entonces deuelos fazer jurar ante omnes buenos, o escreuir lo que dixeren, e sellarlo con el sello, porque sean guardados los dichos dellos, fasta el tiempo en que sean menester. Otrozi decimos, que si aquel contra quien recibiesse los testigos, non fuessen entonce en la tierram que gelo deuen fazer saber, quando quier que venga, fasta vn año, o mouer pleyto contra el, sobre aquella cosa en que fueren los testigos recibidos. E si non lo fizieren assi, desde que pasare el año, non deuen valer los dichos de los testigos que auian recibido, asi como de suso es dicho. Pero si aquellos testigos fuessen biuos, e los quisere el

demandado aduzir en juyzio para prouar su pleyto, non los puede el demandado desechar, maguer diga que otra vez fueron recibidos, e non valio su testimonio, porque non gelo fizieron saber fasta vn año, assi como sobredicho es. E lo que diximos en esta ley, que los testigos pueden ser recibidos antes que el pleyto sea començado por respuesta, non ha lugar en pleito de justicia, en que pudiesse venir muerte, o perdimiento de miembro, o echamiento de la tierra. Fueras ende, si el Rey de su oficio mandasse fazer pesquisa sobre algunas cosas, assi como adelante mostraremos” = L. 10 y 14, tí. 8, lib. 2 del F. R.

Partida 3, título 16, ley 32: “Quantos Testigos ha menester, para prouar en cada pleyto”: Dos testigos que sean de buena fama, e que sean atales que los non puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro, abonda para prouar todo pleyto en juyzio; fueran ende en razon de quitamiento de deuda, sobre que fuesse fecha carta de Escriuano publico. Ca si el deduor quisiere prouar que auia pagada atal deuda, o que gela auia quitado aquel a quien la deuia, deuelo aueriguar por carta valedera, o por cinco testigos, que digan que ellos eran presentes, auqndo aquella paga, o quitamiento fue fecho; e que fueron llamados, e rogados, que fuesen ende testigos. Otros dezimos, que pleyto de testamento, en que alguno fuesse establescido por heredero, que se ha de prouar por siete testigos rogados. E si aquel que fizo el testamento fuesse ome ciego, a menester que se prueue el pleyto por ocho testigos. E si otro pleyto fuesse en razon de manda, en que non fuesse establecido heredero, abondarian cinco testigos para prouarlo. Mas por un testigo, dezimos, que ningun pleyto non se puede prouar, quanto quier que sea ome bueno, e honrado; como quier que faria gran presumpcion al fecho sobre que testiguasse. Pero si Emperador, o Rey, diesse testimonio sobre alguna cosa, dezimos que bonda para prouar todo pleyto. Ca deue ome asmar, que aquel que es puesto para mantener la tierra en justicia, e en derecho, que non diría en su testimonio si non verdad, nin querria en tal razon ayudar al vno por estoruar al otro. Otrosi dezimos, que el Judgador non deue consentir a ninguna de las partes, que aduzga mas de doze testigos en juyzio sobre un pleyto. Ca tenemos, que azzas

abondan estos a aquel que los aduze, para prouar su intencion” = L. 1, tít. 8, lib. 2 del F. R.

Partida 3, título 16, ley 40: “Que fuerça han los testigos en los pleytos sobre que contienden los omes en Juyzio”: La fuerça que han los testigos en los pleytos en que contienden los omes en juyzio, es esta: que quando alguna de las partes los aduze por si, e prueua cumplidamente por ellos su intencion, si son atales, que por ninguna de las razones que diximos en este titulo, non pueden ser desechados, deue el Judgador seguir su testimonio, e dar el juyzio por la parte que los traxo: mas quando ambas las partes aduxessen testigos en juyzio, e cada uno dellos prouasse su intencion por ellos, de manera que los dichos de la vna parte fuessen contrarios a la otra; entonce debe catar el Judgador, e creer los dichos de aquellos testigos, que entendiere dizen la verdad, o que se acercan mas a ella, o que son omes de mejor fama: e de mayor derecho deue creer a estos atales, e seguirse por lo que testiguassen, maguer que los otros que dixessen el contrario, fuessen mas. E por si auentura fuesse igualeza en los testigos en razon de sus personas, e de sus dichos, porque tambien los unos como los otros fuessen buenos, e cada vno dellos semejasse que dizen cosa que podria ser; entonce deuen creer los testigos que se acordaren, e fueren mas, e judgar por la parte que los aduxo. E si la prueua fuesse aducha en juyzio, de manera que fuessen tantos de la vna parte como de la otra, e fuessen iguales en sus dichos, e en su fama; entonces dezimos, que deue el Judgador dar por quito al demandado de la demanda que le fazen, e non le deuen empecer los testigos que fueren aduchos contra el: porque los Judgadores siempre deuen ser aparejados, mas para quitar al demandado que para condenarlo, quando fallassen derechas razones para fazerlo” = LL. de los títulos 11 y 12, lib. 11 de la N. R.

Partida 3, título 16, ley 41: “De los Testigos que desacuerdan en sus dichos, que el Judgador deue creer a aquellos que semejare que acuerdan mas con el fecho”: Ligeramente podria acaecer, que los testigos que la vna parte aduxesse, que se desacordarian en sus dichos, de manera que los vnos dirían el contrario de

los otros. E porende dezimos, que quando assi acaeciére, que el Judgador deue creer a a aquellos que semejare que se acuestan mas a la verdad, e que acuerdan mas con el fecho, maguer que los otros fuesen mas: e non deue empecer a la parte el testimonio contrario, que los otros ouiessen dicho. Ca como quier quando aduxesse en juyzio, para prouar su intencion, dos cartas que fuesen contrarias la una de la otra, que non deue valer ninguna dellas, assi como adelante mostraremos; pero non deue esto assi ser juzgado en los testigos: porque aquel que aduze las cartas en juyzio, puede, ante que la muestre, ser en auiso, para ver, o saber si la una es contraria a la otra, o non. Onde por esto se deue tornar a su culpa, si muestra carta en juyzio que sea contraria. Mas en los testigos non podria ninguno poner esta guarda: porque muchas vezes dizen a la parte que los trae, que diran una cossa; e quando son delante el Judgador, dizen lo contrario en poridad, de aquello que saben. E porende non es en culpa la parte que los trae, nin le deuen empecer, maguer ellos desacuerden; solamente que por algunos de ellos, que sean omnes buenos, pueda prouar su intencion, e los otros que dizen el contrario, non sean mas, o mejores. Ma quando algund testigo fuesse contrario a si mismo en su dicho, non deue valer su testimonio” = L. 2, tít. 8 y L. 7, tít. 9, lib. 2 del F. R.

Partida 3, título 18, ley 54: “Como deuen ser fechas las Notas, e las Cartas de los Escriuanos publicos”: En toda carta que sea fecha por mano de Escriuano publico, deuen ser puestos los nomes de aquellos que la mandan fazerr, o el pleyto que sobre que fue fecha, en la manera que las partes lo ponene entre si, e los testigos que se acertaron, y, e el dia, e el mes, e la era, e el lugar en que fue fecha: e quando todo esto ouiere escrito deue dexar un poco de espacio en la carta, e dende Ayuso fazer y su signo, e escriuir y su nome en esta manera: Yo, Fulano, Escriuano publico de tal lugar, estaua delante, quando los que son escritos en esta carta, fizieron el pleyto, o la postura, o la vendida, o el cambio, o el testamento, o otra cosa qualquier, assi como dize en ella: e por ruego, e por mandado dellos escriui esta carta publica, e puse en ella mio signo, e escriui mi nome: e abonda en toda carta publica, que sean dos Escriuanos públicos por testigos, sin aquel que faze la carta, que escriuan sus nomes en ella: o si por aventura tantos Escriuanos

publicos non pudieren auer en el lugar, tomen por testigos tres omes buenos, que escriuan ys sus nomes: e los nomes de los testigos deuen ser escritos en fin de la carta, ante que el Escriuano publico que la fizo, escriua su nome. Pero en los testamentos deuen ser escritos mas testigos, assi como adelante mostraremos en el Título de los Testamentos: e deue ser muy acucioso el Escriuano, de trabajarse de conocer los omes a quien faze las cartas, quien son, e de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho ningund engaño. E quando el pleyto, o la postura fazen ante el, deuen ser delante de su vno aquellos que an de ser testigos, e apercibirlos, e mostrarlos quien son aquellos que fazen la postura , e en que manera la ponen, leyendo la nota ante ellos todos. E de si deue decir el Escriuano a aquellos que mandan fazer la carta, si otorgan todo el pleyto en la manera en que dize en aquella nota, que leyó ante ellos. E si dixeren que si, deuen fazer testigos aquellos que están delante, e despues fazer la carta publica en pergamino de cuero por aquella nota; en la manera que sobredicha es, e darla a aquel que pertenesce, e fazer su señal sobre aquella nota, porque entiendan que ya es sacada della carta publica” = L. 1, tít. 5, lib. 2 del F. J. – L. 7, tít. 8, lib. 1; L. 5, tít. 8, y LL. 1 y 3, tít. 9, lib. 2 del F. R. – L. 1, tít. 23, lib. 10 de la N. R.

Partida 3, título 18, ley 111: “Por quantas razones los Priuilejios, e las Cartas pueden desechar los omes con derecho, que non sean valederas” : Las formas, e las maneras de los priuilejios, e de las cartas que se fazen en la Corte del Rey, e las otras de los Escriuanos publicos, auemos mostrado assaz cumplidamente en las leyes suso dichas. Agora queremos aqui decir, de las razones por que los priuilejios, e las cartas se deuen desechar con derecho delante de los Judgadores, e son estas. La vna es, si la carta fuere atal, que non se pueda leer, nin tomar verdadero entendimiento della. La otra es, si fuesse rayda, o ouiere letra canmiada, o desmentida en el nome de aquel que manda a fazer la carta, o que la da, o del que la recibe, o en el tiempo del plazo, o en la quantia de los marauedis, o en la cosa sobre que es fecha la carta, o en el dia, o en el mes, o en la era, o en los nomes de los testigos, o del Escriuano, o en el nome del lugar do fue fecha. Pero si la raedura, o la letra fue fecha o canmiada, o dexada por yerro del Escriuano, o fuere en otro

lugar de la carta, que non se canmie por y la razon, o que non deua deubdar en ella el Judgador, u otro ome sabio, que fuesse fecho a mala parte; dezimos que non deue ser desechada porende. Otrosi dezimos, que si la carta es sopuntada, o testada en los lugares sobredichos, o rota, o tajada de manera que la tajadura tanga en las letras, es sospechosa porende, e nond eue ser creyda; fueras ende, si aquel que la aduze quisiere prouar, que fue fecho sin su grado por fuerça de otro, o por ocasion. Otrosi, quando fallaren que la carta se desemeja en la letra con otras de las que fuesse escrito el nombre del Escriuano que dize en ella el que la fizo, non deue ser creyda; fueras ende, si vieren omes buenos, e conoscedores de letra, que juren primero que digan verdad, e dixeren, que aquella desemejança es por razon de la tinta, o del pergamino, o del tiempo en que fue fecha; mas que la maetria de la letra es vna, assi como adelante mostramos. Otrosi es sospechosa la carta, en que dizen los testigos, que ellos con sus manos escriuieron en ellas sus nombres; e que semeja la letra del vno con la del otro, de manera que parezca, que todo fue escrito de vna mano: ca non puede ser, que semeje tanto la letra del vn Escriuano, como del otro, po lo que non haya alguna desemejança en ellos: e por esto non vale. Otrosi non vale carta publica, segun costumbre de la tierra. Otrosi, quando alguna de las partes aduze dos cartas en juyzio, que contradiga la vna la otra en un mismo fecho, non deue valer ninguna dellas, porque en su poder era, de aquel que las mostro, de amostrar aquella que ayudaua a su fecho, e non la otra” = L. 1, tít. 23, lib. 10 de la N. R.

Partida 3, título 24, ley 1: “Que cosa es merced, e que pro nace della”: Templamiento de la raziedumbre de la justicia es la merced, e nace gran pro della. Ca ella mueue a los Reyes a piedad, contra aquellos que la han menester, e la piden en tiempo, e en sazón que lo deuen fazer.

Partida 3, título 29, ley 16: “Como puede ome ayuntar el tiempo que el tuuo la cosa con el tiempo que la tuuo aquel donde la el ouo”: Comiençan a ganar los omes alguna cosa por tiempo, e acaesce que se mueren e finca a sus herederos, o la mandan en su testamento, o la venden , o la dan, o la cambian, ante que sea

cumplido el tiempo por que la podrian ganar. E poredne dezimos, que si aquel a quien passasse la cosa por alguna destas maneras, ouieren buena fe en teniendola, e vsare della tanto timesteps, despues que a el passo, que con el otro tiempo que la auia tenido aquel de quien la el ouo, se podria ganar por tiempo; que se puede aprouechar, para ganarla, tambien del tiempo que la el otro tuuo, como de aquel que la el mismo tuuo. Otrosi dezimos, que si el que ouiesse comenzado a ganar la cosa por tiempo, la empeñasse a otro, en ante que ouiesse cumplido el tiempo por que la podria ganar; que por que se desapoderar assi della, non le empece para poderla ganar: ca pudiesse contar tambien el tiempo que la tuuo, como el que la tuuo el otro a quien la el empeño; e ganarla ha porende, si tanto fue el tiempo que la tuuieron ambos a dos, que se pueda por el ganar la cosa” = L. 8, tít. 11, lib 2 del F. R.

Partida 6, título 13, ley 6: “Como se pueden heredar los hermanos, que non son de padre, e de madre; e otrosi, quien puede heredar a aquel que muere sin testamento”: Hermanos de padre tan solamente, e otro de madre, auiendo aquel que muriesse sin testamento, si non dexasse otro pariente ninguno, que heredase lo suyo, de los que descenden, o sube por la liña derecha; estonce dezimos, que en tal caso como este, el hermano que le pertenesciesse a este atal de padre tan solamente, ese hereda todos los bienes del difunto, que le vinieren de parte de su padre; e el hermano que le pertenesciesse de parte de la madre, ese heredara otrosi todos los bienes que le vinieren de parte de su madre: e los bienes que atal defunto como ouiesse ganado por otra manera qualquier, amos los hermanos sobredichos los partirán igualmente. E sobre todo esto dezimos, que si alguno muriesse sin testamento, que non ouiesse parientes de los que suben, o descenden por la liña derecha, nin ouiesse hermano ni sobrino fijo de su hermano; que destos adelante, el pariente que fuere fallado qu es mas cercano del defunto fasta en el dezeno grado, ese heredara todos sus bienes. E si tal pariente non fuesse fallado, e el muerto auia mujer legitima quando fino, heredara ella todos los bienes de su marido; esso mismo dezimos del marido, que heredara todos los bienes de su mujer en tal caso como este. E si por aventura, el que assi muriesse sin parientes

non fuesse casado, entonce heredara todos sus bienes la Camara del Rey” = L. 7, tít. 2 y L. 4, tít. 5, lib. 4 del F. J. – LL. 12 y 13, tít. 6 lib. 3 del F. R.